

Juger en démocratie

Denis Salas

Secrétaire général de l'AFHJ

Depuis quelques années, la réforme de la cour d'assises revient avec insistance à l'ordre du jour. Avancée il y a quatre ans, l'éventualité de faire appel de ses verdicts a réveillé une passion française qui oppose, à travers la question du jury, adversaires et défenseurs de la souveraineté populaire. Le second examen des affaires tournant, récemment voté par le Parlement, semble, dans ce contexte, une petite révolution¹. Un coup de sonde dans cette vieille institution démocratique devient nécessaire si l'on veut en mesurer toute la portée. Voilà pourquoi l'*Association française pour l'histoire de la justice* se propose, dans ce recueil, d'éclairer les principaux débats qui traversent notre cour d'assises depuis deux siècles. Un thème parcourt toutes les contributions présentées ici : l'histoire de cette juridiction est autant politique que judiciaire et peut-être, plus encore, judiciaire parce que politique. Logiquement, elle épouse les avancées et les reculs de notre démocratie depuis deux siècles. Traiter de cette question c'est toucher à la sociologie judiciaire et à la procédure criminelle mais aussi à notre conception de la République, aux rapports entre juges et politiques, aux alternances violentes de césarisme et de parlementarisme qui en jalonnent l'histoire. C'est explorer le travail de la démocratie dans le fonctionnement même de la justice. C'est suivre, en somme, l'idéal démocratique à l'épreuve des faits. D'autant que la réforme actuelle n'a rien d'une simple réforme de procédure. Au nom des droits individuels, elle heurte son principe fondateur, la souveraineté populaire. Elle nous impose de mettre en discussion le postulat d'une identité entre souveraineté populaire et infaillibilité du jury. Elle touche le cœur de notre culture politique.

Pour autant, la nécessité d'un droit de l'accusé à un second examen de sa cause est une évidence suspecte. Elle semble tout à la fois consensuelle et amnésique. Tout le monde y applaudit mais rares sont ceux qui songent à lui donner sa perspective. On ne comprend pas que le verdict d'une cour d'assises soit toujours souverain, indiscutable et immotivé. Mais sait-on bien, au moment de le réformer, au nom de quoi on l'a maintenu si longtemps ? De la tradition républicaine, disent certains, sans convaincre. D'autres, plus prag-

1. Un premier projet adopté par le Parlement en 1997 prévoyait en première instance un « tribunal d'assises » (avec cinq jurés et trois magistrats) dont les arrêts pourraient être contestés devant une cour d'assises (avec ses neuf jurés et trois magistrats professionnels). « L'appel tournant », c'est-à-dire la possibilité de faire juger en appel une affaire criminelle par une seconde cour d'assises, est prévu par la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits de victimes. Sans envisager une motivation des arrêts, le projet de 1997 (ce qui n'est pas repris par la loi actuelle) exigeait que la cour d'assises indique les « raisons » de sa décision, c'est-à-dire résume ses principaux arguments qui fondent sa conviction.

matiques, avancent le risque de paralysie d'un système judiciaire engorgé. Le temps n'est-il pas venu d'aller plus loin ? Et, surtout, de réinterpréter cet héritage démocratique. Non pour le vider de sa substance, mais pour le ressourcer, lui redonner sens, le sortir d'un mythe devant lequel on s'incline par confort ou que l'on ignore par stratégie. Lors de la discussion du projet de 1997, l'idée selon laquelle le peuple ne peut se « déjuger » faisait figure d'obstacle substantiel à l'introduction de l'appel. Cinq ans après, il vient d'être adopté par le Parlement sans réel débat dans l'opinion. Comment interpréter ce nouvel élan réformateur couronné de succès cette fois mais dans le plus grand silence ? Consomme-t-il la défaite de la souveraineté populaire, point d'aboutissement du trop fameux « déclin du jury », ou consacre-t-il l'ascension des droits de l'homme ?

Pour répondre à cette question, il faut reparcourir ce moment démocratique inouï qui confia jadis aux citoyens le soin de juger leurs semblables. Loin des combats autour du jury, on voit poindre l'émergence d'une nouvelle manière de juger. Derrière la suprématie de la loi et la volonté d'enfermer le juge dans son application, on entrevoit des questions majeures : comment juger dans un horizon d'égalité démocratique ? Au nom de quels critères prononcer la peine de mort ou une peine de perpétuité ? Cet homme-là n'est-il pas mon semblable, égal en droit, mon *alter ego* ? Ai-je bien le droit de le punir ? Jusqu'où puis-je aller ? Qu'est-ce que juger en intime conviction sans règles préétablies ? L'histoire de la cour d'assises, c'est cela aussi : un chemin, encore mal connu, par lequel une société a entrepris de juger ses conflits dans le sillage d'une démocratie au parcours accidenté.

La généalogie de la cour d'assises suppose de mettre en tension son identité paradoxale qui en fait une institution politique et une institution de jugement. Nos interrogations actuelles viennent du retrait d'une représentation politique surplombante – la « figure judiciaire de la Nation » – qui met à nu la fonctionnalité de la cour d'assises. Désormais, cette institution est lourde non d'un projet démocratique mais d'une attente de justice. Le nouveau regard de la société la reconfigure, la rend plus fragile, impose certains réaménagements et, surtout, révèle l'archéologie de l'institution. Au premier plan, l'alliance problématique entre l'appareil judiciaire et l'idéal démocratique la traverse encore. En profondeur, son héritage le plus invisible, tant il est combattu et ignoré par notre culture legaliste, est l'autonomie de la fonction de juger. Par delà le mythe démocratique qui la masquait, cette fonction réapparaît sur le devant de la scène. Le fait est là : nous demandons à nos cours d'assises avant tout de bien juger. Nous attendons du législateur d'en régler les procédures conformément à cette exigence. Le surgissement des normes du procès équitable (l'appel, la motivation) invite à repenser une institution dépouillée du prestige de la souveraineté, redevenue plus vulnérable, rendue à sa nature de médiation imparfaite.

Le jury, une défaite annoncée ?

On a souvent insisté sur ce moment séminal des années 1789 où la culture démocratique entre dans la justice et expulse les professions qui en étaient propriétaires. À cet instant, on assiste à une réappropriation sans précédent de la fonction de juger par la société civile. Le pouvoir de juger appartient aux citoyens – directement en matière criminelle – ou par leurs représentants élus dans les autres matières. Mais ce jury français n'est pas une transposition pure et simple du jury anglais. Il est très différent de l'idéal américain d'une démocratie de proximité où le jury (notamment le jury civil) est un véritable contrepoids au gouvernement fédéral². Pour les constituants, il est la souveraineté de la nation, la raison en marche, le libre examen des citoyens. Aucun des pouvoirs des juges anglais sur leur jury n'est retenu. Au contraire, une barrière étanche est dressée entre le fait (le jugement du jury sur la culpabilité) et le droit (la peine qu'en déduit le juge) pour mieux marquer la destitution du juge. Seul le jury incarne la nation indivisible. Le peuple fait la loi par ses députés et rend la justice par ses jurés, voilà l'essentiel. Il n'y a rien là d'un contre-pouvoir arraché par les barons anglais à la monarchie. Plutôt, un pouvoir de juger transfiguré, irradié par les lumières du peuple souverain.

Ce bel idéal démocratique ne résiste pas longtemps à la conjoncture politique et aux pesanteurs corporatistes. Avec ses « jurés patriotes » seuls aptes à juger révolutionnairement, la Convention inaugure une longue période où le « succès politique du jury a causé son malheur judiciaire »³. Cette instrumentalisation qui sera constante affaiblit incontestablement cette institution. Son ambition démocratique initiale n'y résiste guère. La réforme de la cour d'assises devient pour longtemps une suite d'aménagements pour gérer l'intrusion de profanes dans l'appareil judiciaire. Tantôt on supprime tout un pan de sa compétence (le jury d'accusation en 1810), tantôt on l'encadre (le « résumé » du président au jury à la fin des débats est en vigueur jusqu'en 1881) ; tantôt on modifie les règles de majorité pour rendre moins aisés les votes favorables à l'accusé. Plus radicales sont les correctionnalisations légales (celle de 1863 notamment) au moment où l'on voulait une répression moins aléatoire. Le déplacement est tel qu'une bonne part du contentieux pénal va durablement échapper au jury. Et quand il le faut, des juridictions d'exception sans jury répriment sans faiblesse les ennemis politiques du moment. Les sections spéciales de Vichy s'inscrivent dans cette tradition de contournement de la cour d'assises. Là aussi, il faut éviter qu'un débat aléatoire ne parasite l'urgence d'une condamnation à la peine capitale⁴.

Un fait durable surplombe cette période : les jurés gênent. Par leur opiniâtreté à ne pas appliquer la loi, d'abord ; ensuite, parce qu'ils désorganisent

2. Voir les contributions de Gwénaële Calvès et Antonio Padoa Schioppa ci-dessous.

3. Bernard Schnapper, « Le jury français aux XIX^e et XX^e siècles », *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Francfort, Max-Planck-Institut, 1987, pp. 165-239.

4. Voir l'interprétation d'Alain Bancaud ainsi que les « Journées régionales de Lyon » organisées par l'AFHJ en décembre 1999, *Les juridictions d'exception sous l'Occupation*, à paraître.

la répression en acquittant des coupables ; mais, surtout, ils incarnent un indomptable « pouvoir du nombre »⁵ aux yeux des tenants du gouvernement représentatif. Politiquement, cet aléa n'est guère acceptable. Voilà pourquoi, il importe d'en atténuer les effets en limitant l'impact du suffrage universel dans le recrutement du jury. Le compromis napoléonien sera l'antidote à ce virus démocratique entré dans une institution étatique. Il consiste à faire soigneusement choisir les jurés par les préfets tout en s'appuyant sur des magistrats aux « bons résultats répressifs ». La II^e République exclut du jury les domestiques et les illettrés. Le Second Empire le compose d'hommes d'ordre et de notables. Ce n'est qu'à partir de 1907 qu'on se met à indemniser les jurés salariés. Et il faut attendre 1978 pour que le jury soit tiré au sort à partir des listes électorales. L'essor si laborieux du jury s'explique par une double méfiance : à l'égard d'un suffrage qu'il faut circonscrire pour en limiter les effets et d'un pouvoir judiciaire constamment refusé depuis deux siècles.

Une souveraineté aussi vite proclamée qu'elle fut longue à se dessiner demande explication. Les politiques n'en sont pas les seuls adversaires. Certes, ils chercheront par tous les moyens à endiguer cette multitude démocratique incontrôlable dans une institution judiciaire par ailleurs largement asservie. Mais les juristes ne sont pas en reste. Nombre d'entre eux orchestrent le thème des « acquittements scandaleux » et de la « pitié dangereuse » des jurés. Les uns s'entendent pour dénoncer le mythe d'une séparation entre les faits et le droit sans cesse contournée. D'autres, dès les années 1900, en viennent à souhaiter soit la fin d'un jury incompatible avec la professionnalisation, soit sa fusion avec les magistrats pour atténuer les excès de sa culture populaire.

L'irruption des experts dans le prétoire au début du XX^e siècle semble sonner le glas du jury. L'oralité des débats sera quelque peu écrasée par les expertises savantes qui substituent la recherche de la vérité au libre jeu du débat contradictoire. Vient alors le temps des instructions longues et nourries d'expertises prescrites par le magistrat instructeur. La valeur ajoutée de l'audience paraît bien mince. On croit assister à la fin du jury quand Gabriel Tarde le condamne au nom du rationalisme scientifique⁶. D'autant que ses incohérences sont mieux connues par l'opinion publique à partir du moment où une presse de grand tirage couvre les procès d'assises. Critiqué par les magistrats et les experts, mal compris par l'opinion publique, suspect pour le politique, le jury vacille. Une première fois en 1932, les jurés sont associés aux magistrats pour prononcer les peines. Préparée par de nombreux projets législatifs antérieurs, la réforme de 1941 confirmée à la Libération introduit un échevinage complet (délibération commune entre juges et jurés sur la culpabilité et la peine). Le jury perd sa souveraineté sur les faits même s'il conserve la majorité dans le vote et garde une influence sur la peine. L'étiage des taux des

5. Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, NRF-Gallimard, 1992, p. 452.

6. « Le juré est le premier venu ; si par hasard, il est suspect de quelque compétence judiciaire, on se hâte de le récuser... Son maître étant dans son incompetence, comment s'étonner de son insuffisance », cf. G. Tarde, *Philosophie pénale*, Paris, Cujas, 1890, p. 443. Voir sur cette question la contribution de Frédéric Chauvaud et le débat entre Jean-Claude Monier et Michel Dubec.

acquittements n'a cessé de baisser depuis : les taux avoisinant les 40 % n'étaient pas rares au XIX^e et au début du XX^e siècle ; ils oscillent entre 20 et 25 % dans les années 1930 pour atteindre environ 8 % aujourd'hui.

On a pu expliquer cette perte de position comme une victoire de la magistrature. Avec l'appui des politiques, elle serait parvenue à exproprier la société civile de l'institution judiciaire. On verrait alors la fin de l'idéal de 1791 car « toute l'histoire du pouvoir du jury illustre la revanche du magistrat sur le juré dont la loi de 1791 avait donné l'apparence de la toute-puissance »⁷ Nous en serions arrivés au résultat inverse au regard de l'idéal démocratique des révolutionnaires : contre les jurés et les avocats, la magistrature obtient l'étatisation de la justice criminelle à son profit. La preuve ? Les chiffres parlent d'eux-mêmes. La cour d'assises n'absorbe qu'une place résiduelle des affaires criminelles par rapport à ce qu'elle connaissait au siècle dernier. D'autant que des jurés, dépouillés de leur compétence sur la culpabilité et tirés au sort, pèsent bien moins lourd que les jurés notables du XIX^e siècle. Entre le capital d'influence des juges et le pouvoir majoritaire des jurés, le rapport de force s'est bel et bien inversé. Le fameux box des douze jurés ne serait plus qu'un décor glorieux et inhabité. Le jury serait devenu, comme le dit Bernard Schnapper en conclusion de son grand article, une « institution vénérable et délicieusement démodée » qui « a gagné en sérénité et en paix, une paix qui ressemble à celle des cimetières ».

Juges et jurés « dans la même barque »

Est-ce si sûr ? Le schéma est loin d'être aussi linéaire. Les magistrats ne forment pas un front uni. À l'égard du jury, les positions divergent, ne serait-ce qu'entre siège et parquet. Mais, surtout, le débat fait intervenir d'autres acteurs. Si l'on accepte l'idée (contestable) d'une compétition pour le contrôle de la juridiction, certaines victoires d'étape du jury ne doivent pas être négligées. Au fur et à mesure que les enquêtes sont mieux faites et que la culpabilité est moins douteuse, les jurés aspirent eux-mêmes à jouer un rôle plus important au moment du prononcé de la peine. On ne compte plus les avocats – si puissants politiquement sous la III^e République – qui ont soutenu leur cause⁸. Le combat pour supprimer l'interrogatoire initial de l'accusé du président des assises a été perdu. Mais la suppression de son « résumé » en 1881 est une victoire du jury. Le système de 1932 contribue à renforcer la position du jury sur le prononcé de la peine sans lui retirer sa maîtrise de la culpabilité. La réforme de 1941 est certes combattue par Maurice Garçon – nostalgique du temps où il plaidait devant douze jurés. Mais elle fait l'objet d'un consensus. Plus personne à l'époque ne comprend la séparation schizophrénique de 1791 entre le fait et le droit comme si la loi avait voulu organiser les conditions de son inapplication. La baisse spectaculaire du taux d'acquiescement, à partir de 1941, n'est pas

7. Françoise Lombard, *Les jurés. Justice représentative et représentations de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 303.

8. Sur ces points, voir la contribution d'Yves Ozanam.

une preuve rétrospective du laxisme du jury mais la fin d'un système dont les inconséquences confinaient à l'absurde. Si ses vertus s'essoufflent, le jury garde donc de solides défenseurs. Sans parler de la presse – le journal *Le Temps* très actif depuis le milieu du XIX^e siècle – qui devient un allié de poids surtout à l'époque où (antérieurement à la loi de 1881) les délits de presse échappaient aux assises.

De plus, l'opposition entre magistrats et jurés gagnerait à être moins durcie. Réelle dans les prises de positions politiques, elle l'est beaucoup moins dans la pratique judiciaire. Très tôt la séparation du fait et du droit a été très relative. Les magistrats, par exemple, ne demandent pas de deuxième délibération au jury comme ils en ont le droit (dès le tribunal criminel, comme le rappelle Renée Martinage). Une pratique constante au XIX^e autorise le président des assises à entrer dans la salle des délibérations où il pouvait discuter de l'échelle des peines. Est-ce forcément pour éviter les acquittements ? On ne peut naturellement pas l'exclure. N'est-ce pas tout autant pour éviter malentendus et incohérences ? On voit des juges qui comprennent les acquittements des jurés dès lors que les preuves sont insuffisantes ou les peines trop sévères⁹. N'est-ce pas plutôt un hommage qu'un dénigrement ? S'il n'y a pas égalité de position entre juges et jurés, il n'est pas certain que leurs relations soient tout entières infiltrées par des enjeux de pouvoir. Après tout, juger ce n'est pas si simple. Les enquêtes sont sommaires, l'erreur judiciaire est toujours possible et la loi n'est que d'un faible secours. Pourquoi ne pas créditer les acteurs d'une intention d'agir au nom du bien de la justice ? Un échange d'information peut être utile pour bien juger même si l'usage était de n'en rien dire.

De son côté, le juge connaît depuis la Révolution une mutation qui l'éloigne de plus en plus de l'exécutant muet de la volonté générale qu'y voyait Rousseau. Il individualise la peine à partir de 1832 et, même s'il ne se l'avoue pas à lui-même, devient un créateur de normes. Comment peut-il en être autrement dès lors qu'il doit juger même quand la loi est silencieuse, floue ou contradictoire ? Dans la même personne, un juge pacificateur et charismatique coexiste avec un autre, légaliste et logique. Le rapport du juge à la loi s'inverse sous l'effet de l'équité. Il se découvre partie prenante d'une *acte* de justice non pas seulement d'une *règle* juridique, *a fortiori* d'une règle écrite. Dans nombre de domaines, il s'autorise à questionner la loi à partir des conséquences si elles sont injustes : le plus bel exemple est l'élaboration par le Conseil d'État *contre le Code civil* d'un droit de la responsabilité pour risque afin de réparer les dommages subis par les victimes d'accidents¹⁰. Figure controversée, le juge Magnaud, célèbre pour ces décisions en équité au début du siècle, relit la loi en fonction d'une recherche du juste qu'il lui attribue. Au quotidien, les décisions les plus lourdes qu'un juge doit prendre – mettre quelqu'un en prison, retirer un enfant à ses parents – n'exige pas qu'il soit juriste

9. Ainsi ce compte rendu d'un président de cour d'assises en 1828 : « Les jurés connaissent la loi et, au lieu de la suivre, ils la jugent ; et comme ils trouvent ses dispositions trop sévères pour le cas, ils composent avec elle et *préfèrent ce qu'ils croient le bien à ce qu'ils savent être juste et légal* », in *La peine de mort et les travaux forcés à perpétuité devant la cour d'assises d'Eure-et-Loir de 1811 à 1900*, G. Mickeler, thèse dactylographiée, 1998, t. 1, p. 92. Je souligne.

10. C'est l'arrêt *Cames* (Conseil d'État, 1895), voir A. Girardet et D. Salas, « La question de l'équité », *L'équité du juge. Histoire de la justice*, n° 11, 1998.

mais plutôt une sagesse pratique éprouvée par la casuistique. Sans doute la loi n'est jamais perdue de vue. Mais la décision qui consiste à la singulariser à une sphère d'autonomie totale. L'argumentation n'intervient qu'*a posteriori* pour la mise en forme. Voilà ce qu'expérimente le juge. Et qui le rapproche singulièrement du jury.

Vu sous cet angle, l'association des juges et jurés aux assises n'a rien de choquant, bien au contraire. Ils traversent désormais la même épreuve qui consiste à se mettre à la place de l'autre pour le bien juger. Ils partagent l'expérience du mal, de la violence des hommes, de la périssabilité de la cité. Ensemble, comme l'avait bien vu Hegel, ils instaurent une médiation permettant à l'accusé de se reconnaître, de se juger, de se « transfuser » dans la conscience de son juge. Nul n'a approché mieux cette communauté de jugement que la parabole de la barque d'André Gide dans ses *Souvenirs de cour d'assises* : tous ceux qui jugent sont dans la même barque menacée par les naufragés qui s'accrochent à elle. Ils sont comme des rescapés d'un naufrage qui doivent trancher des mains pour ne pas chavirer. « On les enfonçait dans l'eau car en cherchant à les sauver on eût fait chavirer la barque pleine. »¹¹ Juger c'est cette stabilité au bord de l'abîme, ce mince espace hanté dans la mauvaise conscience où il faut tenir bon, ne pas basculer dans le puissant courant des conflits humains ; bref, une fragilité et une violence mêlées.

La fondation démocratique du pouvoir de juger

Quel enseignement tirer de cette histoire sommairement retracée ? Elle permet d'abord de s'interroger sur l'imaginaire politique de la cour d'assises. Maintenu contre vents et marées, le jury représente non une figure de la nation mais l'investissement croissant de la société démocratique dans l'institution judiciaire. Dès le début, les penseurs libéraux, singulièrement Tocqueville, ont bien pris la mesure de cet investissement au-delà des enjeux de pouvoir qu'il provoque. Il est avant tout une institution par laquelle une société s'arrogue le pouvoir de « juger de son droit »¹², de trancher ses conflits, d'arbitrer selon des critères qui ne sont pas nécessairement ceux de la loi étatique. Sa souveraineté reflète l'appropriation démocratique de la fonction de juger – certains libéraux parlent du jury comme d'une « parole de la société » – à une époque où l'autorité judiciaire n'est qu'une branche de l'exécutif, où celui-ci dispose du parquet, où les juges sont imprégnés de positivisme juridique. Il forme un réel contrepoids démocratique face à la puissance étatique. Grâce au jury, on découvre qu'il n'y peut-être pas en France de pouvoir judiciaire mais qu'il existe une fonction de juger singulièrement autonome.

11. André Gide, *Souvenirs de la cour d'assises*, cité par Thierry Pech.

12. Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 379-405 et sa contribution ci dessous.