

Le clair-obscur du juge pénal : pouvoir d'appréciation et usages politiques du droit de punir

Par Julien Fischmeister
e-legal, Volume 8

Pour citer l'article :

Julien Fischmeister, « Le clair-obscur du juge pénal : pouvoir d'appréciation et usages politiques du droit de punir », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume 8, juin 2024.

Adresse de l'article :

<https://e-legal.ulb.be/volume-8/le-juge-reactionnaire/le-clair-obscur-du-juge-penal-pouvoir-d-appreciation-et-usages-politiques-du-droit-de-punir>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - juin 2024 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



§1 Fin 2022, un avocat français révélait sur l'ancien réseau social à l'oiseau bleu l'identité d'un magistrat - président des comparutions immédiates du tribunal judiciaire de Paris réputé pour son extrême sévérité -, suscitant dans le même temps l'ire du corps de la magistrature et le soutien appuyé d'une large part de ses confrères, désespérés de voir les pouvoirs compétents détourner le regard malgré des signalements à répétition. Étaient en cause tant une attitude en audience frôlant les limites déontologiques de la profession qu'un traitement machinal des dossiers conduisant à systématiser le recours à l'emprisonnement. La presse s'était faite écho de ces critiques *ad hominem*, campant l'intéressé en « marteau » de la justice¹ ou, auparavant déjà, en « juge 100 % »² (en référence à son taux de décisions en faveur du maintien d'étrangers en rétention administrative lorsqu'il occupait des fonctions de juge des libertés et de la détention). « [P]récédé d'une réputation »³ que le président du tribunal judiciaire l'ayant affecté à ce poste ne pouvait ignorer, il ne semble donc pas que son rigorisme ait en lui-même posé une difficulté quelconque à sa hiérarchie. Au contraire, sa nomination à de telles fonctions au sein du plus important tribunal correctionnel français pouvait être perçue comme un choix assumé de politique pénale.

§2 Si le magistrat a finalement été suspendu à titre provisoire pour des « comportements contestables »⁴ lors d'audiences - comportements qu'un certain retentissement médiatique a sans nul doute permis de visibiliser⁵ -, cet épisode n'en reste pas moins interpellant pour ce qu'il raconte du fonctionnement, ou à tout le moins du possible fonctionnement, de la justice du quotidien. Faut-il pour autant en tirer un enseignement ? Et si oui, lequel ? Autrement dit, était-on en présence d'un cas isolé ou bien d'un évènement révélateur de la toute-puissance des juges à frapper leurs semblables des mesures les plus impactantes sur leurs libertés individuelles sans qu'aucun garde-fou (ou trop peu) ne vienne freiner leurs velléités répressives ? Ce qui est certain est que cette question, qui ne serait que trop facilement évacuée par l'argument tenant à l'existence de la légalité criminelle, de la collégialité ou du droit d'appel, mérite d'être posée.

§3 Elle le mérite d'une part car prise isolément, la sévérité d'un magistrat ne dit au fond rien des raisons qui la sous-tendent - la suspension du « juge 100 % » n'était d'ailleurs pas motivée par la rudesse de ses décisions mais bien par une suspicion d'entorses graves et répétées aux droits de la défense (la première devant s'entendre comme la conséquence logique de la seconde). Les magistrats sont, en tout état de cause, « libres de sévir », cette sévérité ne posant problème que lorsqu'elle est soutenue par un positionnement dogmatique plutôt que par un raisonnement *in concreto*. Elle est en outre un attribut non exclusif du cas exposé et se retrouve chez plusieurs figures de juges : ceux, ouvertement réactionnaires, qui revendiquent une idéologie conservatrice et assument que celle-ci vienne infuser leur pratique ; ceux, dont l'idéologie est mouvante et qui, par opportunisme

de carrière ou par volonté de ne « pas faire de vagues », souscrivent à l'esprit du temps (*Zeitgeist*) et son expression sur la matière pénale tout en ignorant les effets qu'emporte cette adhésion sur leur office ; ceux encore qui, réfutant tout préjugé idéologique et se berçant d'une illusion d'objectivité et de neutralité, envisagent la voie répressive comme une solution appropriée à l'égard de certains comportements transgressifs. De fait, la coexistence de ces différentes (et non exhaustives) figures archétypales dans l'arène judiciaire, couplée à de nombreux autres facteurs (célérité des affaires, interchangeabilité des acteurs, technicité de la norme, etc.), participe de l'absence de ligne de démarcation claire entre répression et réaction.

§4 La question de l'arbre qui cache la forêt est d'autre part légitime en ce que la statistique pénale produit ces dernières décennies, et de façon plus saillante encore depuis la crise sanitaire, la preuve d'un emballement inédit dans l'histoire contemporaine française : records d'occupation carcérale, allongement de la durée moyenne de détention, recul global des taux d'aménagements de peine, augmentation de la part des ressortissants étrangers dans les effectifs emprisonnés, etc.⁶. À mille lieux de l'image de la « justice laxiste » souvent au cœur des représentations publiques, les données chiffrées témoignent, à l'inverse, d'un usage exponentiel de l'emprisonnement comme valeur cardinale de l'économie punitive⁷. Des chiffres qui contreviennent également avec les orientations en apparence souhaitées par le législateur⁸ et qui, sur pression européenne, devraient logiquement mettre les tribunaux sur la voie d'une trajectoire déflationniste – rappelons à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a sommé en 2020 le gouvernement français d'adopter des mesures visant la « résorption définitive » de la surpopulation carcérale⁹. Or nul ne contestera que les effets des réformes mises en œuvre pour atteindre ce résultat se font attendre. Et les esprits chagrins seront, sur ce point, peut-être moins enclins à affirmer que « le souverain est devenu captif et impotent, placé sous tutelle d'oligarchies multiples parmi lesquelles domine la figure du juge »¹⁰.

§5 Diverses et complexes, les causes de cet emballement (dont il ne s'agit pas de faire ici l'analyse) sont à l'évidence d'ordre structurel – chacun, à sa manière, concèdera avec Aristote que le tout est supérieur à la somme de ses parties. Pour autant il est difficile de nier totalement la part de responsabilité des magistrats dans la survenance du problème d'intérêt général que pose l'embolie du système pénitentiaire, et l'impact réel des pratiques individuelles vigoureuses – telles que celle du « juge 100 % », mais en réalité de bien d'autres encore – reste en tout état de cause sous-investi par les recherches sur la pénalité. Surtout, est tout autant ignorée (pour ne pas dire taboue ?) la conflictualité fondamentale entre une justice supposément indépendante et impartiale mais qui, dans le même temps, permet parfois à celles et ceux qui l'exercent de le faire par imprégnation idéologique. Pouvant aisément se dissimuler sous des atours motivationnels, comme nous le verrons, cette possible dogmatisation du travail punitif puise sa source dans

l'entrecroisement, au sein du champ pénal, de deux phénomènes sociaux particulièrement propices à la vitalité des conservatismes : la délinquance et l'immigration.

§6 Bien qu'hautement stimulant, l'exercice auquel invite le dossier de ce numéro d'*e-legal* n'en est pas moins périlleux. En effet, parmi les terrains critiques sur lesquels il est malaisé de s'engager, celui tenant à l'impartialité et à l'indépendance des juges figure en place de choix. Au moins pouvons-nous trouver un semblant de réconfort dans les mots d'Antoine Garapon, qui en résumait ainsi l'enjeu : « Que la magistrature prenne la forme d'un corps réactionnaire ou de juges incontrôlables, le caractère « intouchable » du juge est préoccupant »¹¹.

La face cachée de l'impartialité

§7 La première des précautions est d'exclure, d'emblée, l'idée selon laquelle les juges constitueraient un corps en lui-même réactionnaire - notion pouvant être entendue, au sens du *Larousse*, comme faisant référence à quelqu'un « qui se montre partisan d'un conservatisme étroit ou d'un retour vers un état social ou politique antérieur ». Une telle assertion serait aussi fallacieuse que factuellement démentie par les scores que réalise le Syndicat de la magistrature - lequel se revendique ouvertement « progressiste » - aux élections professionnelles¹². Il n'est bien sûr pas davantage question de remettre en cause la libre appartenance politique ou syndicale des magistrats - qu'un amendement sénatorial voté à l'occasion d'une récente proposition de loi a d'ailleurs tenté de fragiliser, précisément au nom de l'impartialité¹³. La liberté de conscience du corps de la magistrature est totale et permet, fort heureusement, aux individualités qui la composent de se revendiquer de tel ou tel bord politique, voire d'adhérer à une association¹⁴, sans que pareil engagement ne déteigne, *a priori*, sur les affaires qui leurs sont soumises. C'est ainsi, par exemple, qu'a pu siéger comme juge des libertés et de la détention et vice-président du tribunal judiciaire de Paris un proche notoire de la droite réactionnaire¹⁵, ou comme vice-président du même tribunal puis avocat général près la cour d'appel de Poitiers un actuel député européen du Rassemblement national¹⁶.

§8 Les raisons de telles compatibilités sont tout d'abord à rechercher du côté de la dimension quasi-sacrale à laquelle est associée la question de l'impartialité, comme l'illustre, par exemple, la latinisation des usages judiciaires encore largement enseignée sur les bancs universitaires : le juge statue *ex aequo et bono* (en équité), le tribunal se situe du côté de la parfaite interprétation de la norme (*jura novit curia*), etc. Dit autrement, l'ancrage moral de l'intégrité du magistrat est tel qu'il range l'hypothèse d'un biais idéologique dans le registre de l'inconcevable. L'exigence d'impartialité - normativement instituée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 64 de la Constitution - l'oblige même, selon les règles déontologiques du Conseil supérieur de la

magistrature, « à se défaire de tout préjugé » dans l'exercice de son office¹⁷.

§9 Cette contrainte supposée à s'extraire de toute vision dogmatique dans la prise de décision est toutefois à tempérer. La doctrine distingue, en effet, la dimension personnelle de l'impartialité (ou subjective) de celle fonctionnelle (ou objective). Si la première renvoie « au comportement ou aux déclarations du juge manifestant un parti pris », la seconde, elle, tend « à vérifier la connaissance que le juge a déjà pu avoir de l'affaire dans laquelle il se prononce en raison de fonctions antérieures »¹⁸. Nourrissant une jurisprudence abondante, le même raisonnement se retrouve au niveau de la Cour de cassation qui, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹, distingue les dimensions positive et négative de l'impartialité : « cette impartialité doit être appréciée non seulement subjectivement, en ce qu'en son for intérieur, le juge ne dissimule aucune raison de favoriser ou de défavoriser l'une des parties, mais aussi objectivement en ce que, quelle que soit l'impartialité subjective du juge, les apparences ne doivent pas faire craindre de la part des justiciables que le juge ait pu manquer d'impartialité »²⁰.

§10 Ceci posé, seuls des éléments matériels tendant à l'existence d'une « raison subjective » ou d'une « apparence objective » de favoritisme au profit d'une des parties – en l'occurrence le ministère public plutôt que le prévenu – seraient de nature à fonder une entreprise de récusation pour défaut d'impartialité. Sur la base d'une telle matérialité supposée, une inspection de la vie du juge peut alors théoriquement advenir afin de savoir « si, indépendamment de sa conduite, certains faits vérifiables autorisent à suspecter son impartialité », et ce « alors même [qu'il] n'a manifesté aucun parti pris ou n'a adopté aucun comportement susceptible de dévoiler la teneur de ses pensées »²¹. Cependant ce scénario est peu vraisemblable dans le contexte du traitement quotidien de la délinquance – notamment via la procédure expéditive de comparution immédiate, hautement pourvoyeuse d'incarcération²² –, dans la mesure où l'est tout autant la mise à jour de conflits d'intérêts ou de prises de position directes ou indirectes en défaveur de la défense.

§11 Il convient au surplus de relever que de tels éléments ne sauraient se présumer des habitus plus ou moins répressifs du juge pénal, celui-ci étant en tout état de cause libre d'exploiter, presque à sa guise, le potentiel sanctionnant de la loi dans les limites fixées par le législateur – nous y reviendrons. La raison tient à la portée de son appréciation souveraine des faits et de la sanction afférente, traduite sans équivoque par la Cour de cassation : « Le moyen qui remet en cause le pouvoir d'appréciation et d'individualisation de la peine que les juges tiennent de la loi et dont ils ne doivent aucun compte ne peut être qu'écarté »²³. Dès lors, la perspective du « juge réactionnaire » ne laissant transparaître aucun signe évident de parti pris idéologique reste entière.

Affects et politisation du juge

§12 Cette perspective soulève plus largement le potentiel politique de toute pratique pénale – car en l’absence de méthode permettant de sonder la véritable impartialité subjective du juge, il n’est au fond attendu de lui qu’une impartialité objective sur les faits qu’il a à traiter. Elle bouscule également un certain imaginaire que la pénalité moderne s’est employée à forger. Le tournant du XIXe siècle et l’essor de la science criminologique, alors vierge toute portée critique et essentiellement légitimante de l’action pénale, ont en effet installé le juge comme un être capable de faire un usage raisonnable (et raisonné) de son pouvoir d’appréciation, mettant son acuité interprétative au service de la bonne administration de la justice. Théoricien de l’individualisation de la peine, Raymond Saleilles plaçait en ce sens tous ses espoirs dans l’aptitude des juges à mettre de côté leurs affects et à « faire de la psychologie » sur la base d’une connaissance profonde du justiciable : « Lorsqu’il en sera ainsi, ils en feront d’excellente, parce qu’ils auront un terrain sûr. Ils ne seront plus aux prises, en quelque sorte, entre leur éducation d’école toute abstraite, qui leur fait un devoir de regarder le fait sans se laisser influencer par la considération de l’individu, et leur instinct de justice humaine, qui est aussi un instinct de justice sociale, qui les oblige à juger l’homme plus que le fait »²⁴.

§13 La sociologie du droit a rapidement su mettre à mal la vision fantasmée du juge dépolitisé et doté d’une capacité de neutralisation de ses propres convictions²⁵. Jean Libmann posait ainsi qu’il « est impossible de faire abstraction du fait élémentaire que chaque magistrat a sa personnalité propre, laquelle conditionne nécessairement son comportement professionnel. Au lieu d’exiger de lui qu’il soit impartial, il est préférable de lui demander d’être objectif, c’est-à-dire de serrer de près la réalité, sans rien omettre de ce qui pourrait influencer sur la décision finale »²⁶. Et un ancien magistrat à la Cour de cassation d’abonder en affirmant que « [l]’attitude du juge est toujours politique, qu’elle soit conservatrice ou « engagée », qu’elle soit faite de silence ou d’initiative provocante. C’est vouloir esquiver cette vérité première que de prétendre séparer [...] les juges politisés et les juges neutres, ceux qui font de la politique et ceux qui n’en font pas »²⁷.

§14 L’exemple le plus frappant de cette politisation du droit est celui de la génération de magistrats « militants » qui poussèrent à la création du Syndicat de la magistrature en 1968²⁸. Sous-tendu par une offensive contre « l’idéologie dominante [visant à] faire croire que le discours juridique est neutre et indépendant »²⁹, le travail de ces juges s’est alors orienté vers une pratique pénale attentive aux mécanismes de reproduction des inégalités au sein de l’appareil judiciaire. Relatant l’hallali médiatique des années 1970 contre les magistrats se montrant à la fois hostiles envers les « dominants » (employeurs, propriétaires) et cléments à l’égard des « dominés » (vagabonds, mendiants), Jean-Claude Farcy mettait en avant deux attributs de l’action punitive des « juges rouges »³⁰. Le

premier, d'ordre transformatif, conduit le juge à « agir pour faire évoluer la législation vers une réduction des inégalités » sans craindre « d'entrer dans les débats politiques et sociaux pour faire avancer leur conception d'une justice démocratique. » Le second, d'ordre plus sociologique et se rapportant à sa lecture de l'état du monde, tend à « juger en ayant conscience de la réalité sociale, par le biais de l'interprétation du droit ». L'usage politique consiste donc ici à jouer sur l'élasticité de la norme pour tenter d'influer, par la répétition des affaires, sur un dysfonctionnement global (en tout cas du point de vue du juge) en tenant compte de l'état d'assujettissement des justiciables vis-à-vis de ce dernier. Le juge acteur de transformation structurelle par son pouvoir d'arbitrage (et ici de limitation) des responsabilités individuelles, en somme.

§15 Par-delà l'approche matérialiste qui pousse à son paroxysme la dimension politique du procès pénal, ces attributs semblent transposables à toutes formes de croyances, et concernent donc plus largement l'ensemble de la profession. Dan Kaminski a démontré combien « [i]l n'est suffisant et « vrai » que dans la rationalité juridique de croire et de faire croire que les juges sont « la bouche de la loi », et que leur travail consiste à en appliquer les dispositions à des cas d'espèce »³¹. En effet, la pratique punitive s'articule, pour ce qui est du magistrat, autour de registres d'action et de justification (« justifica@tion »³²) : elle est une démarche socialement et protocolairement intégrée qui débute avec l'information, par un individu, de l'existence d'une rupture à la norme légale, et s'achève par sa traduction en peine, par le biais d'une restitution publique et juridiquement acceptable. Dans ce *continuum*, le rapport personnel qu'entretient le juge avec les faits, les valeurs qu'ils fragilisent et le contexte de leur accomplissement, mais également la représentation qu'il se fait de leur auteur et de son identité sociale, tout comme sa vision d'un « bon » fonctionnement de la justice, conforme aux attentes et aux intérêts de la société, sont tout sauf anodins. Inévitablement, ces affects se métabolisent, prennent vie – tant par les actes écrits qu'oralement à l'audience et dans les confrontations préalables avec la justice – et participent à forger la décision finale. C'est ainsi que « le travail du juge est un travail de justification de son propre rôle devant les situations qui lui sont déférées »³³.

§16 Dès lors, appréhender le corps de la magistrature non pas comme un tout indivisible mais comme un ensemble composite d'individualités, libres de leurs opinions et interprètes de la norme, permet d'associer à l'intervention pénale une myriade de fondements justificatifs, qui à leur tour alimenteront autant de pratiques – ce qui est d'autant plus vrai compte tenu de la division du travail au sein de l'institution et de la multiplicité des acteurs (juges du fond, des libertés et de la détention, d'instruction, d'application des peines). Or circonscrire l'usage du droit comme levier de transformation sociale aux « juges rouges » et à leurs héritiers confinerait à l'erreur : chez ceux se situant individuellement à l'opposé du spectre politique – conservateurs revendiqués ou « lumpen-réactionnaires » – peuvent s'opérer des mécanismes analogues, arc-boutés autour de sujets de

société qui traversent le champ pénal et nourrissent traditionnellement les conservatismes.

Délinquance, immigration : le champ pénal comme vivarium des conservatismes

§17 Il est vrai que les espoirs placés par le positivisme de la fin du XIXe siècle dans la capacité du juge à ne se référer « qu'à l'individu et à ce qu'il est »³⁴ sur la base d'éléments rendus objectivables par le développement de la science criminologique semblent n'avoir que partiellement résisté à la survenance de problématiques sociales au sein de la pénalité. Dans un ouvrage qui fait date, Philippe Robert et Claude Faugeron ont montré que la justice fonctionne à la manière d'un entonnoir à filtres successifs, structurant la population carcérale comme le résultat d'une sélection des affaires et de ventilation entre différents circuits³⁵. Les conséquences sont la désignation d'un public à « haut risque pénal », c'est-à-dire essentiellement des hommes jeunes, ouvriers ou sans emploi, souvent issus de l'immigration ou étrangers et pour la plupart originaires des quartiers populaires.

§18 Le tribunal peut ainsi être vu comme un lieu où sont convoqués des protagonistes sur lesquels la société exerce un jugement moral fort, et où s'entrecroisent des phénomènes qui suscitent des attentes sociales tout aussi importantes. Or il est difficilement envisageable que la magistrature, à l'échelle des individualités qui la composent, soit pleinement et totalement imperméable à de telles postures de méfiance (sinon de rejet) qui imprègnent l'opinion publique - et n'épargnent pas les cursus de formation aux métiers de la justice. Au contraire, la fonction juridictionnelle peut conduire certains juges à se sentir investis du devoir de « faire quelque chose », d'agir à leur niveau. Les mêmes attributs que ceux des « juges rouges » décrits plus tôt se retrouvent alors, dans une dimension toutefois inversée : il ne s'agit pas ici d'adoucir les peines pour lutter contre les inégalités, mais de les renforcer pour combattre l'impunité ; il n'est plus question d'intégrer la responsabilité sociale dans l'appréciation des faits, mais d'exalter la responsabilité individuelle dans la commission de l'infraction.

§19 Dan Kaminski, toujours, a montré que bien que soumis à des tensions plurielles, le rapport des juges à la norme se nourrit d'une confiance ferme dans l'entrelacs de légitimités propre au système pénal et aux codes sociaux qui le soutendent. Ce que le criminologue belge vise comme « l'individualisme méthodologique »³⁶ a un ancrage profond. Les Classiques de la fin du XVIIIe siècle percevaient déjà l'infraction comme le résultat d'un choix rationnel découlant d'un calcul coût/avantage opéré en état de pleine conscience³⁷. Si cette essentialisation du libre-arbitre a depuis été tempérée, l'infraction reste aux yeux des juges contemporains le signe d'un « engagement d'une volonté individuelle dans la commission d'un acte répréhensible »³⁸, que leur mission consiste à sanctionner.

Ce « socle commun »³⁹ propre à l'ensemble des juges, qui est au fond celui qui fonde la rationalité pénale moderne⁴⁰, comporte toutefois des excroissances. Autrement dit, si tous s'accordent sur la logique de traduction d'une infraction en peine, le dissensus reste palpable quant aux fonctions que doit assumer la seconde et plus largement sur l'intensité de l'action pénale. Les postures les plus conservatrices laisseront entendre, par exemple, qu'une augmentation de la délinquance justifie une répression accrue, qu'une peine n'est efficace que lorsqu'elle prend la forme d'un enfermement, que l'expulsion des étrangers délinquants est une suite logique de la peine d'emprisonnement - les privant de fait d'un aménagement de leur peine - voire qu'il faille lutter contre l'immigration irrégulière par l'activisme judiciaire.

§20 Les prises de positions publiques de certains corps syndicaux et de leurs représentants constituent un vivier argumentatif fécond pour démontrer l'existence d'une structure réactionnaire au sein de la magistrature. Les croyances qui émergent de ces tribunes médiatiques sont à maints égards dignes d'intérêt, tant elles fournissent des clefs pour décrypter les pratiques punitives du quotidien. Il est à cet égard éloquent d'observer la secrétaire générale du troisième syndicat des juges avancer que la sociologie carcérale aurait « beaucoup évolué » (au sens où ne seraient plus uniquement détenus les « pauvres et les marginaux ») et « qu'aujourd'hui il n'y a rien de plus ouvert qu'une prison, les détenus [n'ayant] jamais eu autant de droits »⁴¹, regretter que la France ait « sous investi la prison »⁴², ou encore fustiger l'avènement d'un « droit à l'inexécution de la peine de prison prononcée, sous le terme d'"aménagement" »⁴³. Il est tout autant significatif de lire que le fait pour un « délinquant étranger [de] purge[r] sa peine dans son pays d'origine [était] la règle jusqu'à la suppression de ce que l'on a appelé à tort la double peine », ajoutant qu'« il n'est pas contesté désormais, puisque cela a été reconnu par le ministre de l'Intérieur, qu'il y a un lien entre une immigration massive et incontrôlée, et l'augmentation de la délinquance »⁴⁴. Outre la contestation académique du lien entre immigration et délinquance - encore rappelée récemment par un bureau d'étude rattaché aux services du premier ministre⁴⁵ -, l'assise juridique d'une telle assertion apparaît pourtant factuellement erronée : le retour forcé de l'étranger délinquant n'a pas et n'a jamais eu pour effet l'exécution de la peine dans le pays d'origine, pas plus que la double peine n'a été supprimée⁴⁶.

§21 Mais qu'importe, au fond, ce qu'il est permis ou non de croire. L'important consiste à souligner qu'inévitablement, la pratique des juges se nourrit d'un socle de croyances que rend possible leur subjectivité - laquelle étant « d'autant plus libérée en milieu judiciaire que la règle de droit est imprécise »⁴⁷. Participants aux fondements justificatifs de la peine, ces croyances sont également des leviers de transformation sociale pour des juges qu'une politisation « hors normes » a investi d'un tel changement.

Juge répressif, juge réactionnaire ?

§22 À l'arrivée, sans doute devons-nous admettre que des pratiques inhérentes à de tels paradigmes punitifs peuvent avoir lieu en parfaite conformité avec les exigences de la loi. Si la posture ouvertement idéologique est prohibée en ce qu'elle contrevient à l'impartialité attachée à la fonction punitive, la conduite répressive ne se heurte à aucun des principes cardinaux dès lors qu'elle cesse d'être une posture affichée pour coller au spectre de la justification légale. La jurisprudence, et par suite le droit positif⁴⁸, ont forgé cette exigence : par trois arrêts rendus le 1er février 2017, la Cour de cassation a déduit des articles 132-1 du code pénal⁴⁹ et 485 du code de procédure pénale⁵⁰ qu'« en matière correctionnelle toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle »⁵¹.

§23 La motivation des peines - mais également des décisions de placement en détention provisoire⁵² - n'empêche toutefois pas une large marge d'appréciation de la norme pénale, loin sans faut. Cette dernière regorge à l'inverse de notions et de phrases imprécis, laissant libre court à toute interprétation et notamment celle des magistrats les plus rigoristes. Ici le juge des libertés et de la détention pourra décider d'un placement en détention provisoire sur la base de critères flous et particulièrement propices à l'arbitraire⁵³. Là le juge du fond devra décider que les peines comprises entre un et six mois d'emprisonnement seront exécutées sous un régime alternatif⁵⁴ « sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné », mais ne pourra en faire autant, pour les peines de six mois à un an, que « si la personnalité et la situation du condamné le permettent »⁵⁵. Là encore le juge d'application des peines accordera une libération conditionnelle en cas d'implication dans « projet sérieux d'insertion ou de réinsertion »⁵⁶, mais s'y opposera le plus souvent lorsque le détenu est étranger en situation irrégulière⁵⁷. Le même juge décidera d'une libération sous contrainte à trois mois de la libération, « sauf en cas d'impossibilité matérielle »⁵⁸. De fait, la capacité du droit positif à endiguer le pouvoir des juges - et dans notre cas de produire des effets sur les taux d'incarcération - s'amenuise à mesure de l'empilement des normes et de leur imprécision.

§24 Montaigne et les sceptiques ont très tôt pressenti cette impasse. Il en ressort qu'« au contraire, la multiplication des lois renforce la licence avec laquelle les juges se permettent de décider »⁵⁹. Surtout, les errements normatifs « n'ont pas d'autre fonction que de donner à l'arbitraire des juges un vernis de légitimité »⁶⁰. Plus de quatre siècles après les *Essais*, cette idée apparaît au creux de la critique qu'il serait permis de dresser à l'égard du panel de normes et des réserves d'interprétations qui jalonnent le parcours pénal : « il y a autant de liberté et d'estendue [sic] à l'interprétation des lois [sic] qu'à leur façon [comprendre, leur nombre] »⁶¹, soulignait Montaigne, ajoutant que « tant d'interprétations dissident

la vérité et la rompent »⁶².

§25 Revenons pour conclure au cas posé en introduction. Le « juge 100 % » était-il réactionnaire ou simplement répressif ? De la même manière, le juge qui condamne à dix mois de prison ferme un homme, arrêté en marge des émeutes urbaines de juin 2023 pour avoir volé une canette de soda⁶³, est-il seulement sévère ou fait-il le procès d'une France « ensauvagée »⁶⁴? Est implacable celui qui condamné Sacha, 18 ans et primo-délinquant, à six mois de prison ferme pour avoir dérobé de l'argent liquide de son tiroir-caisse de supermarché où il exerçait comme caissier, avant de se donner la mort en cellule disciplinaire quelques semaines plus tard⁶⁵, ou pourfendeur d'une jeunesse indisciplinée ? Exercent leur office de façon dévoyée les magistrats prononçant les quelques milliers de peines d'interdiction du territoire français chaque année ou refusant d'aménager la peine des étrangers en situation irrégulière, soucieux d'apporter leur pièce à l'édifice des expulsions, ou bien se situent-ils dans le strict cadre de leur mission ? Quand bien même une option eut dans chaque cas de figure été préférable à l'autre, à ces questions nul ne sait répondre. Ainsi se dessine, au travers de cette insolvabilité, le clair-obscur du juge pénal : sous couvert du pouvoir d'appréciation dont il dispose, celui-ci peut, en toute hypothèse, user politiquement de son droit de punir – le cas échéant à des fins réactionnaires.

-
1. Horn A., « Haro sur le juge Tony Skurtys, le « marteau » de la justice », in *Libération*, 22 décembre 2022. ↵
 2. « Des avocats à l'assaut du juge 100 % », in *Le canard enchaîné*, n° 5009, 26 octobre 2016. ↵
 3. Tésorière R., « Paris : le juge décrié Tony Skurtys va continuer à siéger comme assesseur malgré sa suspension provisoire », in *Le Parisien*, 22 juin 2023. ↵
 4. *Ibid.* ↵
 5. Notamment l'épisode « Le juge et l'omerta » de l'émission *Les pieds sur terre* (France Culture, 8 juin 2023). ↵
 6. Pour une synthèse de ces évolutions, voir par exemple : Direction de l'administration pénitentiaire, bureau de la donnée, « Série statistique des personnes placées sous main de justice - 1980-2022 ». ↵
 7. Le 1er mai 2024, les prisons françaises battaient leur record d'occupation avec 77 647 personnes détenues pour 61 966 places opérationnelles. ↵
 8. Les lois n° 2014-896 du 15 août 2014, n° 2019-222 du 23 mars 2019 et n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 ont cela en commun de prétendre « redonner du sens à la peine » en promouvant notamment le recours aux alternatives à la détention. ↵
 9. CrEDH, *J.M.B. et autres c. France*, requête n° 9671/15 et 31 autres, 30 janvier 2020, para. 316. ↵
 10. Le Pourhiet A.-M., « Gouvernement des juges et post-démocratie », in *Constructif*, vol. 61, n° 1, 2022, p. 48. ↵
 11. Garapon A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 70. ↵

12. 29 % des voix aux élections de la Commission d'avancement des magistrats de juin 2022. ←
13. Voir le communiqué de presse du Syndicat de la magistrature, « Museler la liberté d'expression syndicale des magistrats au nom de l'impartialité ! », 14 juin 2023. ←
14. La Cour de cassation estime par exemple que « l'adhésion d'un juge à une association [...] n'est pas, en soi, de nature à porter atteinte à la présomption d'impartialité dont il bénéficie » (Cass. crim., 13 janvier 2015, n° 12-87.059). La Cour européenne des droits de l'homme dispose par ailleurs d'une jurisprudence fournie sur la liberté d'expression des magistrats (voir not. Spielmann D., « La liberté d'expression du juge : règle ou exception ? », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 134, 2023, pp. 307-341 ; Dijkstra S., « The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR », in *Revista Forumul Judecătoralor*, n° 2, 2017, pp. 128-150). Cette jurisprudence associe explicitement cette expression à l'idée même d'État de droit démocratique (certains arrêts semblant même, en quelque sorte, obliger les juges à participer aux débats publics). Dans son arrêt *Miroslava Todorova c. Bulgarie* du 19 octobre 2021 (n° 40072/13), la Cour a encore eu l'occasion d'insister sur l'indispensable liberté d'expression des juges (voir not. Pieret J., « Société de l'information, médias et liberté d'expression », in *Journal européen des droits de l'homme*, n° 5, 2023, p. 414). ←
15. Léger L., « Charles Prats, le magistère de la réaction mis sous surveillance », in *Libération*, 21 octobre 2021 (en ligne). ←
16. Gonzales-Renois L., « Élections européennes : Jean-Paul Garraud (RN) devient membre du Parlement Européen », in *FranceInfo*, 26 mai 2019 (en ligne). ←
17. Conseil supérieur de la magistrature, Recueil des obligations déontologiques des magistrats, 2019. ←
18. Collet P., « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2016, p. 488. ←
19. Voir not. CrEDH, *Morice c. France*, requête n° 29369/10, Grande chambre, 25 avril 2015, para. 73. ←
20. Cass. com., 11 juillet 2000, n° 98-30.366. ←
21. Collet P., « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 492. ←
22. Voir not. Raoult S. et Azoulay W., « Les comparutions immédiates au Tribunal de grande instance de Marseille », Observatoire régional de la délinquance et de contextes sociaux, rapport n° 8, juillet 2016. ←
23. Cass. crim., 25 février 1991, n° 90-82.254. ←
24. Saleilles R., *L'individualisation de la peine*, Paris, Félix Alcan, 1898, p. 206. ←
25. Voir not. Delpuech T., Dumoulin L. et de Galembert C., *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, pp. 97-98 ; Faget J., « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations », in *Champ pénal/Penal field*, vol. 5, 2008 [en ligne]. ←
26. Libmann J., « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », in *Pouvoirs*, vol. 16, 1981, pp. 51-52. ←
27. Deprez J., « Sois juge et tais-toi », in *Revue trimestrielle du droit civil*, juillet-septembre 1978, p. 509, cité par Bodiguel J.-L., *Les magistrats : un corps sans âme ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 259. ←
28. Israël L., *À la gauche du droit. Mobilisations politiques du droit et de la justice en France (1968-1981)*, Paris, éditions de l'EHESS, 2020, pp. 103-114. ←
29. Syndicat de la magistrature, *Au nom du peuple français*, Paris, Stock, 1974, p. 25. ←
30. Farcy J.-C., « Du « bon juge » aux « juges rouges » », in Krynen J. et Gaven J.-C. (dir.), *Les désunions de la magistrature (xixe-xxe siècles)*, « Études d'histoire du droit et des idées politiques », Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2012, pp. 113-146 [en ligne]. ←
31. Kaminski D., *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Érès, 2015, p. 198. ←
32. *Ibid.*, p. 195. ←

33. *Ibid.*, p. 196. ←
34. Saleilles R., *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 207. ←
35. Robert P. et Faugeron C., *Les forces cachées de la justice*, Paris, Le Centurion, 1980. ←
36. Kaminski D., *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, *op. cit.*, p. 231. ←
37. Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1967, p. 19. ←
38. Kaminski D., *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, *op. cit.*, p. 232. ←
39. *Ibid.* ←
40. Pires A. P., « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », in Debuyst C., Digneffe F. et Pires A. P. (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine (vol. 2). La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Ottawa, De Boeck Université, 1998, pp. 3-52. ←
41. Colloque : « La prison libère-t-elle ? », organisé le 30 mai par le syndicat Unité Magistrats SNM-FO et le syndicat des directeurs de services pénitentiaires FO-direction
[\[https://acteurspublics.fr/webtv/emissions/colloque-la-prison-libere-t-elle/prisons-deconstruire-les-idees-recues\]](https://acteurspublics.fr/webtv/emissions/colloque-la-prison-libere-t-elle/prisons-deconstruire-les-idees-recues). ←
42. *Le Télégramme*, 25 avril 2024. ←
43. Devecchio A., « Manque de place en prison, non-exécution des peines, partialité : ces vérités d'une magistrate sur la justice », in *Le Figaro*, 26 février 2024. ←
44. Brugere B., « Tout est fait pour éviter l'incarcération du délinquant » (entretien réalisé par Devecchio A.), in *Le Figaro*, 27 janvier 2023. ←
45. Philippe A. et Valette J., « Immigration et délinquance : réalités et perceptions », in *La lettre du CEPII*, n° 436, avril 2023. ←
46. Voir not. Maugendre S., « Double peine : une réforme de dupes », in *Plein droit*, vol. 59-60, n° 1, 2004, pp. 23-26. ←
47. Faget J. « L'acte de juger et ses biais », in *Délibérée*, vol. 5, n° 3, 2018, p. 28. ←
48. Article 485-1 du code de procédure pénale :
- « En cas de condamnation, sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale de certaines peines, notamment des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit également porter sur le choix de la peine au regard des dispositions des articles 132-1 et 132-20 du code pénal, sauf s'il s'agit d'une peine obligatoire ou de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction. Les obligations particulières du sursis probatoire n'ont pas à être motivées. » ←
49. Article 132-1 du code pénal :
- « Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre.
- Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée.
- Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. » ←
50. Article 485 du code de procédure pénale :
- « Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif.
- Les motifs constituent la base de la décision.
- Le dispositif énonce les infractions dont les personnes citées sont déclarées coupables ou responsables ainsi que la peine, les textes de loi appliqués, et les condamnations civiles.
- Il est donné lecture du jugement par le président ou par l'un des juges ; cette lecture peut être limitée au dispositif. Dans le cas prévu par l'alinéa premier de l'article 398, elle peut être faite même en l'absence des autres magistrats du siège. » ←

51. Cass. crim., 1er février 2017, nos 15-83.984, 15-84.511 et 15-85.199. ←
52. Article 137-3 du code de procédure pénale : « Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée. » ←
53. Critères fixés à l'article 144 du code de procédure pénale. ←
54. Détention à domicile sous surveillance électronique, semi-liberté ou placement extérieur. ←
55. Article 132-19 du code pénal. ←
56. Article 729 du code de procédure pénale. ←
57. Blisson L. et Donaz-Pernier M., « L'aménagement des peines : sortir de l'impasse ! », in *Plein droit*, vol. 138, n° 3, 2023, pp. 12-15. ←
58. Article 720 du code de procédure pénale. ←
59. Allard J., « L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques », in *Les Cahiers de la Justice*, n° 4, 2020, p. 668. ←
60. *Ibid.* ←
61. Montaigne, *Essais*, exemplaire de Bordeaux, livre III, chap. XIII, 1595, p. 470. ←
62. *Ibid.*, p. 471. ←
63. Condomines A., « Violences urbaines : un homme a-t-il été condamné à dix mois de prison ferme pour le vol d'une canette de Redbull ? », in *Libération*, « CheckNews », 4 juillet 2023. ←
64. L'expression est volontairement empruntée au ministre de l'Intérieur, Gérard Darmanin, qui dénonçait le 24 juillet 2020 « l'ensauvagement d'une certaine partie de la société » (voir not. Celnik N., « « Ensauvagement » : le grand retournement », in *Libération*, 27 août 2020) ←
65. Roger-Vasselin C., « « La prison l'a broyé » : un codétenu de Sacha, 18 ans, mort en prison en Bretagne, témoin », in *Ouest-France*, 1er février 2024. ←