

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

UNIVERSITÉ DE PARIS OUEST - NANTERRE - LA DEFENSE
UFR DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES – ED 141

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

La loi pénale à l'épreuve du bon sens répressif

Thèse pour le doctorat en Droit
présentée et soutenue publiquement le 25 janvier 2013 par
Monsieur Vincent **SIZAI**RÉ

DIRECTRICE DE RECHERCHE

Madame **Elisabeth FORTIS**
Professeuse à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense

MEMBRES DU JURY

Madame **Audrey DARSONVILLE**,
Professeuse à l'Université de Lille 2, rapporteur

Monsieur **Jean DANET**
Maitre de conférences à l'Université de Nantes, Directeur de l'Institut d'Etudes judiciaires, rapporteur

Madame **Christine LAZERGES**
Professeuse émérite à l'Université de Paris I,

Madame **Pierrette PONCELA**
Professeuse à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- AFHDJ Association Française pour l'Histoire du Droit et de la Justice
AJ Pénal Actualité juridique Pénal
Ass. plén. Assemblée plénière
BOMJ Bulletin officiel du ministère de la Justice
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
CA Cour d'appel
Cass. crim. Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Cour de cassation
CE Conseil d'Etat
Ch. Chambre
D. Recueil Dalloz
Df. Documentation française
JO Sénat Journal officiel du Sénat
JOAN Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF Journal officiel de la République française
RDPC Revue de droit pénal et de criminologie
RPDP Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Civ. Revue trimestrielle de droit civil
- al. Alinéa
cf. Confer
Coll. Collection
éd. Edition
ex. exemple
Fasc. fascicule
Ibid. Ibidem
infra voir ci-dessous
op. cit. opere citato
p. ... page ...
supra voir ci-dessus
t. tome
V. voir
vol. volume

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : LE BON SENS RÉPRESSIF, UNE FORCE D'ÉROSION DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

TITRE 1 : AUX ORIGINES DU BON SENS RÉPRESSIF : LE CONFLIT NORMATIF FONDATEUR DU DROIT PÉNAL MODERNE

Chapitre 1 : entre ordre nouveau et retour à l'ordre, un conflit inexorable

Chapitre 2 : un conflit occulté, le mythe de l'équilibre répressif

TITRE 2 : LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DU BON SENS RÉPRESSIF

Chapitre 1 : une force de modération de la norme

Chapitre 2 : une force de contournement de la norme

LE RÉALISME RÉPRESSIF, UNE FORCE DE DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PÉNAL RÉPUBLICAIN

TITRE 1 : DU BON SENS AU RÉALISME RÉPRESSIF

Chapitre 1 : le réalisme répressif, produit d'une réduction gestionnaire du procès pénal

Chapitre 2 : le réalisme répressif, mot d'ordre d'un modèle répressif concurrent

TITRE 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, INSTRUMENT DE L'IMPLOSION DE L'ORDRE PÉNAL RÉPUBLICAIN

Chapitre 1 : la nécessité de punir, l'hypertrophie paradoxale du droit pénal contemporain

Chapitre 2 : du principe de légalité au principe de précaution

CONCLUSION

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

« Dans une Nation dont les individus sont peu occupés d'idées publiques, la discussion des principes constitutionnels ne peut se faire sans une espèce de fermentation, souvent dangereuse : c'est alors qu'il est du devoir des Magistrats de présenter successivement au public les objets sur lesquels il doit fixer son attention »¹.

¹ Adrien DUPORT, *Récit au sujet de M de Calonne*, Paris, 1787, p.14.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

INTRODUCTION

1. « *Le thème du déclin de la loi ne date pas d'hier. C'est d'ailleurs le propre des thèmes relatifs au déclin. Mais il a pris, sous la Ve République, une ampleur égale à la volonté des constituants de circonscrire l'action du législateur à la détermination des grandes lignes pour laisser au pouvoir réglementaire le soin des détails. En 1958, la définition d'une matière législative permet, non sans paradoxe, à la fois d'en finir avec la souveraineté du Parlement, et de redonner à la loi tout l'éclat dont l'idéal révolutionnaire l'a revêtue. La déception est ainsi à la mesure de l'attente. Depuis plusieurs années, le Conseil d'Etat, la doctrine, jusqu'à la classe politique, dressent le diagnostic des pathologies de la loi. Cette dernière est banalisée du fait d'une production législative galopante faisant fi de tout souci de stabilité et de lisibilité* »².

Certes, la Loi est en crise. On serait pourtant tenté d'observer chez les autres branches du droit une relative bonne santé au regard des convulsions malades qui affectent la loi pénale depuis près de trente ans. A la fin des années 1990, il était déjà de coutume chez la plupart des pénalistes de dénoncer, en introduction de leur ouvrage ou de leur cours, l'incohérence et la précarité de son évolution³. Sensé ordonner une matière devenue incohérente⁴, le Code pénal de 1994 n'a pas, tant s'en faut, enrayé le processus – le rythme des réformes ayant au contraire connu une accélération prodigieuse. Depuis le début du XXIème siècle, ce ne sont pas moins de trente lois qui ont modifié substantiellement le droit et la procédure pénale, sans compter leurs multiples décrets d'application. Au delà de l'inconstance du législateur, une telle frénésie révèle un mouvement normatif de plus en plus contradictoire, qui voit la règle pénale osciller entre l'accroissement de la latitude du pouvoir répressif et la protection de la Sûreté du citoyen. Usé jusqu'à la corde, le mythe de l'équilibre répressif peine de plus en plus à rendre compte d'un tel bouleversement⁵.

2 Guillaume GLÉNARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », RFDA 2005, p.922.

3 Dans la quatrième édition de leur manuel, parue en mai 1999, Philippe CONTE et Patrick MAISTRE du CHAMBON affirment ainsi que « *le droit pénal, en phase critique, est menacé de mort* », in *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 1999, p.1.

4 V. Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *Réformer le code pénal, Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1998.

5 *Infra* n°81.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

De ce point de vue, nous ne pouvons qu'être frappés par les similitudes qui unissent les débats juridiques contemporains et ceux qui intervinrent au tournant des XVIIIème et XIXème siècles. C'est en effet à cette époque qu'il faut remonter pour retrouver non seulement un tel niveau d'incohérence normative, mais encore la conscience aiguë chez les juristes réformateurs de l'insatisfaction de la situation⁶. Le 22 mai 1791, à l'heure de jeter les bases de notre droit pénal moderne, Michel Le Peletier de Saint-Fargeau dénonçait ainsi « *le chaos informe de nos anciennes institutions* »⁷. Trente ans auparavant, Cesare Beccaria, évoquait déjà les « *quelques restes des lois d'un ancien peuple conquérant, compilés sur l'ordre d'un prince qui régnait à Constantinople il y a douze siècles, mêlés ensuite avec des coutumes lombardes et englobés dans le volumineux fatras de commentateurs privés et obscurs : voilà ce qui forme la tradition d'opinions qui, dans une grande partie de l'Europe, porte néanmoins le nom de lois* »⁸. Bien sûr, l'évolution du droit pénal n'a pas été parfaitement linéaire au cours des quelques deux siècles qui nous séparent de l'époque révolutionnaire. Mais, que ce soit en 1832, en 1864, en 1912, en 1945 ou encore en 1958, jamais les grandes réformes qu'aura connu notre ordre pénal n'ont été précédées d'une telle confusion normative. Jamais, également, elles n'auront ainsi été mise en œuvre pour être presque aussitôt amendées voire déconstruites avant même d'avoir été véritablement éprouvées.

2. Ce qui rapproche encore notre temps de celui d'Adrien Duport⁹ et de Guy-Jean-Baptiste Target¹⁰, c'est la violence des antagonismes juridiques et des oppositions philosophiques qu'ils trahissent. La diffusion en France du traité des délits et des peines de Beccaria va cristalliser les affrontements dans le débat passionné qui agite, en cette période pré-révolutionnaire, les milieux juridiques et judiciaires sur l'avenir de la Justice criminelle, « *l'amplifiant. Les grandes affaires se succèdent qui mettent cruellement en lumière les vices profonds de la justice criminelle. Des « mémoires » en faveur d'accusés injustement condamnés, rédigés par les meilleurs avocats, mobilisent l'opinion publique* »¹¹. D'un côté, les réformateurs qui, de Voltaire à Malesherbes, brandissent le fameux traité comme l'étendard de leur lutte contre l'arbitraire répressif et la démesure punitive de l'ancien

6 V. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *Au nom de l'Ordre, Une Histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p.21 à 27.

7 Michel LEPELETIER de Saint-FARGEAU, *Rapport sur le projet de Code pénal*, Assemblée constituante, séances des 22 et 23 mai 1791, in. Félix LEPELETIER de St FARGEAU, *Œuvres de Michel LEPELETIER de Saint-FARGEAU*, Bruxelles, Lacrosse, 1826, p.89.

8 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, GF Flammarion, 1991 (1ère ed.. 1765), p.53.

9 Rapporteur, avec Michel LEPELETIER de St FARGEAU, du projet de Code pénal à l'assemblée Constituante.

10 Rapporteur au corps législatif, jusqu'à son décès en 1806, du projet de code pénal impérial.

11 Robert BADINTER, « Présence de BECCARIA », in Cesare BECCARIA, *op.cit*, p.34.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

régime¹². De l'autre, les juristes conservateurs qui, tels Muyart de Vouglans et Jousse, mettent en garde contre le risque d'inefficacité voire de paralysie que la mise en œuvre des préceptes du marquis de Livourne ferait courir à notre système répressif.

Toutes choses égales par ailleurs, ces deux postures évoquent fortement les débats parlementaires contemporains, qui voient les tenants du « *bon sens* » ou du « *réalisme* » répressifs s'en prendre au supposé angélisme de ceux qui voudraient préserver les garanties du citoyen face à l'arbitraire du pouvoir pénal. Derrière le balancement entre l'accroissement de la latitude du pouvoir répressif et la protection de la Sûreté du citoyen – qu'une longue tradition nous a appris à voir comme l'expression de la recherche d'un équilibre juridique – apparaît ainsi la marque d'une opposition entre deux modèles répressifs foncièrement antagonistes. Longtemps méconnue ou oubliée, cette réalité élémentaire de notre ordre pénal, clé de sa genèse et de ses transformations, se rappelle à nous avec la brutalité qui sied aux évidences. Il se joue, depuis l'avènement du droit pénal moderne, un conflit normatif systémique qui n'est pas encore dénoué.

3. Deux choses, toutefois, marquent la singularité de notre époque. D'une part, la controverse s'est, en quelque sorte, inversée. Ceux qui veulent aujourd'hui renforcer encore et toujours l'emprise des autorités répressives sur la Société se posent en réformateurs, tandis que ceux qui entendent protéger la sûreté du citoyen se retrouvent, de fait, acculés dans une improbable position conservatrice. D'autre part, loin de nourrir une évolution globale, cohérente et assumée de notre ordre pénal, c'est d'un mouvement normatif incontrôlé fait d'une succession de réformes partielles, contradictoires et de plus en plus précaires que naît le conflit juridique contemporain. Se pose, dès lors, la question de la signification profonde de la crise actuelle et de sa portée. L'emballement normatif répressif contemporain traduit-il, au delà de la versatilité du législateur, une véritable crise systémique qui verrait l'ordre pénal républicain remis en cause par un modèle répressif concurrent ?

4. Timidement, une telle interrogation semble en effet poindre aujourd'hui dans certains écrits juridiques. Ce faisant, elle vient prolonger un questionnement qui travaille de façon bien plus ancienne les sciences sociales et en particulier la sociologie. Depuis le milieu des années 1990, les travaux se multiplient, qui mettent en perspective la corrélation, aux Etats-unis et en Europe entre l'affaiblissement de l'Etat social et l'accroissement de l'Etat pénal. Pionnier du genre en France, Loïc

12 VOLTAIRE, *Commentaire sur le Livre Des délits et des peines par un autre avocat de Province*, 1766.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Wacquant a pu démontrer comment la construction d'une Société d'insécurité sociale, sous l'effet de la progression de l'idéologie néolibérale, avait pour corollaire le développement de mode de gestion essentiellement punitifs des populations déviantes. Ses analyses mettent particulièrement en exergue la transposition, en Europe et notamment en France, des différentes théories forgées outre-Atlantique pour justifier et consolider une telle orientation coercitive¹³.

D'autres travaux insistent davantage sur les facteurs explicatifs propres à la situation française. Laurent Bonelli a ainsi pu démontrer comment la notion d'insécurité avait pu s'imposer comme une catégorie unifiée et unifiante pour l'appréhension mais également le traitement, par les pouvoirs publics, des difficultés propres aux quartiers populaires et notamment à leur jeunesse. Sous l'effet du délitement des modes de régulation de l'indiscipline juvénile qu'incarnaient la famille, l'école et l'atelier, ce sont les institutions répressives qui se trouvent désormais en première ligne face aux débordements d'une jeunesse en perte de repères¹⁴. D'autres études, enfin, analysent plus spécifiquement les rouages institutionnels d'une telle transformation de l'ordre pénal et notamment la redéfinition du rôle et de l'organisation de la police et de la justice répressive. Il s'agit en particulier des travaux menés sous l'égide du Centre d'études sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP) et de son directeur de 2004 à 2009, Laurent Muchielli¹⁵. Depuis l'analyse critique des statistiques policières et de leurs différents usages dans l'espace public¹⁶ jusqu'à celle des mutations de l'exercice de l'action publique à l'époque contemporaine¹⁷, nous disposons aujourd'hui d'un corpus sociologique de plus en plus étoffé sur les conditions concrètes d'application de la loi pénale.

L'ensemble de ses travaux se rejoignent pour mettre en évidence la tendance lourde des pouvoirs publics, et en particulier du législateur, à réinvestir le procès pénal comme un outil privilégié, voire unique, de traitement de l'ensemble des comportements perçus comme socialement déviantes. Tous ces auteurs pointent également la menace que fait peser cette évolution sur la protection de la liberté individuelle des citoyens. A cet égard, leur éclairage est particulièrement précieux pour comprendre

13 Loïc WACQUANT, *Les prisons de la Misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999 et *Punir les pauvres, le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone, 2004.

14 Laurent BONELLI, *La France a peur, une histoire sociale de l'insécurité*, Paris, La découverte, 2008.

15 [Http://www.cesdip.org](http://www.cesdip.org).

16 Laurent MUCHIELLI, *Violences et Insécurités, fantasmes et réalités dans le débat français*, La Découverte, Paris, 2002.

17 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *Une Justice dans l'urgence, le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2007.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

les soubassements du mouvement normatif actuel¹⁸. Néanmoins, le regard proprement sociologique qui est le leur rencontre plusieurs limites explicatives. L'absence de lecture juridique du phénomène conduit ainsi à exagérer l'importance accordée à l'influence d'idéologies et de pratiques extérieures au système répressif dans l'analyse de ces transformations. Si l'emprise du néolibéralisme, dans toutes ses dimensions, explique beaucoup d'entre elles, cela ne doit pas occulter les ressorts proprement juridiques qui, depuis bien plus longtemps, structurent l'évolution du droit pénal. En réalité, c'est bien la vieille alliance entre l'absolutisme pénal et l'utilitarisme pénal qui, sous les habits neufs de cette idéologie d'essence économiste, mène la fronde contre l'humanisme pénal¹⁹.

D'autre part et surtout, la seule analyse sociologique ne permet pas d'apprécier dans toute sa complexité ni toute son ambiguïté la législation répressive contemporaine. Seule une connaissance approfondie des forces juridiques en présence peut permettre de donner toute sa signification aux transformations actuelles de l'ordre pénal. En particulier, elle permet de ne pas regarder tout accroissement des prérogatives du pouvoir répressif comme induisant nécessairement un recul des libertés publiques. La philosophie pénale républicaine qui s'affirme à la fin du XVIIIème siècle exprime, en effet, l'idéal d'une préservation du citoyen contre toutes les formes d'arbitraire qu'il soit d'origine publique ou privée. Ce qui implique, le cas échéant, la pénalisation et la poursuite de comportements exposant le citoyen à la toute puissance de pouvoirs privés²⁰.

5. Paradoxalement, l'introduction de ces problématiques dans le champ juridique s'avère pourtant des plus parcimonieuses. Les premiers juristes qui s'en emparent n'appartiennent pas à l'Université et abordent, en outre, la question des mutations du procès pénal sous un angle essentiellement philosophique. Dans ses différents ouvrages, Denis Salas, magistrat, interroge ainsi l'étrange « *volonté de punir* » qui s'est emparée des démocraties occidentales depuis le milieu des années 1990 en plaçant au cœur de son questionnement la résurgence problématique de la figure de la victime²¹. C'est un autre magistrat, Antoine Garapon, fondateur de l'Institut des Hautes études sur la Justice, qui analyse la déformation de notre système judiciaire, notamment répressif, consécutive à la mise en œuvre du projet politique néolibéral²². Dans ses nombreux écrits, c'est encore un juge,

18 *Infra* n°226.

19 *Infra* n°37.

20 *Infra* n°190.

21 Denis SALAS, *La volonté de punir, essai sur le nouveau populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005 et *La Justice dévoyée, critique des utopies sécuritaires*, Paris, Les arènes, 2012.

22 Antoine GARAPON, *La Raison du moindre État*, Paris, Odile Jacob, 2010.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Serge Portelli, qui met en lumière de quelle façon l'idéologie sécuritaire aboutit à l'absorption du procès pénal au sein d'une vaste « chaîne pénale », expression d'une répression mécanique dans laquelle le débat judiciaire et l'individualisation de la sanction n'ont plus droit de cité²³.

Ces auteurs nous livrent cependant un éclairage dont la dimension globale interdit l'analyse juridique minutieuse qui fait également défaut à l'approche sociologique. Si elle est riche d'enseignements – en particulier en ce qui concerne le rôle de la figure victimaire²⁴, leur approche tend à accorder une importance sans-doute excessive à l'influence des idéologies et des représentations sans toujours mettre en évidence les rapports de force politiques sous-jacents. Surtout, elle contribue également à occulter, derrière l'analyse de la rhétorique et des pratiques sécuritaires contemporaines, les racines juridiques bien plus anciennes et profondes des bouleversements de notre ordre pénal.

6. Pour paradoxale qu'elle soit, la relative discrétion qui caractérise l'étude de ces bouleversements au sein de la communauté des pénalistes s'explique aisément. D'abord parce que la réserve positiviste, si elle y est moins prégnante qu'en matière civile, imprègne toujours fortement l'étude du droit pénal. Elle favorise, dès lors, une approche techniciste de la matière où l'analyse du détail des dispositions prend le pas sur la mise en perspective des grandes évolutions normatives, vite disqualifiée au nom de son supposé caractère politique. Ensuite et surtout, parce que prévaut dans les Facultés une représentation de l'évolution du droit pénal sous la forme de la recherche sempiternelle d'un équilibre entre les « impératifs de la répression » et les droits de la défense. Or cette représentation opère comme un véritable mythe masquant le sens profond de ce balancement²⁵.

Néanmoins, s'observe depuis quelques années une certaine volonté de la communauté universitaire d'étudier la dimension proprement juridique des transformations contemporaines du procès pénal en France et en Europe. Dans la lignée de ses travaux sur l'internationalisation du droit et l'enchevêtrement des espaces normatifs nationaux, européens et mondiaux²⁶, Mireille Delmas-Marty a récemment questionné, d'un point de vue juridique, les menaces que les politiques de lutte contre

23 Serge PORTELLI, *Récidivistes, Chroniques de l'humanité ordinaire*, Paris, Grasset, 2009 et *Juger*, Paris, L'atelier, 2011.

24 *Infra* n°238.

25 *Infra* n°106.

26 Mireille DELMAS-MARTY, *Trois Défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

le terrorisme faisaient peser sur la sûreté du citoyen²⁷. Se concentrant plus spécifiquement sur la situation française, l'ouvrage collectif dirigé par Christine Lazerges et Geneviève Giuidicelli-Delage interroge les effets de l'essor du concept de dangerosité sur notre système répressif²⁸. Particulièrement riche d'enseignements, une telle étude n'en demeure pas moins limitée à l'un des aspects du conflit normatif contemporain – la notion de dangerosité n'étant pas, loin s'en faut, le seul moteur de la déconstruction de l'ordre pénal républicain.

En ce sens, l'essai de Jean Danet consacré au « tournant » d'une justice pénale « assaillie, troublée, désorientée », constitue sans doute la première tentative de mise en perspective juridique globale des mutations contemporaines du procès pénal²⁹. Il anticipe ce faisant la recherche collective dirigée par Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Giuidicelli sur l'essor d'un « droit pénal postmoderne » comme moteur de l'évolution de notre système répressif³⁰. Mais, si l'apport de ces ouvrages à sa compréhension est considérable, le parti-pris de leurs auteurs – expressément qualifié « d'heuristique » par les seconds³¹ - d'appliquer à l'évolution contemporaine de la justice pénale une grille de lecture postmoderne les conduit à ne pas prendre en compte les ressorts originels du conflit normatif sous-jacent.

7. C'est la raison pour laquelle il s'avère nécessaire de compléter ces différentes études en formulant l'hypothèse inverse d'une relative permanence de ce conflit et en replaçant ainsi les bouleversements actuels dans une perspective plus longue. Il s'agit, autrement dit, de considérer qu'au-delà de leurs spécificités propres, les formes particulières que revêt aujourd'hui l'affrontement entre deux logiques normatives ne sont que l'ultime expression de l'antagonisme originel né lors de la naissance du droit pénal moderne au début du XIX^{ème} siècle.

A ce changement de perspective historique, doit s'ajouter un changement de perspective épistémologique. La plupart des études juridiques se limitent à une approche purement analytique au nom d'un positionnement positiviste plus ou moins assumé. Or il est impossible de comprendre pleinement le sens de la règle de droit et, en particulier, de la norme pénale, sans prendre en

27 Mireille DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

28 Geneviève GIUIDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011.

29 Jean DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, 2006, p.15.

30 Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUIDICELLI (dir.), *Vers un droit pénal postmoderne ?*, Paris, PUF, 2009.

31 *Ibid.*, p.21.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

considération sa finalité élémentaire, la garantie de la liberté de l'Homme en Société. Pourtant, les travaux analysant le droit pénal sous cet angle, notamment dans une perspective globale, sont particulièrement rares. De fait, l'intérêt d'une analyse de la matière pénale en termes d'instrument de préservation de la liberté est également ce qui nourrit sa difficulté. La phase présentencielle du procès pénal qui, de la constatation au jugement de l'infraction, met en scène certains des enjeux les plus importants en ce domaine, est rarement étudiée de façon globale. En outre, pour être nombreuses et diverses, les études relatives à la phase postsentencielle se concentrent sur le sens de la peine et la sociologie de son exécution, rarement sur sa nécessité ou sa proportion.

Mais une telle discrétion de l'objet d'étude dans la littérature scientifique n'est pas le seul obstacle qu'il faut lever avant de poursuivre plus avant la démonstration. Il importe en premier lieu de s'arrêter plus longuement sur les contours de l'ordre pénal qui paraît aujourd'hui remis en cause, c'est à dire l'ordre pénal républicain (I). Plusieurs précisions d'ordre épistémologique et terminologique doivent également être apportées afin d'éviter toute équivoque dans les développements qui vont suivre (II).

I – De l'ordre pénal républicain.

8. L'emploi du terme républicain pourra peut-être surprendre. Il demeure pourtant, à l'analyse, le plus adéquat pour rendre compte du projet pénal global qui émerge à la fin du XVIIIème et qui trouve l'une de ses premières réalisations dans les travaux de l'Assemblée Constituante qui siège de juin 1789 à septembre 1791. Par son inspiration comme par son contenu, le modèle répressif qui se met en place à cette époque constitue en effet l'une des expressions les plus emblématiques et les plus édifiantes de l'ordre politique nouveau que veulent faire advenir les révolutionnaires.

Ses principes directeurs, à commencer par l'idée cardinale de Sûreté, ne sont que la réalisation des idéaux de Liberté, d'Egalité mais également de Fraternité qui animent les hommes de 1789. Autrement dit, les textes fondateurs de la nouvelle pénalité révolutionnaire « *définissent les frontières d'une nouvelle pratique punitive fondée sur une philosophie politique qui annonce la démocratie et rendra possible, par longues étapes chaotiques, la République* »³².

32 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre NOËL, *op.cit.*, p.8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Aussi nous faut-il préciser les contours de cet humanisme pénal républicain qui anime les constituants (1), avant de déterminer de quelle façon il se trouve, avec le paradigme nouveau de la Sûreté, transposée dans l'ordre juridique (2).

1) De l'humanisme pénal.

9. On a certes coutume de désigner la pensée des auteurs des Lumières et de leurs hérauts révolutionnaires comme l'expression d'une doctrine « classique » et celles de leurs continuateurs de la première moitié du XIX^{ème} siècle comme celle d'une doctrine « néoclassique »³³. Une telle nomenclature pêche cependant par son imprécision et a surtout l'inconvénient d'associer des auteurs dont les travaux peuvent pourtant s'avérer antithétiques, tels en particulier ceux des premiers Constituants et ceux de Jeremy Bentham³⁴. On préférera donc, pour désigner les doctrines pénales des Lumières, le terme de libéralisme pénal, qui a le mérite de signifier clairement ce qui les unit sans pour autant nier leurs différences potentielles.

L'ensemble des auteurs éclairés se rejoignent en effet pour énoncer un projet pénal qui vise d'abord à prendre le contre-pied complet des représentations et pratiques répressives de l'ancien régime. Expression intime du pouvoir absolu du souverain sur ses sujets, la philosophie répressive qui les inspire peut être désignée sous le terme d'absolutisme pénal. La disparité des sources de l'ancien droit pénal, qui demeure largement régi par les coutumes locales, et l'éclatement des ordres de juridiction rendent certes difficile la mise à jour d'un corps de doctrine cohérent³⁵. Au bénéfice de l'unification de la procédure que réalise l'ordonnance criminelle de 1670 et, paradoxalement, de la diffusion des idées pénales nouvelles qu'ils entendent bien contrer, les derniers représentants de l'absolutisme pénal nous offrent néanmoins une synthèse assez saisissante de leurs préceptes.

10. Nous trouvons ainsi, dans les écrits de Jousse³⁶ et de Muyart de Vouglans³⁷ la substance d'une

33 En ce sens, Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, deuxième édition modifiée coll. Que Sais-je ?, 1991, p.40 et suivantes.

34 Jean PRADEL, *op. cit.*, p. 44.

35 V. Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, Paris, PUF, 2001, p.136.

36 V. Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure, 1771.

37 V. Pierre-François MUYART de VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux en ces matières*,

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

doctrine pénale dont les principales caractéristiques vont cristalliser la critique virulente des Lumières à la fin du XVIIIème siècle. Pour les auteurs de l'ancien droit, la principale raison d'être de la justice criminelle est en effet de punir l'ensemble des « *entreprises qui peuvent troubler l'ordre et la tranquillité de l'Etat* » afin de « *conserver les sujets du Roy dans une paix et une tranquillité durables* »³⁸. Sa finalité première étant de garantir la suprématie de l'autorité du gouvernement, la répression se doit d'être exemplaire, « *afin de contenir par la vue et la crainte des peines exercées sur des coupables ceux qui ne sont pas retenus par d'autres motifs* »³⁹.

Elle ne saurait en outre être bornée par quelque limite légale que ce soit : l'arbitraire du pouvoir répressif est au contraire perçu comme une condition indispensable à son efficacité, en particulier au devant de crimes « atroces » justifiant le déchaînement de la répression⁴⁰. L'arbitraire est d'abord celui laissé aux autorités d'instruction et de jugement dans l'administration de la preuve, au nom de « *la nécessité d'empêcher l'impunité de ces sortes de crimes* »⁴¹. Il s'agit plus encore de celui laissé au juge pénal dans le choix de la peine, en particulier pour les crimes qualifiés « *extraordinaires* » en raison de leur « *atrocité* »⁴².

Enfin, ces juristes conservateurs entendent fermement préserver le pouvoir du souverain de pénaliser et poursuivre aussi bien les infractions à la loi naturelle que celles à la loi religieuse, qui sont pléthore et comptent parmi les plus sévèrement réprimées. Pour Muyart de Vouglans la cause est entendue : « *la religion étant sans contredit une partie essentielle de l'ordre public, toutes les fois que la violation du respect qui lui est dû s'est manifestée par des actes extérieurs, il faut nécessairement la punir par des peines extérieures* »⁴³. Le régime absolutiste vieillissant demeurant plus que jamais fondé sur l'idée d'une monarchie de droit divin, la pénalisation rigoureuse des attentats à la religion reste essentielle au maintien de l'ordre politique et social.

11. Sur l'ensemble de ces questions, les réformateurs des Lumières mènent, au nom de la Raison,

suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du royaume, Paris, 1762 et surtout *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, Lausanne, 1767.

38 Daniel JOUSSE, *op.cit.*, p.1

39 *Ibid.*, p. 3 ; V. aussi Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.274 à 282.

40 *Infra* n°69.

41 Pierre-François MUYART de VOUGLANS, *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, p.44.

42 *Ibid.*, p. 46 et 47.

43 *Ibid.*, p.107.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

une véritable entreprise de déconstruction. Le droit pénal était chez les tenants de l'absolutisme pénal l'instrument de l'autorité du pouvoir royal, il sera chez ses adversaires celui de la Liberté, socle d'un système répressif laïc, égalitaire et rationnel. Cesare Beccaria occupe évidemment parmi ces penseurs une place privilégiée, en ce sens qu'il est le premier à proposer pour ces idées nouvelles une véritable « *systématisation* »⁴⁴. Il peut, à ce titre, être considéré comme le père du libéralisme pénal, posant les jalons d'un ordre répressif nouveau, fondé sur les principes directeurs de légalité des délits et des peines, de nécessité des délits et des peines, de la proportionnalité de la répression et de son nécessaire contrôle juridictionnel.

Fondatrice, sa doctrine n'est pas cependant pas tout à fait celle qui inspirera les Constituants. Le libéralisme pénal est en effet à l'origine de deux Ecoles de pensée qui, pour partager les mêmes présupposés fondamentaux, n'en divergent pas moins fortement dans l'interprétation qu'elle donnent à certains d'entre eux. D'un côté, l'humanisme pénal, doctrine officielle des rédacteurs du Code pénal de 1791 qui formaliseront l'idée de Sûreté, en insistant sur les vertus de la modération de la répression et en en prolongeant la logique en formant le projet d'une pénalité amendant le condamné. De l'autre, l'utilitarisme pénal de Jeremy Bentham, qui systématise les virtualités d'arithmétique pénale contenue dans l'œuvre de Beccaria en proposant une acception de l'idée de proportionnalité qui n'est finalement guère éloignée de celle que nous retrouvons dans l'absolutisme pénal⁴⁵. Cette seconde doctrine inspirera grandement le Code pénal de 1810, notamment en fournissant aux partisans de la réaction l'instrument d'une relative remise en cause des réalisations de l'humanisme pénal. Mais au-delà de leurs indéniables points de convergence, c'est bien l'humanisme pénal qui trouve une transcription presque complète dans le système répressif mis en place par les Constituants et c'est donc cette doctrine qu'il faut désormais présenter plus amplement.

12. Relevons tout d'abord que cette philosophie répressive connaît une postérité qui excède largement l'époque révolutionnaire. Elle constitue au contraire la marque de tous les continuateurs de l'œuvre des hommes de 1789. Au XIX^{ème} siècle, François Guizot, Pelegrino Rossi et Joseph Ortolan approfondiront la doctrine pour tirer toutes leurs conséquences des idées de nécessité et de proportionnalité⁴⁶. Mais les travaux des auteurs généralement associés au mouvement dit de la « Défense sociale nouvelle » doivent également être considérés comme les derniers prolongements

44 Selon l'expression de Jean PRADEL, *op.cit.*, p.24.

45 *Infra* n°46.

46 *Infra* n°121.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de l'humanisme pénal. Certes, l'œuvre de Marc Ancel⁴⁷ et de Filippo Gramatica⁴⁸ doit beaucoup aux conceptions du fait criminel, pour partie dérivées du positivisme pénal, qui mettent l'accent sur le conditionnement social à la délinquance et le caractère primordial du « traitement » du condamné. Cependant, contrairement au déterminisme rigide qui inspire les travaux des premiers auteurs qui, tel Adolphe Prins⁴⁹, se revendiquent explicitement du mot d'ordre de la défense sociale, la philosophie d'Ancel n'abandonne jamais l'idée de responsabilité individuelle. En réalité, elle s'inscrit dans le sillage des écrits fondateurs de Raymond Saleilles sur l'individualisation de la peine⁵⁰.

En d'autres termes, la prise en compte des différents facteurs environnementaux dans le passage à l'acte délictueux et dans le processus d'exécution de la peine ne signe pas une remise en cause du concept de responsabilité pénale, mais son aménagement à la lumière des enseignements des sciences sociales. Dans une telle perspective, le souci de personnalisation de la peine qui se trouve au cœur de la doctrine de la défense sociale nouvelle doit être analysé comme une acception particulièrement poussée de l'exigence de proportionnalité. Effaçant la ligne rouge de la condamnation qui, depuis la Révolution, paraissait réserver aux condamnés un droit à la sûreté amoindri⁵¹, les auteurs d'après-guerre affirment simplement que la modération et la proportionnalité de la répression s'appliquent tout au long de la répression et donc également au stade de l'application et de l'exécution de la sanction pénale.

2) De la Sûreté

13. Ceci étant précisé, il convient maintenant de définir plus précisément le contenu de cet humanisme pénal et du système répressif qui lui y est associé. L'époque révolutionnaire offre en effet l'exemple unique d'une mise en application immédiate, au moins d'un point de vue législatif, des idées réformatrices qui viennent d'être formulées. Les juristes qui composent majoritairement l'assemblée constituante sont pour certains non seulement des tribuns, mais aussi des théoriciens du droit pénal qui trouvent dans l'instant révolutionnaire l'occasion unique d'éprouver sur le champs leurs conceptions progressistes. Donnant au libéralisme pénal de Beccaria une inflexion nouvelle,

47 Marc ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1981.

48 Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Toulouse, Cujas, 1964.

49 Adolphe PRINS *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, 1910.

50 Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, Paris, Michel Alcan, 1898.

51 *Infra* n°42.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

« deux personnalités, au caractère personnel et politique contrasté, font leur entrée et auront un rôle déterminant : Lepeletier de St Fargeau et Duport »⁵².

Au fondement du nouvel ordre répressif qu'ils défendent, nous trouvons la valeur, centrale dans le projet politique révolutionnaire, de Liberté. S'opposant aux « libertés » de l'ancien régime que Montesquieu voulait réhabiliter contre l'absolutisme monarchique⁵³, il s'agit, rappelons-le, d'une conception rousseauiste de la liberté, c'est-à-dire farouchement enracinée dans la notion sœur d'égalité civique. Ce n'est que parce que les hommes sont égaux en droits qu'ils peuvent se considérer comme véritablement libres⁵⁴.

Le nouveau paradigme qui va transposer cette philosophie dans la législation pénale est le concept, en tous points révolutionnaire, de Sûreté. La particulière méconnaissance dont il souffre aujourd'hui explique pour beaucoup l'aisance avec laquelle le législateur peut aujourd'hui déconstruire l'ordre pénal républicain. C'est pourtant cette idée qui gouverne l'ensemble du système répressif mis en place entre 1789 et 1791, dont les déclinaisons sont aujourd'hui enseignées comme « classiques » et qui inspire toutes les grandes avancées en faveur des libertés publiques, depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵⁵ jusqu'à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁵⁶. Elle transparaît en filigrane dans l'œuvre de Beccaria, notamment quand il affirme que « *le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt [des libertés individuelles] constitué pour le salut public. Et les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est plus sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain laisse à ses sujets* »⁵⁷.

Portée en quelque sorte à maturité par les constituants, la notion de Sûreté exprime la volonté d'une

52 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre NOËL, *op. cit.*, p.99.

53 Montesquieu défend en effet une conception de la liberté fort différente, sensiblement plus restrictive que celle qui sera adoptée par les Constituants. Au chapitre III du Livre XI de *L'Esprit des lois*, il écrit en effet que « *La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent* ». Autrement dit, la liberté d'action du sujet s'arrête à ce qui lui est expressément autorisé par les lois en vigueur. Ainsi Montesquieu peut-il parallèlement défendre un ordre juridique inégalitaire où notre faculté d'agir dépend en dernier ressort de l'ordre auquel on appartient.

54 Jean-Jacques ROUSSEAU estime en effet que la liberté de l'homme en Société n'est possible que si « *chacun, s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui même et reste aussi libre qu'auparavant* », in *Du Contrat social*, Paris, LGF, 1996 (1ère éd.1762), p.53.

55 Dont l'article II énonce que « *les droits naturels et imprescriptibles de l'homme [...] sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

56 Dont l'article 5 protège expressément, faut-il le rappeler, « *le droit à la Liberté et à la Sûreté* ».

57 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.63.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

lutte constante contre toutes les formes d'arbitraire pouvant menacer le citoyen, qu'il soit d'origine publique ou privée. C'est ainsi que Michel Lepeletier de St Fargeau rappelle que si leur entreprise vise à refonder la matière pénale selon « *les principes d'humanité [...] la plus dangereuses des erreurs politique serait le système de l'impunité des crimes* »⁵⁸. En une formule plus éclairante encore, Duport énonce que « *la Société doit sûreté et tranquillité à tous et justice à chacun ; il faut donc que tous les citoyens puissent aisément se plaindre, que l'on puisse s'assurer d'un homme sur des soupçons mais que l'on ne juge que sur une conviction complète* »⁵⁹. Il s'agit de défendre, en toutes circonstances, la primauté de la Loi sur les rapports de force pour résoudre les inévitables conflits inhérents à la cohabitation sociale. Etre en sûreté c'est, en somme, avoir la certitude et surtout la garantie que seul le droit réglera, en dernier ressort, les situations conflictuelles et que les profits illégitimes resteront précaires. Prolongement logique de l'exigence d'égalité juridique, l'idée de Sûreté vient condamner dans un même mouvement la violence privée, sanctionnée par la loi pénale, et la violence publique des agents de la répression qui prétendent s'en affranchir. Autrement dit, « *[l'idéal de Liberté] est subordonné à une condition primordiale, la sûreté, qui repose sur un ensemble de droits et de devoirs s'appliquant à tous, gouvernés et (c'est désormais fondamental) gouvernants. La défense du bien commun synthétise d'une autre manière l'alliance indissociable de ces deux dimensions* »⁶⁰.

14. Première déclinaison de l'idée de Sûreté, le principe directeur de la légalité des délits et des peines s'impose comme la clé de voûte du nouvel ordre pénal : « *tout citoyen doit savoir quand il est coupable et quand il est innocent* »⁶¹. Plus que tout autre, il traduit le double héritage sous lequel les artisans du libéralisme pénal et, plus encore, de l'humanisme pénal placent leur entreprise. En affirmant qu'aucun acte ne puisse être poursuivi sans avoir été préalablement incriminé, ni réprimé sans que la sanction n'ait préalablement été définie, les réformateurs des Lumières puis les Constituants inscrivent d'abord leur démarche dans la longue lutte contre l'arbitraire qui traverse l'histoire du droit pénal, en particulier du droit pénal processuel. Au rang des maux qui sont dénoncés par les réformateurs des Lumières dans le système répressif de l'ancien régime, l'arbitraire occupe, aux côtés de l'inégalité entre citoyens devant la loi pénale, la première place. Dans un

58 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.91.

59 Adrien DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la Justice, présentés au nom du comité de Constitution le 22 décembre 1789*, in Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome X, Du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789, p.745.

60 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre Noël, *op. cit.*, p.85.

61 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.85.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

même mouvement, les rédacteurs des cahiers de doléances vont donc revendiquer la codification du droit pénal comme gage de sécurité et d'égalité juridiques⁶².

Mais l'exigence de légalité pénale trouve tout autant sa source dans la philosophie politique du contrat social telle que Jean-Jacques Rousseau l'a synthétisée⁶³. L'association des citoyens constituant le seul fondement légitime à l'encadrement de leur liberté en Société, seule la loi, « *expression de la volonté générale* »⁶⁴, est susceptible de venir sanctionner tel ou tel comportement. C'est en ce sens que Beccaria écrit que le pouvoir répressif « *ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la Société unie par un contrat social* »⁶⁵. De la même façon, dans son rapport sur les principes fondamentaux de la police et de la Justice présenté à l'assemblée constituante le 22 décembre 1789, Adrien DUPORT rappelle que « *la police et la justice, comme toutes les autres institutions sociales, ne sont instituées que pour l'avantage commun des membres de la Société ; leur objectif est d'assurer à chacun d'eux l'exercice de ses droits naturels et civils* »⁶⁶.

Tous ces auteurs ne se contentent pas de définir le sens d'une philosophie pénale humaniste. Contre l'arbitraire de l'ancien droit pénal, Beccaria et ses continuateurs nous offrent, avec le principe de légalité, un instrument d'une redoutable efficacité. Il s'agit d'abord d'affirmer que « *les lois seules peuvent déterminer les peines des délits* », qui ne sauraient désormais être laissées à la discrétion des magistrats⁶⁷. Mais l'objectif de protection du citoyen contre l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif ne serait pas complètement satisfait si l'on affirmait pas, dans le même temps, les principes d'interprétation stricte et de lisibilité de la loi pénale. C'est ainsi que Beccaria nous enseigne que « *si l'interprétation des lois est un mal, l'obscurité qu'entraîne cette interprétation en est évidemment un autre, qui sera encore bien plus grand si les lois sont écrites en un langage étranger au peuple et qui le met dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes* »⁶⁸. L'ensemble de ces principes seront consacrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par les Constituants qui leur ajouteront celui, fondamental, de la non-rétroactivité de la loi pénale⁶⁹. Ils

62 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre Noël, *op.cit.*, p.46 et suivantes.

63 Jean-Jacques ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 52 à 57.

64 Article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

65 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.65.

66 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.744.

67 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.65.

68 *Ibid.*, p.70.

69 Articles VII et VIII de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

seront ensuite transposés, presque mot pour mot, non seulement dans la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁰ mais également dans le texte du code pénal de 1994⁷¹.

15. Deuxième déclinaison essentielle de l'idée de Sûreté, le principe de nécessité des délits et des peines est tout autant, sinon davantage, tombé en méconnaissance à l'époque contemporaine, qui surclasse sans peine les précédentes en termes d'inflation normative⁷². Au cœur du libéralisme pénal se trouve pourtant l'exigence d'une stricte limitation du champ pénal aux seuls actes menaçant directement la cohésion sociale. Ainsi Beccaria écrit que « *lorsque on défend une foule d'actes indifférents, on ne prévient pas des délits qui ne sauraient en résulter, mais on en crée de nouveaux en déplaçant arbitrairement, entre le vice et la vertu, des limites que l'on proclame cependant éternelles et immuables* », ajoutant que « *plus on augmente le nombre de délits possibles, plus on accroît les chances d'en commettre* »⁷³. Cette idée est reprise par Michel Lepeletier de St Fargeau quand il indique que les efforts des membres du comité de législation criminelle auront porté leurs fruits « *s'ils ont pu même épargner au coupable une douleur inutile pour la répression et pour l'exemple* »⁷⁴. Elle sera consacrée à l'article V de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789, lequel dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* » et à son article VIII qui énonce que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Et elle sera particulièrement mise en valeur par les auteurs de la monarchie de Juillet, auxquels on prête fréquemment la célèbre formule selon laquelle il ne faut réprimer « *ni plus qu'il n'est utile, ni plus qu'il n'est juste* »⁷⁵

L'exigence de nécessité s'impose d'abord au législateur, tant en ce qui concerne la détermination des comportements devant être incriminés que celle des sanctions applicables. Pelegrino Rossi est sans doute l'auteur qui a donné du principe de nécessité de l'incrimination la définition la plus exigeante. En une formule éclairante, il nous rappelle ainsi que « *le pouvoir social ne peut regarder comme délit que la violation d'un devoir envers la Société où les individus, exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique, un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la*

70 Article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

71 Articles 111-3 et 111-4 du Code pénal.

72 *Infra* n°319.

73 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.169 et 170.

74 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.91.

75 Jean PRADEL, *op.cit.*, p.52.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

*sanction pénale et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine »*⁷⁶. De manière plus flagrante encore, le souci de la stricte nécessité de la peine est exprimé par l'ensemble des réformateurs des Lumières, qui entendent bien lui ôter toute dimension afflictive. Beccaria écrit ainsi que « *le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été* »⁷⁷. Michel Lepeletier de St Fargeau prolongera l'argument en expliquant qu'une « *loi est d'autant moins efficace qu'elle est plus inhumaine* », puisqu'une « *loi barbare, semblable à ces instruments empoisonnés dont la moindre atteinte porte la mort, est voué soigneusement à l'inutilité et à l'oubli* »⁷⁸. De manière plus explicite encore, Adrien Duport affirme qu'en « *fait de peine, le minimum est ordonné par l'humanité et conseillé par le politique ; toutes les fois que le but de la loi peut être rempli par une peine, c'est une barbarie et un crime du législateur d'en employer une plus forte* »⁷⁹. Reprenant à son compte ce raisonnement, Rossi pourra lui aussi écrire que « *la justice, si elle mérite réellement ce nom, ne doit punir que des coupables dans la mesure, tout au plus, de leur délit* »⁸⁰.

Mais le raisonnement peut être poussé plus loin, en considérant que le principe de nécessité doit également gouverner la démarche de l'ensemble des autorités répressives. A partir du moment où l'on affirme que la loi pénale n'a vocation à appréhender que les actes menaçant directement et évidemment la cohésion sociale, il ne peut qu'en être de même au stade de sa mise en application. Difficilement perceptible pour les fondateurs de l'humanisme pénal, dont l'environnement juridique était infiniment plus limité et simple que le nôtre, une telle considération devient évidente à une époque où les modes de régulation des conflits alternatifs à la pénalisation, juridiques et non juridiques, sont infiniment plus nombreux. Elle s'impose d'autant plus à nous que, au bénéfice d'une appréciation fine de l'exigence de proportionnalité, l'attachement à la fixité des peines des Constituants a progressivement cédé la place au principe d'individualisation de la peine. En d'autres termes, la réserve qui est supposée guider le législateur dans son œuvre pénalisante doit également s'étendre aux autorités de police quand elles ont à prendre des mesures coercitives à l'encontre de suspects, aux autorités de poursuite quand elles ont à décider de l'engagement de l'action publique et

76 Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin, 1863, p. 249.

77 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.86.

78 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.98 ; Ce raisonnement sera, dans la continuité de l'œuvre de Beccaria, au fondement de la tentative malheureuse de Duport et Lepeletier de faire disparaître la peine de mort de l'ordre juridique nouveau.

79 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

80 Pellegrino ROSSI, *op.cit.*, p.232.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

aux autorités de jugement quand elles ont à déterminer la sanction applicable.

16. L'exigence de proportionnalité qu'impose en troisième lieu l'idée de Sûreté n'est ainsi que le prolongement du principe de nécessité. Les artisans du libéralisme pénal puis de l'humanisme pénal ne distinguent d'ailleurs pas toujours explicitement ces deux dimensions fondatrices de la nouvelle pénologie républicaine. Beccaria nous enseigne ainsi que « *plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être les obstacles qui les en écartent. Il doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines* »⁸¹. Dans son rapport sur les principes fondamentaux de la police et de la Justice, Adrien Duport lui fait écho en affirmant que « *pour que le motif des peines pût agir uniformément sur chaque individu, il faudrait que les peines fussent proportionnées* »⁸². Ce faisant, il rappelle utilement le principe solennellement proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en son article IX – dont il fut l'un des principaux rédacteurs – lequel dispose que « *toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de [la] personne [du suspect] doit être sévèrement réprimée par la loi* »⁸³. D'application globale, l'exigence de proportionnalité enjoint aux autorités répressives de n'employer des mesures coercitives à l'égard de la personne mise en cause que dans la seule mesure où elles apparaissent indispensables au but poursuivi, corrélées à la gravité de l'infraction poursuivie et nécessaires « *dans une société démocratique* »⁸⁴.

Si ce principe va donner lieu à des héritages sensiblement contradictoires, il faut néanmoins souligner la filiation qui lie sur ce point le libéralisme pénal à l'humanisme pénal. Certes, il existe, derrière la promotion d'une échelle des peines graduée, une intention proprement utilitariste. C'est ainsi que Beccaria peut affirmer que « *si un châtiment égal frappe deux délits qui portent à la Société un préjudice inégal, rien n'empêchera les hommes de commettre le délit le plus grave des deux* »⁸⁵. De la même façon, Lepeletier considère que « *ce qui rend une peine répressive, c'est moins d'être sévère que de se trouver dans l'échelle des peines placée au degré le plus convenable* ». Toutefois, l'exigence de proportionnalité exprime avant tout chez ces auteurs un souci de modération de la répression. Beccaria écrit en ce sens que « *la sévérité inexorable [...] pour être*

81 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.72.

82 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

83 Sans être transposée en tant que telle, cette exigence sera largement reprise par la Convention européenne des droits de l'homme en ses articles 5 et 6.

84 Employée aux articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, cette formule exprime notamment l'idée selon laquelle certaines formes de contraintes, telle la torture, sont en toute hypothèses illégitime dans un Etat de droit.

85 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.75.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

efficace, doit aller de pair avec une législation clémente. La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible »⁸⁶. Autrement dit, l'efficacité de la répression ne doit pas être fondée sur sa démesure, mais sur la diligence de la police judiciaire et la promptitude de la réponse pénale. Lepeletier et Duport reprendront fidèlement ce raisonnement, en affirmant respectivement que « *des peines quoique modérées peuvent être efficaces si elles sont justement graduées* »⁸⁷ car « *la raison et l'expérience ont prouvé que les hommes étaient plutôt retenus par la certitude de la punition que par l'intensité de la peine* »⁸⁸. Fort différente est, sous ce rapport, l'acception que les artisans de l'utilitarisme pénal donneront au principe de proportionnalité⁸⁹.

17. En définitive, c'est essentiellement en assignant à la sanction la fonction nouvelle d'amendement du condamné que l'humanisme pénal dépasse le libéralisme pénal. Parce que « *les sensibilités ont évoluées en un quart de siècle* »⁹⁰, les Constituants entendent retirer à la pénalité intransigeante proposée par Beccaria les rigueurs qui leur paraissent contrarier les perspectives de réinsertion du fautif, en s'opposant en particulier à l'idée d'une peine perpétuelle. Tel est le projet que défend notamment Lepeletier, quand il demande « *ne saurait-on concevoir un système pénal qui opérât ce double effet, et de punir le coupable et de le rendre meilleur ?* »⁹¹. A cet effet, il soutient des principes qui annoncent tout un pan de la pénologie qui sera défendue un siècle et demi plus tard par le président Ancel. Ainsi affirme-t-il qu'il convient « *de rendre décroissante dans le temps la rigueur des peines* » car il est « *utile de tempérer insensiblement l'être moral du condamné et de pénétrer son âme d'affections plus douces et plus sociales avant l'instant où la fin de sa punition va le rendre à la Société et à lui même* »⁹². Lepeletier pose, par ailleurs, les bases de la notion de réhabilitation – laquelle sera, jusqu'à nos jours, au cœur de toutes les réformes progressistes – en affirmant que tout condamné « *mérite un jour que la patrie elle même efface de dessus son front jusqu'à la tâche d'un crime qu'il aura suffisamment expié* »⁹³.

Tout comme le principe de nécessité, l'exigence de proportionnalité s'impose non seulement au

86 *Ibid.*, p.123

87 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.99.

88 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

89 *Infra* n°46.

90 Robert BADINTER, *op.cit.*, p.41.

91 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.105.

92 *Ibid.*, p.106.

93 *Ibid.*, p.107.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

législateur mais également et plus encore à l'ensemble des agents du pouvoir répressif. Ainsi doit-il en particulier guider la démarche des autorités de poursuites et d'instruction dans leur mission de contrôle des diverses mesures coercitives prises avant la phase sentencielle. Mais il doit tout autant gouverner la démarche de la juridiction de jugement. C'est en ce sens que les travaux des artisans de l'école de la Défense sociale nouvelle viennent, dans une certaine mesure, parachever l'œuvre des inventeurs de l'humanisme pénal. En défendant, avec le principe de personnalisation de la peine, l'exigence d'une modulation la plus fine possible de la sanction pénale à l'individualité du condamné, Marc Ancel ne fait que promouvoir l'idée d'une répression proportionnée non seulement à la gravité de l'infraction en cause, mais à celle des faits pris dans leur singularité. Déjà, Adrien Duport avait pressenti cette évolution en estimant qu'il « *faudrait que les peines fussent proportionnées 1°) à la sensibilité de chacun, 2°) à la plus ou moins grande immoralité de son action* »⁹⁴. Le souvenir de l'arbitraire des Parlements demeurant particulièrement vivace, la fixité des peines promue parallèlement par les Constituants les privait de tout moyen de mettre en œuvre cet objectif.

Au bénéfice de la découverte des facteurs sociaux de conditionnement de la délinquance et des travaux pionniers de Raymond Saleilles, les promoteurs de la personnalisation des peines nous permettent de dépasser cette épineuse difficulté à laquelle se trouvaient confrontés les inventeurs du modèle répressif républicain. Parce qu'elle demeure strictement encadrée par la loi pénale et que, depuis 1832, elle constitue d'abord un instrument de modération répressive⁹⁵, la faculté de modulation de la sanction pénale progressivement reconnue au juge pénal ne saurait être assimilée à l'arbitraire de l'ancien droit pénal. Bien au contraire, elle exprime avant tout autre chose le souci de tirer toutes les conséquences du principe de proportionnalité. Il convient donc de ne pas se méprendre sur le sens de sa remise en cause à l'époque contemporaine, qui s'inscrit dans une opposition plus large à l'idée de Sûreté⁹⁶.

18. Il faut enfin exposer les règles secondaires qui viennent conférer à ces trois grands principes toute l'efficacité juridique requise. Consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

94 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

95 En introduisant le mécanisme des circonstances atténuantes, la loi du 28 avril 1832 vise à permettre aux Cours d'assises de diminuer le quantum la peine prononcée ; en ne fixant désormais plus que des peines maximum, c'est le même objectif que poursuit le code pénal de 1994.

96 *Infra* n°365.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

puis par la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷, la présomption d'innocence est l'instrument privilégié de garantie de l'exigence de légalité. En mettant à la charge exclusive de l'autorité de poursuite l'établissement de la preuve de l'infraction, elle vise à rendre effective la règle selon laquelle la liberté est le principe et la prohibition l'exception. « *Un homme* », écrit Beccaria, « *ne peut être déclaré coupable avant la sentence du juge et la Société ne peut lui retirer sa protection tant qu'on pas établi qu'il avait violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée* »⁹⁸. Ce faisant, la présomption d'innocence s'impose également comme la garantie du principe de proportionnalité : « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi* »⁹⁹. En postulant que le doute doit nécessairement profiter à l'accusé¹⁰⁰, elle constitue une garantie de première importance contre l'arbitraire du pouvoir répressif.

Simplement suggérés par les inventeurs de l'ordre pénal républicain, les deux autres principes secondaires ont été précisés par leurs successeurs et efficacement détaillés par la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit, en premier lieu, de l'exigence d'un contrôle juridictionnel de la répression. Dans son traité des délits et des peines, Beccaria se borne à indiquer qu'il est « *nécessaire qu'un tiers juge de la vérité du fait et qu'il y ait par conséquent un magistrat dont les sentences soient sans appel* »¹⁰¹. Pour le reste, il insiste surtout, comme le feront à sa suite les Constituants, sur la nécessité de limiter strictement le pouvoir du juge pénal à l'application littérale de la loi¹⁰². Ce n'est qu'à partir du moment où les auteurs prennent conscience que le juge pénal est non seulement un agent de la répression mais également le garant de sa juste mesure, que l'importance de son contrôle juridictionnel va être reconnue. Les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme en feront le principal garant de l'effectivité de la proportionnalité de la répression, d'une part en consacrant expressément le droit au juge¹⁰³, d'autre part en

97 Article IX de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen et article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

98 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.96.

99 Article IX de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen.

100 Article 304 du Code de procédure pénale.

101 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.66.

102 Ainsi écrit-il « *en présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquiescement ou la condamnation* », *ibid.*, p.67 ; à sa suite, Michel LEPELETIER de St FARGEAU affirmera qu'il faut que le juge « *ouvre la loi et qu'il y trouve une peine précise, applicable au fait déterminé ; son seul devoir est de prononcer cette peine* », *op.cit.*, p.102.

103 L'article 6 de la Convention énonce ainsi que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

conditionnant au prompt contrôle de l'autorité judiciaire la régularité des mesures coercitives pénales¹⁰⁴.

Complément logique de cette exigence de juridictionnalité de la répression, le principe du contradictoire apparaît lui aussi de façon très sibylline dans les premiers écrits de l'humanisme pénal. Duport nous en offre néanmoins une définition éclairante quand il énonce que « *tout moyen de défense doit être donné à l'accusé et il ne doit être rien écrit contre lui, sans qu'il lui ait été communiqué* », mais également qu'il « *doit lui être permis d'employer [à sa défense] ses amis ou conseils* »¹⁰⁵. La conviction selon laquelle aucun élément de preuve ni aucun argument ne doit servir de fondement à une décision pénale sans avoir été préalablement soumis à la discussion des parties et de leurs avocats s'imposera à mesure que le contradictoire progressera concrètement dans la procédure, notamment sous la III^{ème} République¹⁰⁶. En imposant aux autorités répressives d'associer, sous certaines conditions, la personne mise en cause elle-même à la conduite du procès pénal, cette règle constitue une garantie de sa proportionnalité particulièrement efficace. Comme le principe de juridictionnalité, elle sera expressément et précisément consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme comme une composante centrale du droit au procès équitable affirmé en son article 6.1¹⁰⁷.

19. La filiation directe qui unit la Convention de 1950 à la Déclaration de 1789, mais également le souci de ses rédacteurs d'apporter une définition sensiblement plus précise aux différentes déclinaisons du droit à la Sûreté, permettent de mesurer à quel point la mise en application du projet pénal républicain fut longue et chaotique. Sans doute en avance sur son temps, le Code pénal de 1791 n'aura guère le temps de se confronter à la pratique des tribunaux. Moins de deux ans après sa

loi, qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

104 L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *Toute personne [pénalement] arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure* ».

105 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.746.

106 *Infra* n°121.

107 Lequel dispose : « *Tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

promulgation, les décrets des 10 et 19 mars 1793 mettent en place un régime d'exception qui ressuscite dans la violence l'arbitraire et la démesure de l'ancien droit pénal¹⁰⁸. L'abrogation partielle de ces mesures d'exception sous le Directoire n'empêchera la perpétuation de pratiques répressives tournant le dos à l'idéal de Sûreté¹⁰⁹.

Cela n'empêchera pas les rédacteurs du Code de 1810 d'attribuer à l'angélisme prétendu des révolutionnaires et non à la suspension *de jure* puis *de facto* de l'ordre pénal conçu en 1789 l'état de désorganisation et d'incurie dans lequel se trouve le pouvoir répressif au début du XIXème siècle. Dans l'exposé des motifs du code pénal impérial, les conseillers d'Etat Treilhard, Faure et Guinti, donnant lecture du rapport de Target, affirment ainsi que l'Assemblée constituante « *a trop souvent considéré les hommes non tels qu'ils sont, mais tel qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité qui malheureusement ne se réalise pas* »¹¹⁰. Ce faisant, ils inaugurent une figure de style qui n'apparaît aujourd'hui que trop familière, attribuant à l'idéalisme humaniste des Constituants sinon à ses excès le moindre dysfonctionnement du processus répressif. Certains précisions d'ordre méthodologiques doivent toutefois être apportées avant d'analyser plus avant les ressorts et les implications de cette singulière grille de lecture.

108 Le décret du 10 mars 1793 institue le Tribunal criminel extraordinaire, placé sous la tutelle directe du comité de salut public et observant une procédure particulière expéditive, tandis que le décret du 19 mars 1793 met en place la procédure de mise hors la loi qui permet de priver de toute garantie processuelle les personnes auxquelles elle s'applique ; V. Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 422 à 424.

109 *Ibid.*, p. 425.

110 G.B. TARGET, *Exposé des motifs du Code Pénal, présenté au Corps législatif par MM. les orateurs du gouvernement, Paris, 1810*, p.4.

II – Considérations épistémologiques et terminologiques.

Pour bien saisir le sens de la dynamique normative répressive contemporaine, il importe au préalable dépasser certaines représentations communes de la matière pénale qui sont de nature à en fausser la compréhension (1). Il convient également d'apporter un soin particulier à la présentation des présupposés épistémologiques de la présente étude (2) comme de ses choix terminologiques (3).

1) Au delà des représentation communes

20. La rigidité de la division disciplinaire de la matière entre le droit pénal, d'une part, et la procédure pénale, d'autre part, constitue le premier obstacle de ce type. Contrairement à la matière civile, le droit substantiel n'a, en matière pénale, d'existence que dans un cadre judiciaire ou, à tout le moins, pré-judiciaire. Ce n'est qu'à l'occasion de la mise en mouvement de l'action publique que se posent la question de la pertinence d'une incrimination et, plus encore, celle de l'application d'une peine. Alors que la connaissance de la procédure civile n'est en soi pas nécessaire à la compréhension du droit civil, la connaissance de la procédure pénale est indispensable à celle du droit pénal. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer le nombre considérable de renvois opérés entre les articles du Code pénal et ceux du Code de procédure pénale. Aussi désignerons nous sous le terme de droit pénal l'ensemble des règles juridiques gouvernant le processus répressif en précisant, le cas échéant, si nous nous référons plus spécifiquement au droit substantiel ou au droit processuel.

21. Plus épineuse est la difficulté posée par la représentation commune du droit pénal comme un droit mixte. Son enseignement demeure plus que jamais rattaché aux cursus privatistes et rares sont les auteurs qui ne sacrifient pas à la traditionnelle définition d'une discipline à la frontière du droit public et du droit privé. La commission d'une infraction faisant naître, nous dit-on, à la fois une action publique au profit de la collectivité et une action civile au profit de la victime, le droit pénal devrait nécessairement être considéré comme hybride. Une telle approche ne résiste pourtant guère à l'analyse. Comme son nom l'indique, l'action tendant à l'indemnisation du préjudice consécutif à la commission d'un délit est entièrement gouvernée par les règles propres à la matière civile. Son imbrication procédurale complexe avec l'action publique¹¹¹, loin de révéler la nature composite du

111 Articles 3 à 5-1 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

droit pénal, constitue en réalité une lointaine réminiscence de l'époque où les deux actions étaient confondues. Toute l'histoire du droit pénal est celle d'une lente prise d'autonomie pour former, à côté de l'encadrement de la réparation du préjudice privé, la réglementation de la réaction spécifiquement sociale à la commission de l'infraction. Quoique qualifié de mixte, le droit pénal demeure défini par la plupart des auteurs comme l'ensemble des règles régissant la réponse de la collectivité aux atteintes propres à sa cohésion¹¹². Il n'a vocation qu'à régir les rapports entre la Société et l'auteur de l'infraction, non ceux unissant ce dernier à l'offensé.

Rétablir le droit pénal dans sa qualité de droit pleinement public n'est pas seulement affaire de rigueur terminologique. Persister à le voir comme un droit hybride est de nature à fausser sensiblement la compréhension de son évolution et de ses mutations contemporaines. Associer de façon plus moins explicite le plaignant à la sanction proprement pénale du fait délictueux expose inéluctablement la sûreté du citoyen au risque d'un débordement vindicatif. L'incapacité à dissocier clairement la relation juridique unissant l'auteur et la victime de la relation entre le premier et la collectivité n'est donc pas sans liens avec la vulnérabilité contextuelle persistante de l'ordre pénal républicain. Elle constitue, au contraire, un élément central du conflit normatif systémique dont s'observent aujourd'hui les ultimes soubresauts¹¹³. C'est pourquoi nous poserons comme principe la nature exclusivement publiciste du droit pénal.

22. Le dernier obstacle né des représentations traditionnelles de la matière pénale est au cœur de nos préoccupations, tant il constitue un soutien indirect, mais de poids, à la résistance à la mise en œuvre du projet pénal républicain qui se déploie depuis sa proclamation. Il n'est en effet guère d'ouvrages qui ne présentent l'évolution du droit pénal et qui n'expliquent son instabilité, singulièrement en matière processuelle, sans se référer à l'image d'un balancier dont les mouvements ne seraient que le signe de la recherche d'un équilibre entre les « nécessités de la répression » et la garantie des droits de la personne mise en cause. Or, cette représentation opère comme un véritable mythe – au sens sémiologique du terme – dissimulant le sens et la portée véritables de cette dynamique normative compulsive et contradictoire. Il apparaît dès lors nécessaire de s'atteler à sa démystification pour pouvoir prendre toute la mesure des bouleversements en cours¹¹⁴.

112 *Infra* n°76.

113 *Infra* n°349.

114 *Infra* n°106 et suivants.

2) *Présupposés épistémologiques*

23. La présente étude s'inscrit explicitement en rupture avec la réserve positiviste qui imprègne, le plus souvent par défaut, la très grande majorité des écrits juridiques. Trop souvent, le juriste demeure confiné dans la posture - confortable mais aride- d'un simple technicien de la règle de droit, empêché d'étendre sa recherche à ses fondements et à l'économie d'ensemble du système juridique sous peine de voir ses travaux qualifiés de « *philosophiques* » ou, pire encore, de « *politiques* ».

Or, une telle posture s'avère non seulement restreindre à l'excès le périmètre de la recherche, mais encore et surtout nous priver paradoxalement d'une approche réellement impartiale et partant réellement scientifique. Il suffit, pour s'en convaincre, d'opérer un bref retour sur les conditions particulières dans lesquelles le tropisme positiviste qui est aujourd'hui si naturel a pu émerger. Jusqu'au début du XIXème siècle, l'enseignement du Droit n'est en effet indissociable de celui de la philosophie, laquelle lui a, à partir de l'ère romaine classique, fourni l'armature méthodologique indispensable à son ordonnancement rationnel¹¹⁵. A cette date, sous l'effet de la division disciplinaire qui accompagne le développement de l'Université en Europe d'une part, de la diffusion de la doctrine positiviste d'Auguste Comte¹¹⁶ d'autre part, l'étude et l'enseignement du droit se dissocient progressivement de la philosophie du droit. La codification offre aux positivistes l'instrument d'une objectivation formelle de la matière juridique alors que, dans le même temps, l'autoritarisme du régime bonapartiste favorise un enseignement de la loi des plus scolaires. Dans ces conditions, le juriste voit bientôt son domaine de compétence circonscrit à la seule connaissance de la règle de droit, sans préjudice de son fondement ou de sa finalité¹¹⁷.

Au XXème siècle, le juriste pragois Hans KELSEN va pousser jusque dans ses retranchements les plus radicaux la logique du positivisme juridique. Ne reconnaissant de valeur scientifique qu'à la démarche empirique et sa supposée neutralité axiologique, il réfute la possibilité même d'une philosophie du droit. Pour connaître véritablement sa matière, le juriste se doit d'adopter une démarche purement descriptive en se gardant bien de tout jugement de valeur, auquel Kelsen

115 Nous référons ici et dans les développements qui vont suivre au cours de Philosophie du droit de Jean-Pascal CHAZAL, Université Jean Moulin, Lyon, 2002.

116 Auguste Comte, *Cours de philosophie positive, 1830-1842, 1re et 2e leçon*, Paris, Larousse, 1936.

117 L'Ecole doctrinale de l'Exégèse incarnera jusqu'à la caricature cette attachement au texte de la loi, faisant dire au professeur Charles DEMOLOMBE « *ma devise, ma profession de foi est aussi : les textes avant tout !* » .

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

assimile toute tentative d'explication téléologique de la norme¹¹⁸. Qu'ils s'en inspirent explicitement ou non, l'influence des préceptes de l'auteur de la théorie pure du Droit demeure particulièrement vive chez les juristes français. S'ils ne contestent pas les conflits de valeurs et d'intérêts présidant à la production des règles de droit, ils s'interdisent, dans le même temps, de tenir compte de ces « *forces créatrices du droit* »¹¹⁹ dans l'étude de ces mêmes règles.

La vision technique et aseptisée du droit qui en résulte explique la difficulté du juriste à saisir précisément le sens et la portée des évolutions affectant sa matière de prédilection, dès lors qu'il s'est interdit de prendre en compte les rapports de force sous-jacents. Et, si l'ordonnement rationnel des règles que livre la doctrine aboutit à la mise à jour de principes directeurs structurant la discipline, il est rare que les options politiques fondamentales dont ces principes sont la transcription juridique soient également prises en considération. Ainsi, l'étude juridique du régime de la propriété privée ou celle du droit des contrats ne laissent-elles que peu de place à l'analyse de ses liens avec des politiques économiques plus ou moins favorables au capitalisme. Volontairement ou non, les rapports de force sous-jacents sont effacés derrière la mise à jour des principes d'inviolabilité de la propriété ou d'autonomie de la volonté.

24. Une telle approche ne peut cependant qu'ôter toute scientificité aux travaux qu'elle guide. L'herméneutique enseigne, en effet, que la détermination de la signification d'un texte, quel qu'il soit, suppose nécessairement une dimension interprétative. En d'autres termes, la fixation du sens dépend moins de l'auteur que du lecteur et convoque un ensemble de représentations tenant à sa situation particulière – elle dépend, pour reprendre une expression sociologique, de son habitus. On ne peut dès lors prétendre étudier de façon réellement impartiale et donc scientifique la règle de droit sans intégrer au raisonnement la question de ses fondements et de sa finalité. La norme juridique ne livre sa pleine signification que si nous prenons en considération non seulement le but poursuivi par le législateur, mais également les présupposés philosophiques et politiques qui, consciemment ou non, sous-tendent son activité normative. A l'inverse, l'obsession de la neutralité axiologique conduit le juriste positiviste à donner force de loi à ce qui n'en est qu'une interprétation contingente, s'imposant comme l'un des principaux facteurs de constitution de mythes juridiques. En établissant une égalité de principe entre tous les systèmes juridiques, le positivisme juridique

118 V. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

119 V. George Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

n'est, en outre, d'aucun secours pour distinguer la règle de droit de ce qui n'en est que le simulacre¹²⁰.

En réalité, s'il importe de distinguer nettement le champs politique et le champs juridique - tant d'un point de vue scientifique que pratique - il n'en est pas moins indispensable de les mettre en perspective pour comprendre le sens et les implications des évolutions du Droit et des tensions qui le traversent. En d'autres termes, « *les lois pénales instituent symboliquement et matériellement les principes et les techniques qui assurent le pouvoir légitime de punir. C'est pourquoi elles ont un caractère profondément politique* »¹²¹. Des études récentes ont ainsi mis en évidence l'intérêt d'une analyse proprement juridique des rapports de forces inhérents à la production et à la mise en application des règles de droit avec la mise à jour du concept de force normative¹²². En s'obligeant à intégrer à sa démarche non seulement l'analyse des facteurs concourant à la création des normes – la de force normatrice – mais également l'ensemble des éléments contribuant à assurer l'effectivité et l'efficacité des normes ainsi produites – c'est à dire, la force normative proprement dite, le juriste trouve ainsi l'occasion de prendre en compte les rapports de force sous-jacents.

25. De la même façon, la prise en compte des conditions et des modalités particulières d'application du droit pénal est tout aussi indispensable à sa pleine compréhension. Parce qu'il n'existe que dans mesure où il est mis en œuvre par les autorités répressives, la seule connaissance littérale des règles qui le composent est insuffisante. La façon dont les infractions sont qualifiées, poursuivies, jugées et sanctionnées importe tout autant sinon plus que leur stricte définition légale pour prendre l'exacte mesure de leur portée juridique, c'est à dire de leur aptitude à encadrer et orienter les conduites des hommes en Société. Autrement dit, la connaissance précise de la politique pénale apparaît indispensable à la parfaite compréhension des logiques normatives répressives à l'œuvre depuis la naissance du droit pénal moderne.

C'est en analysant la norme pénale et en prenant soin de n'oublier ni ses présupposés philosophiques et politiques, ni les spécificités de son application que nous serons en mesure d'apprécier le plus précisément possible la nature et la portée des bouleversements systémiques que connaît aujourd'hui

120 Cette faillite intellectuelle et morale du positivisme juridique se donne particulièrement à voir dans l'attitude des juristes sous le régime de Vichy ; V. Danièle LOCHAK, « Les mésaventures du positivisme ou la doctrine sous Vichy », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, Paris, PUF, 1989, p.252-285.

121 Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p.9.

122 V. Catherine THIBIERGE (Dir.), *La Force normative*, Paris, LGDJ, 2009.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

notre ordre pénal. Replacée dans une dynamique d'ensemble, la modification d'une règle en apparence insignifiante ou même de nature à renforcer formellement les droits de la défense peut en effet se révéler un rouage essentiel de la remise en cause de la sûreté du citoyen. Inversement, un accroissement des prérogatives du pouvoir répressif démesuré sur le papier peut s'avérer d'une portée toute relative dès lors que sont prises en compte ses conditions concrètes de mise en œuvre. Encore faut-il, pour tirer tous les bénéfices de cette orientation épistémologique, s'astreindre dans le même temps à une grande rigueur terminologique.

3) *Considérations terminologiques.*

26. Soucieux de revitaliser une pensée juridique littéralement asséchée par l'adoption sans réserve par ses pairs des préceptes du positivisme kelsénien, Michel VILLEY dénonçait en son temps la singulière polysémie affectant les termes juridiques qui en résultait¹²³. Cette troublante imprécision n'épargne pas, loin s'en faut, l'étude et l'enseignement du droit pénal. D'un auteur à l'autre, des notions aussi essentielles que l'imputabilité, la responsabilité pénale, la justification pénale ou encore le concours d'infractions peuvent recouvrir des acceptions sensiblement divergentes. C'est pourquoi il importe, à titre liminaire, de définir soigneusement les termes que nous emploierons tout au long de la présente étude pour tenter de rendre compte des mutations contemporaines du droit pénal.

Il existe, au principe de tout mouvement de législation répressive, une philosophie pénale plus ou moins revendiquée par les pouvoirs publics. Par philosophie pénale, on désigne en premier lieu la conception du fait délictueux qui anime les pouvoirs publics, et, en particulier, l'appréhension de ce dernier comme un phénomène construit ou, au contraire, comme une réalité *sui generis* plus ou moins étrangère à « *l'humanité ordinaire* »¹²⁴. En ce sens, la philosophie pénale est indissociable de la philosophie politique qui imprègne plus largement la démarche du législateur. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer le rôle et les missions qui sont assignés au droit pénal dans le gouvernement des hommes en Société. Selon que la norme pénale se trouve inspirée par l'absolutisme pénal, l'humanisme pénal, l'utilitarisme pénal ou encore le réalisme répressif¹²⁵, la réponse à ces questions

123 Michel VILLEY, *Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 2001.

124 V. Serge PORTELLI, *Récidivistes, Chronique de l'humanité ordinaire*, Paris, Grasset, 2009

125 *Infra* n°220.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

différents de façon significative. Le sens de la norme pénale et des conflits qui structurent son évolution depuis deux siècles ne peut être véritablement compris sans s'interroger sur le rôle et la place que l'on assigne plus généralement aux différentes formes de régulation répressive au sein de la Société.

27. La connaissance de la philosophie pénale première est indispensable pour bien comprendre, dans un second temps, la logique répressive du législateur, c'est à dire l'ensemble des priorités et lignes de force qui structurent son entreprise de pénalisation. Ce qui conduit d'abord à analyser la dynamique normative globale qui gouverne l'évolution des règles de droit pénal, c'est à dire la nature et le rythme des fluctuations du champs des incriminations et des prérogatives du pouvoir répressif. Mais il ne faut pas négliger leur dynamique d'application, c'est-à-dire l'ensemble des aménagements et précisions que la politique pénale vient apporter au texte de loi et dont la connaissance est indispensable pour en saisir la véritable portée normative.

Parallèlement, l'observation de la matière pénale d'un point de vue statique permet de distinguer différents niveaux d'analyse. Le cœur de notre étude demeure bien évidemment le droit pénal, c'est-à-dire l'ensemble des règles substantielles et processuelles régissant la définition de l'infraction, sa constatation, sa poursuite, son instruction, son jugement, ainsi que, le cas échéant, l'application et l'exécution de la peine prononcée. Mais il faut toujours lier la connaissance de ce corpus normatif à celle des institutions chargées de le mettre en œuvre, depuis les services de police judiciaire jusqu'au services chargés de l'exécution des sanctions pénales, en passant bien sûr par l'autorité judiciaire. Selon les cas, elles seront désignées sous leur appellation particulière ou sous le vocable générique de pouvoir répressif ou d'autorités répressives. Ces institutions forment, avec le droit pénal, ce qu'il convient d'appeler l'ordre pénal ou ordre répressif.

28. Pour parfaire la vision, il importe enfin ajouter à l'analyse de l'ordre pénal celle des différents facteurs conditionnant directement son effectivité. Il s'agit d'abord, bien évidemment, de la nature et des modalités de la politique pénale mise en œuvre. Mais il s'agit également de la place laissée aux autres dispositifs répressifs, juridiques ou non, dans la sanction des atteintes à la cohésion sociale¹²⁶. L'ensemble compose le système répressif à proprement parler dans lequel se succèdent les lois pénales. Celui-ci doit donc être regardé comme le produit d'une logique répressive donnée ou, le

¹²⁶ *Infra* n°175.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

plus souvent, comme celui de plusieurs logiques répressives en concours. Selon leur caractère plus ou moins antagoniste il peut, comme le nôtre, se trouver traversé de conflits normatifs persistants qui structurent son évolution mais mettent à mal sa cohérence et sa pérennité. Si notre système pénal demeure aujourd'hui façonné par la logique répressive républicaine qui s'est affirmée à la fin du XVIIIème siècle, il conserve certaines marques des philosophies pénales absolutiste et utilitariste contre lesquelles s'est formé le projet pénal des constituants. Ces dernières se trouvent en outre réactivées à l'époque contemporaine, bénéficiant de l'essor de la doctrine nouvelle du réalisme répressif, notamment en matière de politique pénale.

29. De fait, c'est d'abord à cette redoutable prétention pragmatique voire « réaliste » à laquelle la longue marche vers la mise en application effective et pérenne de l'ordre pénal républicain va, jusqu'à nos jours, se heurter plus ou moins frontalement. C'est donc à la critique de ce prétendu bon sens qu'il convient en premier lieu de s'atteler pour comprendre la signification profonde des bouleversements normatifs en cours. Nourrie d'une alliance inévitable entre la réactivation de certains traits fondamentaux de l'absolutisme pénal et les déclinaisons les plus radicales de l'utilitarisme pénal, cette singulière idéologie du pragmatisme est à l'origine d'une force de résistance diffuse et implicite à la philosophie pénale humaniste. Nous n'en prendrons la mesure qu'en analysant en détail les différentes formes d'érosion de l'ordre pénal républicain par lesquelles elle se manifeste (première partie).

Invisible et insidieux, ce bon sens répressif constitue tout à la fois l'origine première et le noyau dur des mouvements normatifs contradictoires qui secouent aujourd'hui notre système répressif. A la faveur de la transformation du droit pénal en un outil de gestion coercitive de la déviance, le bon sens s'affiche désormais ouvertement comme un nouveau réalisme. Paré des habits de la modernité voire de la postmodernité, il peut ainsi devenir une force de déconstruction qui menace directement la pérennité de l'ordre pénal républicain (deuxième partie).

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

**PREMIÈRE PARTIE : LE BON SENS RÉPRESSIF, UNE FORCE
D'ÉROSION DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN**

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

30. Figure de proue des tenants du « réalisme répressif », Michèle-Laure Rassat, dénonçait, il y a près de trente ans, « *l'affreuse marmelade idéologique dans laquelle s'engluent toute la réflexion et toute l'action contemporaine dans le domaine de la délinquance* »¹²⁷ et qui, depuis la Libération, aurait ôté tout bon sens à la politique pénale. Tranchant rudement avec la vocation « scientifique » que les juristes positivistes revendiquent pour leur discipline, leur discours est régulièrement traversé par l'exhortation ou à tout le moins la référence à ce « bon sens » qu'il faudrait observer dans la conception et la mise en œuvre du procès pénal. Le bon sens répressif compte aussi et même davantage, au rang des arguments d'autorité les plus fréquemment employés, dans les débats législatifs, au soutien ou en opposition à tel ou tel projet de réforme¹²⁸.

Malgré l'apparente imprécision du terme, l'invitation au bon sens revêtu, chez ses zéloteurs, une signification toute particulière. Derrière ce vocable pour le moins polysémique se cache en effet l'opinion, plus ou moins assumée, selon laquelle le droit pénal doit, pour être efficace, prendre en compte les difficultés matérielles rencontrées par les autorités répressives dans l'exercice concret de la répression. Le pénaliste ne saurait donc être étranger à un certain nombre de considérations qui, pour être présentées comme dictées par le sens pratique, tendent invariablement au renforcement du pouvoir répressif au détriment des droits et garanties du justiciable.

Dans cette perspective, l'invocation du bon sens répressif joue, souvent inconsciemment, comme un principe modérateur de la pleine mise en application du droit à la sûreté, en opposant les supposés « nécessités » de la répression à l'angélisme qu'incarnerait la volonté d'un strict encadrement de l'action des autorités pénales. De cette prétention au réalisme naît une rhétorique essentiellement fondée sur des arguments péremptoirs ou tautologiques, déployée au soutien de règles ou de pratiques présentées comme inhérentes à l'exercice de la répression ou, à tout le moins, indispensable à son efficacité. L'ensemble des propositions et argumentaires visant à atténuer, en

127 Michèle-Laure RASSAT, *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, Paris, La table ronde, 1983, p 29.

128 Ainsi le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi de prévention de la délinquance affirme « *la sanction est donc le premier outil de prévention. Cette considération est incontournable. Elle n'est ni de gauche ni de droite, mais relève du bon sens* »; in rapport n°3436 de la douzième législature, Paris 2007. V. également les propos au Sénat de l'auteur de la proposition de loi complétant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence, quand il présente son texte comme destiné « *à rétablir l'équilibre – essentiel - entre droits de la défense et efficacité de la procédure grâce à quelques mesures de bon sens.* », in Sénat, rapport n°208 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 6 février 2002, p.17.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

tout ou en partie, les déclinaisons juridiques et procédurales du droit à la sûreté – ou, en d'autres termes à offrir la latitude la plus grande aux autorités répressives – peuvent ainsi être désignés sous le terme générique « d'impératifs » ou (par commodité de langage) de « nécessités » de la répression. Elles forment, avec le souci contraire de préserver la liberté individuelle du justiciable de l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif, les deux pôles d'une mise en balance aujourd'hui présentée comme indiscutablement constitutive de notre ordre pénal.

31. Cette image d'un balancier répressif mérite pourtant d'être questionnée, tant sa compatibilité avec la représentation parallèle d'un système répressif exclusivement issu de la pensée pénale des Lumières et des fondations révolutionnaires ne va pas de soi. Ensemble non seulement cohérent, mais faisant système, le projet pénal républicain et, plus encore, sa première proclamation juridique que constitue la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne souffrent guère d'ambiguïtés quant à l'ambition de protection de la liberté individuelle qu'ils portent. Bien plus, c'est, précisément, en réaction au principe même de l'arbitraire des autorités répressives, quels qu'en soient le motif ou les expressions, que ce projet s'est formé¹²⁹.

Or le bon sens pénal est exclusivement invoqué au soutien d'une exigence de modération des garanties du justiciable. Si la réalité d'une constante dialectique entre la promotion de la Sûreté du citoyen et les « nécessités de la répression » n'est pas à remettre en cause, la signification qui lui est ordinairement prêtée mérite d'être questionnée. Constitue-t-elle véritablement le reflet de la quête d'un équilibre entre ces deux exigences ou, au contraire, le signe d'une tension d'une toute autre nature ?

32. Répondre à cette interrogation nécessite, en premier lieu, un détour historiographique depuis les origines du droit pénal moderne, au tournant du XVIII et XIXème siècles, jusqu'aux derniers avatars de son évolution contemporaine. Nous ne pouvons malheureusement qu'être frappés par la relative pauvreté de la recherche en la matière. Fort érudits jusqu'à la codification impériale, les ouvrages d'histoire du droit pénal n'offrent, après 1810, qu'un vague aperçu des mutations de la matière jusqu'à nos jours. Aussi, au delà d'études sectorielles ou thématiques – l'Histoire du droit pénal des mineurs et celle des politiques pénitentiaires étant, de longue date, particulièrement

129 *Supra* n°8 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

documentées¹³⁰, il manque une analyse globale embrassant l'histoire contemporaine du droit pénal.

C'est ainsi, en l'absence d'une analyse approfondie de la nature et du sens de l'évolution, contradictoire et chaotique du système répressif français depuis ses fondations impériales, que peut se perpétuer dans l'imaginaire pénaliste la coexistence problématique de l'héritage révolutionnaire et du balancier répressif. C'est ainsi, également, que la persistance d'une constante modération à la baisse de la protection de la liberté individuelle au nom du bon sens répressif n'emporte aucune interrogation sur la possible mise en cause du droit à la Sûreté comme socle effectif de notre ordre pénal.

Cette potentielle contradiction nécessite, pour être dépassée, que la nature et la signification profonde de cette tension soient précisément restituées, depuis sa formulation originelle au début du XIXème siècle jusqu'à ses dernières expressions à l'époque contemporaine. L'architecture du nouveau système répressif qui se met en place avec les codes napoléoniens nous offre, en effet, les clefs de compréhension de la situation actuelle, en nous permettant d'apprécier le sens et la portée des atteintes contemporaines à la cohérence et à l'effectivité de l'ordre pénal républicain. C'est dans le creuset de la grande synthèse juridique impériale que naît le conflit, toujours ouvert, entre un attachement formel à l'héritage de la Révolution – en particulier aux grands principes proclamés par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen – et les premières formulations du bon sens répressif. Celui-ci se révèle alors l'expression d'une opposition radicale aux différentes déclinaisons juridiques de l'idée de Sûreté, plongeant ses racines dans la résurgence de certains traits saillants de la doctrine pénale de l'ancien droit, singulièrement mâtinée des innovations de l'utilitarisme pénal.

33. Ainsi, sous l'apparence du bon sens ou du réalisme, l'invocation des « impératifs de la répression » se donne-t-elle avant tout à voir comme une force de résistance à la norme et, plus précisément, au nouveau fondement de l'ordre pénal que constitue, depuis 1789, la Sûreté du citoyen. Une force souterraine, qui ne remet pas expressément en cause sa fonction paradigmatique pour mieux exercer une constante pression modératrice sur chacune de ses expressions juridiques. En un mot, une force d'érosion lente mais inexorable de l'ordre pénal républicain. Rarement perçue comme telle, elle constitue un véritable impensé juridique, dont nous devons étudier en détails la

¹³⁰ Ainsi le Portail *Criminocorpus sur l'histoire de la justice, des crimes et des peines* ne recense pas moins de 89 références bibliographiques pour la première et 312 pour la seconde ; www.criminocorpus.cnrs.fr

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

genèse et les implications pour pouvoir en saisir l'expression spécifique à la période contemporaine
(Titre 1).

Mettre en exergue sa véritable signification ne suffit toutefois pas à en déterminer précisément les modalités et les manifestations, et, partant, à apprécier dans quelle mesure et jusqu'à quel point elle innerve aujourd'hui l'action réformatrice du législateur pénal. Tout accroissement des prérogatives du pouvoir répressif ne signe pas, en tant que tel, la remise en cause du droit à la sûreté du citoyen. Savoir à quelles conditions et selon quels biais ce dernier se trouve effectivement altéré par l'évolution du pouvoir répressif nécessite d'analyser minutieusement les différentes manifestations de cette force d'érosion normative qui se déploie derrière l'invocation sempiternelle des « nécessités de la répression » **(Titre 2).**

**TITRE 1 : AUX ORIGINES DU BON SENS RÉPRESSIF : LE CONFLIT
NORMATIF FONDATEUR DU DROIT PÉNAL MODERNE**

34. Peu avare de louanges envers l'œuvre accomplie par l'Assemblée constituante – à laquelle au demeurant il appartient – Target n'en affirmait pas moins que si elle avait pour elle « *la pureté des intentions, elle ne se tint pas toujours suffisamment en garde contre l'enthousiasme du bien ; le flambeau de l'expérience lui manquait* »¹³¹. Plus loin, il souligne qu'il serait inexcusable « *de persister à méconnaître l'efficacité incontestable de quelques moyens de répression* »¹³², au rang desquels les peines perpétuelles et les peines corporelles qui seront rétablies par le Code pénal de 1810. On ne pourrait illustrer de façon plus éclairante l'orientation philosophique fondamentale qui se cache derrière la prétention au bon sens.

Comme les autres branches du Droit, la matière pénale n'échappe cependant pas à l'exclusion des conflits de valeurs et d'intérêts du champ de l'analyse, les antagonismes politiques et philosophiques présidant au processus de production des normes étant le plus souvent représentés sous une forme stéréotypée¹³³. Le Droit pénal reste pourtant traversé par des rapports de forces particulièrement aigus, à la mesure des enjeux politiques de la détermination des normes répressives, qu'il s'agisse de la définition des valeurs et intérêts protégés, du contrôle du processus répressif ou de la fonction sociale conférée au procès pénal. Il n'est que d'observer l'intensité des débats législatifs que suscitent l'ensemble de ces questions pour mesurer à quel point elles excèdent la simple technique juridique.

35. En définitive, seule la figure du balancier répressif, catégorie d'interprétation unifiée et consensuelle des évolutions du droit pénal, semble aujourd'hui pouvoir restituer une petite partie des tensions normatives qui le traverse. A condition toutefois de ne pas s'arrêter à la dénonciation de l'inconstance législative ou de son accélération contemporaine. C'est d'une juste appréciation de la nature de ce balancement entre les « impératifs de la répression » et les exigences de la Sûreté que dépend la compréhension du sens et de la mesure de la succession de réformes brutales et

131 G.B. TARGET, *op.cit.*, p.1.

132 *Ibid.*, p.4.

133 *Infra* n°90.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

désordonnées que connaît aujourd'hui la loi pénale. Savoir quels rapports de force, quels antagonismes se cachent derrière cette mise en balance permet de mettre à jour l'existence d'un véritable conflit normatif dans le processus de production du Droit pénal. Aujourd'hui plus que jamais, l'édiction mais également l'application de la norme pénale demeure conditionnée par la confrontation entre deux modèles logiques répressives et, au delà, deux philosophies répressives strictement antithétiques.

Afin de mettre à jour ce véritable impensé de l'étude du Droit pénal, il faut, dans un premier temps, questionner la nature du balancier répressif en restituant les termes du débat lors de la formation du Droit pénal moderne et surtout en en tirant toutes les conséquences. Loin de toute tentative ni même de toute perspective de compromis, c'est un inextricable conflit juridique qu'installe durablement dans notre système répressif la codification impériale. Un conflit normatif mais, également, un conflit systémique, en ce sens qu'il met en scène la lutte paradigmatique de deux ordres pénaux antagonistes (**Chapitre 1**).

Mais il importe également d'expliquer pour quelles raisons et de quelle façon ce conflit continue, au sein du monde juridique du moins, à ne jamais être perçu comme tel. La représentation de l'Histoire du droit pénal comme la recherche d'un compromis entre les impératifs de la répression et les exigences de la Sûreté conduit non seulement à occulter la véritable nature de ce balancement mais, ce faisant, à s'interdire d'appréhender la portée des mutations contemporaines de l'ordre pénal. Dévoiler le mythe de l'équilibre répressif s'avère dès lors d'une urgente nécessité (**Chapitre 2**).

**CHAPITRE 1 : ENTRE ORDRE NOUVEAU ET RETOUR À L'ORDRE, UN
CONFLIT INEXORABLE**

36. Dans son rapport sur le projet de Code pénal, présenté à l'assemblée constituante les 22 et 23 mai 1791, Michel Lepeletier de St Fargeau, évoque en ces termes l'étendue de la tâche du législateur révolutionnaire : « *dans le chaos informe de nos anciennes institutions, vous trouverez presque à chaque pas la morale et l'humanité outragées ; des faits innocents ou des fautes légères érigés en grands attentats ; la présomption du crime punie souvent comme le crime même ; des tortures atroces imaginées dans des siècles de barbaries et, pourtant, conservées dans les siècles de lumières ; nul rapport entre les délits et les peines, nulle proportion entre les peines des différents délits ; le méchant poussé par la loi même au dernier degré du crime, parce que dès ses premiers pas, il trouve le dernier degré du supplice ; en un mot des dispositions incohérentes, sans système, sans ensemble* »¹³⁴.

Au nouveau système qui sera édifié par les Constituants, répond pourtant, dès la prise du pouvoir par Bonaparte, une nouvelle mise en chantier de la législation pénale. « *Dix ans plus tard, le ton est tout autre et Target entame ainsi l'exposé des motifs du prochain Code : « les vices sont la racine des crimes ; s'il était possible de l'arracher, la loi n'aurait plus à punir. [...] Chaque jour cependant, la société doit être conservée, et à des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides : tel est le but des lois criminelles et du code pénal* »¹³⁵.

Ainsi, à peine le nouvel ordre pénal de l'éphémère Première République est-il proclamé que se profile, avec l'empire, la promesse d'un retour à l'ordre en réponse aux « errements » de la Révolution. Certes, le Code pénal et le Code d'instruction criminelle de Napoléon ne furent pas ces « *codes vengeurs* »¹³⁶ rêvés par leur promoteur, ni même les instruments d'une réaction complète à l'humanisme pénal révolutionnaire. La codification impériale qui allait poser, jusqu'à aujourd'hui, les bases du Droit pénal moderne, n'en demeure pas moins traversée par les tensions consécutives à cette intention réactionnaire. Si elles connaissent aujourd'hui des manifestations propres à l'époque

134 Michel LEPELETIER de ST FARGEAU, *op.cit.*, p.99.

135 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.*, p. 173.

136 *Ibid.*, p.177.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

contemporaine, c'est dans cette architecture première de notre système répressif plus que dans son hypothétique évolution postmoderne que se trouvent les ferments de l'opposition au projet pénal républicain.

Certes, la continuité indéniable entre le code pénal de 1791 et celui de 1810, comme entre les lois de procédure de 1790¹³⁷ et le Code d'instruction criminelle de 1808, permet d'affirmer que le droit à la sûreté fut finalement conservé comme paradigme de notre ordre répressif. Mais la restitution des traits saillants de la confrontation entre l'ordre pénal républicain et les forces du retour à l'ordre n'en demeurent pas moins indispensables pour prendre la mesure des tensions qui parcourent depuis lors le Droit pénal moderne. Constaté la sauvegarde formelle du droit à la sûreté ne permet d'apprécier ni les termes du conflit originel, ni sa radicalité, ni, surtout, de mesurer sa pérennité.

S'impose ainsi une analyse approfondie des débats juridiques qui, entre la proclamation du Code de la Constituante et celle du Code de l'empire, voient cette volonté de retour à l'ordre inspirée de certaines conceptions de l'ancien droit pénal se heurter à la consécration formelle des fondations de l'ordre répressif révolutionnaire. Des débats qui sont également marqués par l'adoption sans réserves des préceptes de l'utilitarisme pénal, dont les implications juridiques radicales vont insidieusement s'opposer à certaines des plus éminentes exigences du droit à la sûreté. Ainsi se dessine, derrière le faux compromis de la codification impériale, une force de résistance à la complète mise en œuvre du projet pénal républicain (Section 1).

Mettre à jour, au fondement du Droit pénal moderne, l'existence de ce conflit normatif systémique, ne suffit toutefois pas à expliquer la vanité de toute perspective de compromis. Etablir cette dimension chimérique suppose en outre d'exposer dans toute sa crudité la philosophie pénale qui sous-tend l'opposition du bon sens répressif à la mise en place effective du droit à la sûreté. En posant comme axiome l'inéluctable extranéité du crime, elle ne peut que nourrir une dynamique normative de déréglementation de l'exercice du pouvoir répressif parfaitement incompatible avec la lutte contre l'arbitraire à l'origine du projet pénal républicain (Section 2).

¹³⁷ Les lois des 30 avril et 7 mai 1790 instituent le jury criminel et la loi des 16 et 24 août 1790 réorganise la justice pénale dans son ensemble en consacrant les dispositions du décret « provisoire » du 8 octobre 1789 qui avait apporté quelques aménagements à l'ordonnance criminelle de 1670.

SECTION 1 : LE COMPROMIS FACTICE DE LA CODIFICATION IMPÉRIALE

37. Les travaux historiques sur la formation du droit pénal moderne au tournant des XVIII et XIXème siècles sont aujourd'hui riches et nombreux¹³⁸. Pourtant, les implications profondes de la confrontation entre deux systèmes répressifs qui caractérisa alors les débats demeurent, jusqu'à nos jours, largement ignorées. L'œuvre codificatrice conduite sous le premier empire visait à l'unification et à la rationalisation du droit positif par la synthèse de l'ensemble des lois applicables à la matière codifiée et la transaction entre l'ancien droit et le droit dit « intermédiaire » de l'ère révolutionnaire. Or il ne peut être établi en matière pénale aucun parallèle avec la prodigieuse œuvre de synthèse de trois siècles d'intelligence juridique que constitua la codification civile.

Le code civil des français fut, au delà des rapports de force inhérents à toute entreprise de codification officielle¹³⁹, une véritable œuvre de transaction entre les différentes traditions juridiques nationales. Dans une large mesure, il s'impose comme une formidable entreprise d'unification du droit privé où le compromis concerne tout autant – sinon davantage – les systèmes juridiques dit romains et les systèmes juridiques dit coutumiers que l'ordre juridique de l'ancien régime et l'ordre juridique révolutionnaire¹⁴⁰.

Au contraire, le droit pénal révolutionnaire s'est construit dans une opposition radicale et, pour ainsi dire, symétrique au système répressif de l'ancien régime. Les nouveaux principes directeurs appelés à gouverner la matière répressive tiennent une place éminente au sein du nouvel ordre politique et juridique qui s'affirme dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴¹. Le droit pénal tient ainsi une place éminente au sein des nouvelles dispositions adoptées par l'assemblée constituante puis par l'assemblée législative et le premier Code de lois de l'ère moderne est un Code pénal.

Dans cette perspective, la réactivation, au jour de la synthèse impériale, de concepts et d'outils

138 V. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, LAROSE et FORCEL, 1882, p.481 à 589.

139 Pierre BOURDIEU, « Habitus, Code et codification », *in Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, Vol. 64 p.40.

140 V. Irène THÉRY, Christian BIET (dir.), *La famille, la Loi, l'Etat de la Révolution au Code Civil, Colloque du Centre interdisciplinaire de Vaucresson*, PARIS, 1990.

141 *Supra* n°8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

pénaux issus de l'ancien droit, compliquée d'une adoption sans réserve des préceptes de l'utilitarisme pénal, ne pouvait que conduire à la mise en perspective de deux traditions juridiques et, plus encore, de deux systèmes répressifs strictement antagonistes. Ce n'est qu'à la synthèse formelle et rationalisée des différentes dispositions alors consacrées par les Codes impériaux que cette confrontation doit d'être aujourd'hui largement oubliée.

Dès lors, il importe de retracer les grandes lignes de cette opposition originelle à la consécration de la Sûreté comme pivot de l'ordre pénal (1), qui ne doit sa sauvegarde qu'à la coexistence précaire et problématique de deux logiques répressives rigoureusement antagonistes (2).

§1 : La confrontation oubliée de deux systèmes répressifs antagonistes.

38. Découvrant avec effarement les propositions de Cesare Beccaria dans son *Traité des délits et des peines*, Muyart de Vouglans exhortait ses lecteurs à « *sentir tout le danger de ses conséquences, surtout pour ce qui concerne le Gouvernement, les Mœurs et la Religion* »¹⁴². Leitmotiv des juristes de l'ancien régime, la dénonciation du supposé désordre inhérent au libéralisme pénal sera reprise à leur compte par les auteurs du Code pénal napoléonien pour tirer les leçons des « excès » de l'ère révolutionnaire.

C'est ainsi la figure du retour à l'ordre qui, à l'heure de la codification impériale, vient se heurter aux fondations encore bien fragiles du système répressif édifié par les Constituants. Cette poussée autoritaire et ostentatoire connaît cependant des ressorts complexes. Certes, le retour à l'ordre se présente d'abord sous un jour proprement réactionnaire, mobilisant une idéologie et des concepts hérités du bon sens répressif de l'ancien droit pénal (A).

Mais il se pare également d'atours modernistes en s'appuyant, à l'heure du scientisme naissant, sur les enseignements de la nouvelle philosophie utilitariste dont le rapport ambivalent à l'humanisme pénal mérite d'être précisé (B).

142 Pierre-François MUYART de VOUGLANS, *op.cit.* p.17.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) *L'ordre pénal républicain confronté à la réaction bonapartiste.*

Si l'empire favorise, d'une façon générale, l'avènement d'un système juridique unifié et rationalisé, la matière pénale est plus encore marquée par la résurgence de l'autoritarisme politique assumé qui caractérise le régime bonapartiste, reflétant ainsi « *l'esprit de l'Etat nouveau, militaire et policier* »¹⁴³.

Ainsi voyons nous resurgir, dans les débats qui conduiront à l'édification du code pénal impérial, les deux caractéristiques emblématiques de l'ancien droit pénal que sont l'arbitraire (1) et la démesure (2).

1°) Le retour de l'arbitraire.

39. L'économie générale de la codification répressive conduite sous le premier empire ne saurait être réduite à une simple œuvre de synthèse menée par quelques jurisconsultes désintéressés. Dans un contexte politique marqué par la volonté affichée d'un retour à l'ordre rapide et durable, le droit pénal en constitue l'instrument privilégié et se trouve ainsi directement affecté par la montée de l'autoritarisme sous le Consulat et l'Empire. En organisant la centralisation des pouvoirs autour d'un exécutif hégémonique et débridé¹⁴⁴, ce mouvement ne pouvait que menacer la Sûreté du citoyen et ses différentes expressions juridiques, réhabilitant, au nom de l'ordre, l'arbitraire des autorités répressives.

Cette réhabilitation se manifeste en premier lieu par l'attaque en règle que subi, au cours des travaux préparatoires à l'adoption des Codes répressifs, le principe de légalité. « *S'agissant [...] de la légalité des incriminations, il est clair que Napoléon n'en comprenait guère la nécessité. Au conseil d'Etat on le voit s'élever à plusieurs reprises contre « ce système étroit qui ne permet aux juges de condamner que d'après une disposition qui qualifie formellement de crime ou de délit le fait qu'on leur défère : tout ce qui n'a pas été prévu demeure impuni !* »¹⁴⁵. La remise en cause de la légalité par Bonaparte est d'autant plus vive qu'elle l'est non seulement d'un point de vue juridique, comme

143 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.432

144 V. Marcel MORABITO et Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, Paris, 1998, p.137 à 179.

145 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.442

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

instrument de prévention de l'arbitraire, mais également d'un point de vue politique. Cessant, pratiquement et même formellement, d'exprimer la volonté générale pour se réduire à l'émanation de la volonté du souverain, la loi ne peut plus être considérée comme l'outil par lequel la collectivité civique entend encadrer l'exercice de la liberté de ses membres¹⁴⁶.

40. Une revendication aussi explicite d'un pouvoir répressif « libéré » de l'obligation de définir préalablement les comportements répréhensibles et les mesures coercitives les réprimant ne pouvait être sans incidences sur la formation du droit pénal moderne. Si le principe de légalité et son corollaire immédiat de non-rétroactivité furent finalement conservés au fondement de l'ordre pénal¹⁴⁷, l'hostilité du premier Consul ouvre la voie à l'affirmation d'une forme indirecte d'arbitraire dans l'ordre pénal. Elle nourrit le mouvement qui s'élève, tout au long du processus d'édification des codes impériaux, contre l'ensemble des mesures instituées par les constituants et visant à encadrer strictement la poursuite et l'instruction des délits.

L'analyse des travaux préparatoires des deux Codes impériaux met ainsi en exergue l'hostilité des rédacteurs au principe même des audiences publiques conduites par des jurés mises en place, tant en matière d'instruction et d'accusation que de jugement, sous la Révolution par la loi des 16 et 24 août 1790. « *Après dix ans de désordres et d'insécurité, l'ancienne procédure avait retrouvé des partisans. Beaucoup de magistrats alléguaient donc l'expérience peu concluante des années précédentes, en particulier le laxisme des jurys, pour en demander la suppression* »¹⁴⁸. Jusqu'à nos jours, l'opinion selon laquelle le renforcement de la latitude des autorités répressives serait indispensable à la conduite de la répression s'impose comme un levier puissant de résistance à la complète mise en œuvre du projet pénal républicain¹⁴⁹.

41. Le retour de l'arbitraire sous cette forme insidieuse se donne à voir, en second lieu, dans les débats relatifs au prononcé de la peine. Avancée fondamentale de l'ordre pénal révolutionnaire, la légalité des peines se trouve exposée, de la part de Bonaparte, à la même hostilité que celle des incriminations. Les travaux préparatoires du Code pénal sont ainsi marqués par la dénonciation quasi unanime de cette innovation emblématique des Constituants que constitue la fixité des peines,

146 Marcel MORABITO et Daniel BOURMAUD, *op.cit.*, p. 159 et 160.

147 *Infra* n°50.

148 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.436

149 *Infra* n°72.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

en particulier en ce qu'elle conduit les jurés à écarter la culpabilité d'un individu pour ne pas avoir à lui infliger la peine prévue par le texte. C'est ainsi que Target affirme « *qu'une saine politique et la Justice bien entendues appelaient sur la magistrature une marque honorable de confiance* », commandant de lui réserver une « *latitude* » dans l'application de la peine¹⁵⁰.

Pour bien comprendre la portée d'une telle restauration du pouvoir d'appréciation du juge pénal, il faut l'envisager de concert avec la réhabilitation des peines perpétuelles et des peines corporelles comme les instruments nécessaires d'une répression efficace. La latitude judiciaire prônée par les codificateurs n'est pas celle qui, un siècle plus tard, s'analyse sous la plume de Raymond Saleilles comme le prolongement logique de l'exigence de proportionnalité¹⁵¹. Elle s'inscrit bien davantage dans la revendication assumée d'une emprise sans bornes de l'autorité répressive sur la personne du condamné, « *le seul moyen [selon Target] d'intimider «ces âmes dures, sèches, farouches, dénuées d'idées morales, n'obéissant qu'à leurs grossières sensations* »¹⁵². Ainsi s'impose parallèlement le retour à une répression démesurée propre à édifier ces « âmes dures » qui peuplent les représentations du crime des codificateurs.

2°) Le retour de la démesure.

42. Aux côtés de l'arbitraire des juridictions répressives et de l'inégalité juridique, la dénonciation de la démesure des châtements figurait au rang des griefs les plus récurrents formés à l'encontre du droit pénal de l'ancien régime. L'exigence d'une répression juste et mesurée constitue ainsi l'une des premières préconisations des penseurs des Lumières, bornant le droit de punir aux strictes nécessités de la restauration de l'équilibre social affecté par l'infraction¹⁵³. Or la refonte du droit pénal sous l'empire est marquée par la remise en cause sans concession de ce principe de nécessité des peines affirmé par les inventeurs du libéralisme pénal. Certes, les Constituants étaient sur point restés fort prudents, en promulguant un arsenal répressif qui, s'il se démarquait nettement de la pénalité de l'ancien droit, notamment par l'abolition des peines perpétuelles et corporelles, présentait une sévérité parfois en dissonance avec l'exigence de modération affichée. C'est ainsi que « *la pénalité*

150 G.B. TARGET, *op.cit.*, p.3.

151 *Supra* n°17.

152 Jean-Marie CARBASSE, *op. Cit*, p 439

153 *Supra* n°15.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

révolutionnaire, bien que renouvelée dans ses formes, est placée sous le signe de la souffrance et de l'infamie pour les crimes : travail forcé, enfermement solitaire et déshonneur public en sont les principales expressions »¹⁵⁴.

Mais, alors qu'elle relève chez les Constituants d'une certaine inconséquence, la promotion d'une pénalité « libérée » que portent les codificateurs s'appuie sur la revendication explicite d'une sanction pénale suffisamment terrifiante pour édifier les êtres tentés de s'engager dans les chemins du crime. Si l'influence considérable des préceptes de l'utilitarisme pénal sur les codificateurs explique pour partie une telle inclination pour les peines « terribles »¹⁵⁵, il s'agit tout autant de l'une des marques distinctives de la pénalité de l'ancien régime contre laquelle se sont élevés les tenants de l'humanisme pénal. La fonction dissuasive de la sanction pénale n'est certes pas absente de la doctrine de Beccaria et ses héritiers. Elle ne découle cependant pas de la terreur qu'est supposée susciter une répression excessive et spectaculaire, mais de la promptitude, la certitude et la pédagogie de la peine. La démesure des peines y apparaît, bien au contraire, non seulement comme irrationnelle, mais encore et surtout comme inefficace¹⁵⁶.

43. La réhabilitation de la fonction terrifiante du Droit pénal par les codificateurs explique la péremption avec laquelle ils dénie, dans le même mouvement, toute vertu d'amendement à la peine, n'y voyant tout au plus que la marque d'une philanthropie naïve. Pour mieux la réfuter comme irréaliste, Target évoque ainsi à plusieurs reprises « *la belle idée morale de la réhabilitation* »¹⁵⁷. Là encore, l'abandon de toute perspective d'amendement du condamné par l'exécution de la sanction pénale est favorisé par l'extrême pondération avec laquelle cet idéal nouveau fut effectivement mis en œuvre sous la Révolution. Le Code pénal de 1791 est sur ce point en net retrait par rapport au projet présenté par Lepeletier, à tel point que « *le texte définitif [du Code pénal] relevait plus d'une conception du Droit pénal au service de « la loi et l'ordre » que d'une conception « éducative » fondée sur une conviction de la perfectibilité humaine et sociale* »¹⁵⁸. C'est ainsi, en particulier, que les sanctions pénales adoptées par les Constituants continuent de présenter une importante dimension infamante¹⁵⁹.

154 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p.86.

155 *Infra* n°46

156 *Supra* n°8.

157 Cité par Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.439.

158 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 174.

159 L'article 4 du Code pénal de 1791 dispose ainsi que « *quiconque aura été condamné à mort pour crime*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Dans un tel contexte, le retour de la démesure répressive trouve dans la redéfinition de l'échelle des peines par le Code pénal de 1810 un terrain d'élection particulièrement favorable. Marqués par la recherche d'une pénalité suffisamment édifiante, les débats précédant l'adoption des Codes impériaux voient la réhabilitation de ces sanctions intrinsèquement démesurées que sont les peines perpétuelles et les peines corporelles et qui avaient, à ce titre, été bannies par les constituants. Ainsi Target affirme que c'est parce que « *l'apposition publique de la marque produit, et sur le coupable et sur les spectateurs, une impression qui ne peut être que vive et profonde* » qu'il est nécessaire de la rétablir¹⁶⁰. Le mouvement en faveur de la démesure se ressent également, d'une façon plus générale, dans la défense d'une efficacité de la répression essentiellement assise sur l'aggravation des peines, sans que ne soit posée la question de leur proportion avec la gravité de l'acte ainsi réprimé. Supprimée par la Constituante au nom de son effet démesuré sur la famille du condamné, la confiscation générale des biens sera rétablie d'abord parce qu'il ne serait « *pas excusable de persister à méconnaître l'efficacité incontestable de quelques moyens de répression qui ne furent pas bien appréciés en 1791* »¹⁶¹.

Soutenue par Bonaparte en personne, la dimension proprement réactionnaire de la remise en cause des principales déclinaisons de la Sûreté dans la genèse des codes impériaux demeure jusqu'à aujourd'hui relativement négligée. Ceci s'explique par la neutralisation axiologique propre à la technique de la codification mais aussi par la convergence de cette poussée réactionnaire avec les concepts et préconisations issue de la nouvelle philosophie utilitariste. Influence majeure des codificateurs, pour lesquels « *l'idéal d'humanisation et de perfectibilité humaine a fait place à une intense préoccupation utilitariste* »¹⁶², elle va, à son niveau, donner naissance à d'autres forces d'érosion de l'ordre pénal républicain.

d'assassinat, d'incendie ou de poison, sera conduit au lieu de l'exécution revêtu d'une chemise rouge. Le parricide aura la tête et le visage voilés d'une étoffe noire », tandis que son article 7 prévoit que « *les condamnés à la peine des fers, traîneront à l'un des pieds un boulet attaché avec une chaîne de fer.* »

160 G.B. TARGET, *op.cit.*, p.3.

161 *Ibid.*, p.4.

162 Pierre LASCUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 174.

B) L'héritage ambigu de l'utilitarisme pénal

44. Auteur éclectique et prosélyte, Jérémy Bentham a eu une influence considérable sur la rédaction du Code pénal de 1810, son nom et ses ouvrages étant fréquemment cités dans les travaux préparatoires. La célèbre formule de Target, dans son rapport sur le projet de Code pénal, suffit à en mesurer l'importance : *« c'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi ; mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance. Après le plus détestable forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût désormais à craindre, la punition du dernier des coupables serait une barbarie sans fruit et l'on ose dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi. La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils entraînent »*¹⁶³.

On a coutume d'associer l'œuvre du père de la doctrine utilitariste à celle des philosophes des lumières qui ont repensé le Droit pénal autour de la notion de Sûreté et en particulier, au libéralisme pénal de Beccaria¹⁶⁴. Certes, il existe entre eux, au delà d'une épistémologie rationaliste et matérialiste propre aux penseurs de leur temps, des convergences qu'il convient d'explicitier. Cependant, l'économie générale de la codification et la nature des tensions qui en découlent ne peuvent être comprises sans mettre en exergue les présupposés et concepts utilitaristes qui, au contraire, s'en éloignent sensiblement¹⁶⁵.

L'utilitarisme pénal, tel qu'il est formulé par Bentham, par les légistes et administrateurs impériaux puis par les premiers pénalistes du XIX^{ème} siècle fait du Droit pénal, non pas tant l'instrument de la réduction de l'arbitraire qu'une technique, parmi d'autres, au service d'une véritable ingénierie répressive. En d'autres termes, c'est l'utilitarisme pénal qui, bien avant l'essor du positivisme pénal, introduit de façon durable dans notre système répressif la prétention à une répression scientifiquement fondée. L'ordre pénal républicain se trouve ainsi, au jour de la codification impériale, menacé par une conception techniciste du Droit pénal (1), se doublant d'une approche hygiéniste de la répression (2).

163 Observations de M TARGET sur le Code pénal, in Locré, T.29, p.8.

164 Jean PRADEL, *op.cit.*, p.44.

165 Comme l'a très justement analysé en son temps Michel FOUCAULT, la pénalité utilitariste « s'oppose donc à terme à une pénalité judiciaire qui a pour fonction essentielle de se référer, non pas à un ensemble de phénomènes observables, mais à un corpus de lois et de texte qu'il faut garder en mémoire », in *Surveiller et Punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, NRF, 1985, 1^{ère} éd. 1975, p.215.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) La réduction techniciste du Droit pénal.

45. Pour mesurer l'antagonisme entre l'humanisme pénal des Constituants et l'utilitarisme pénal des codificateurs, il importe de rappeler que ce dernier est construit sur la négation, plus ou moins affirmée et plus moins consciente, du libre-arbitre de l'homme. Réfutant sans ambages la philosophie du contrat social¹⁶⁶, la doctrine utilitariste fonde la gravité de tel ou tel acte – justifiant ainsi son incrimination – non sur l'usage consciemment antisocial de sa liberté individuelle par le sujet, mais sur le seul trouble causé à la collectivité, selon une mesure prétendument objective. De la même façon, la peine trouve sa seule justification dans l'utilité qu'elle offre à la Société¹⁶⁷. Aussi, si l'attachement que Bentham et ses héritiers manifestent pour les principes de légalité et de proportionnalité donnent l'apparence d'un ralliement au modèle répressif fondé sur l'idée de Sûreté, le sens tout particulier qu'ils leur donnent révèlent, au contraire, une profonde rupture.

Dans la pensée utilitariste, le principe de légalité des délits et des peines s'avère ainsi moins conçu comme l'instrument de la lutte contre l'arbitraire que comme l'outil de l'édification et du contrôle du sujet. Ce qui fonde l'exigence d'une incrimination préalable des comportements pénalement sanctionnés, ce n'est pas le souci de préserver la liberté individuelle, mais la prise en compte du postulat proprement économiste selon lequel *« tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait de peines et de plaisirs. Préjuge-t-il que la peine sera la conséquence d'un acte qui lui plaît, cette idée agit avec une certaine force pour l'en détourner. La valeur totale de la peine lui paraît-elle plus grande que la valeur totale du plaisir, la force répulsive sera la force majeure ; l'acte n'aura pas lieu »*¹⁶⁸.

S'inscrivant dans le souci plus général d'offrir au pouvoir politique un système général de maîtrise et d'orientation des comportements des individus en Société, la législation pénale remplit ici une fonction essentiellement dissuasive, préventive, au service de l'efficacité de l'appareil répressif. C'est ainsi que l'utilitarisme va apporter un soutien précieux au mouvement de réhabilitation des

166 BENTHAM écrit ainsi que *« des auteurs respectables ont soutenu que les peines ne pouvaient être légitimes qu'en vertu d'un consentement antérieur des individus, comme si, dans quel acte solennel, ils avaient déclarés vouloir se soumettre à telle peine ou tel délit à condition que tous les autres y soient soumis comme eux. [...] mais même dans les démocraties cette idée du consentement ne serait qu'une fiction aussi dangereuse que peu fondée »*, in *Théorie des peines et des récompenses*, Traduction d'Etienne Dumont, Paris, Bossange frères, 1825, p.8.

167 BENTHAM écrit ainsi que *« ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure ou, pour mieux dire, sa nécessité »*, *op cit.* p. 8.

168 Jeremy BENTHAM, *op.cit.* p.13

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

peines terrifiantes qui vient parallèlement se heurter à l'exigence de mesure répressive qu'impose l'idée de Sûreté du citoyen. Dans l'esprit de Bentham, la sanction pénale vise moins le condamné que le reste de la communauté qu'il convient d'édifier par le spectacle de la peine : « *la peine soufferte par le délinquant offre à chacun un exemple de ce qu'il aurait à souffrir en se rendant coupable du même délit. La prévention générale est le but principal des peines ; elle est aussi sa raison d'être* »¹⁶⁹. Si Bentham réserve à la seule peine « apparente » - par opposition à la peine réellement subie par le condamné – ce caractère terrifiant, il ne fournit aucun moyen de les distinguer en pratique, et l'adoption sans réserves de ses préceptes par les codificateurs autorisera des peines effectivement démesurées¹⁷⁰.

46. L'utilitarisme réserve au principe de proportionnalité semblable réduction instrumentale. On a pu écrire que Bentham avait, en la matière, conduit la théorie beccarienne à un degré de précision et de sophistication inégalé¹⁷¹. En réalité, s'il marque à l'exigence de proportion un attachement de principe, c'est pour mieux en affirmer le caractère supposément générique¹⁷² et en livrer, ainsi, une compréhension sensiblement éloignée des idées de l'humanisme pénal. Celui-ci fait de la proportionnalité l'instrument d'une répression mesurée, sommée, en quelque sorte, de justifier à chaque pas de la raison d'être de chaque mesure coercitive déployée à l'égard du citoyen au regard de la gravité de l'acte ainsi poursuivi ou sanctionné. L'utilitariste n'y voit pour sa part que l'outil opérationnel permettant d'organiser le plus minutieusement possible la prévention des actes délictueux et, plus largement, de mener « scientifiquement » le gouvernement des hommes en Société en orientant mécaniquement et inexorablement leur conduite dans un sens ou un autre.

En conséquence, si l'utilitarisme permet de penser un modèle répressif et, en particulier, une pénalité, recherchant l'adéquation la plus fine avec l'acte incriminé, il n'interdit en rien l'élévation, potentiellement infinie, des mesures coercitives établies à l'égard de la personne poursuivie, dès lors que le bénéfice supposé de l'infraction ou, plus grave encore, que le préjudice fait à la collectivité sont évalués à la hausse¹⁷³. En ce sens, la conception utilitariste du principe de proportionnalité se rapproche moins de celle de l'humanisme pénal que de celle des auteurs de l'ancien régime. Quand

169 *Ibid.* p. 15.

170 *Infra* n°54.

171 Jean PRADEL, *op.cit.*, p.45.

172 Jeremy BENTHAM, *op.cit.*, p.23

173 BENTHAM affirme ainsi que « *plus un délit est nuisible, plus on peut hasarder une grande peine pour la chance de le prévenir* » ; *op.cit.* p. 30.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Jousse évoque la « *sage proportion* » que doit suivre la punition des crimes, c'est, tout comme Bentham, parce qu'il considère que l'un « *des plus sûrs moyen pour empêcher les crimes est de punir ceux qui les ont commis d'une manière qui serve d'exemple aux autres* »¹⁷⁴.

En substituant au principe de nécessité celui d'utilité comme seul critère de définition des incriminations et des sanctions afférentes, l'utilitarisme remet directement en cause le souci du libéralisme pénal de mesure et de limitation du pouvoir répressif, qui n'a plus d'autres bornes que celles de son utilité sociale. Certes, cette dernière n'impose pas, a priori, une répression infinie. Son invocation fut même à la base de l'abrogation, par les Constituants, de l'ensemble des infractions à caractère religieux ou assimilé, reléguées au rang de superstitions inutiles et dangereuses¹⁷⁵. Cependant, en ne posant aucun autre frein au développement du pouvoir répressif, alors qu'il promet, par ailleurs, une répression proprement hygiéniste, l'utilitarisme pénal porte en germe la disparition pure et simple des principes de nécessité des incrimination et de nécessité des peines.

2°) L'essor de l'hygiénisme répressif.

47. Bien que son œuvre volumineuse se forge au cœur du Siècle des Lumières, la pensée de Bentham s'inscrit parfaitement dans le paradigme épistémologique positiviste qui va s'imposer au cours du XIXème siècle. En ce sens, la science pénale qu'il échafaude progressivement est construite sur le modèle de la science médicale, à tel point qu'il peut affirmer : « *ce n'est pas dans les livres de droit que j'ai trouvé des moyens d'invention et des modèles de méthode : c'est plutôt dans les ouvrages de métaphysique, de physique, d'histoire naturelle et de médecine. J'ai été frappé en lisant quelques traités modernes des sciences de la classification des mots et des remèdes. Ne pouvait-on pas transporter le même ordre dans la législation ? Le corps social ne pouvait-il avoir son anatomie, sa physiologie, sa matière médicale ?* »¹⁷⁶. Ainsi le crime devient-il, au sens propre, une pathologie qu'il convient de traiter et de guérir au moyen d'un véritable technologie répressive.

L'utilitarisme pénal s'inscrit en effet dans le projet plus vaste d'un gouvernement scientifique des

174 Daniel JOUSSE, *op.cit.*, p.3 et 4.

175 Pierre LASCOURMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 174.

176 Cité par Jean Marc VARAUT, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *in* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1980, p.261.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

hommes en Société qui, par une action subtile sur leurs plaisirs et leurs peines doit parvenir à terme à la disparition des comportements troublant l'ordre social¹⁷⁷. En ce sens, le célèbre panoptique que Bentham conçoit et promeut, avec le succès que l'on sait, comme le modèle de tout établissement pénitentiaire, est-il également conçu comme le laboratoire d'un programme plus vaste d'organisation scientifique de la Société¹⁷⁸. C'est à ce niveau que la rupture avec la pensée de Beccaria apparaît de la façon la plus nette, le philosophe italien dénonçant avant l'heure cette « *chimère que poursuivent les hommes aux facultés limitées quand ils ont en main le pouvoir* »¹⁷⁹. En une formule sans ambiguïté, il écrit ainsi qu'« *il n'est pas possible de réduire l'activité tumultueuse des humains à un ordre géométrique exempt d'irrégularités et de confusion. De même que les lois simples et constantes de la Nature ne peuvent éviter les perturbations qui surviennent dans le cours des planètes, les lois humaines sont incapables d'empêcher le trouble et le désordre résultant des forces d'attraction innombrables et opposées du plaisir et de la douleur* »¹⁸⁰.

48. Pour autant, l'hygiénisme qui en résulte demeure, il importe de le souligner, un hygiénisme proprement juridique, l'emprunt aux sciences de la nature demeurant d'ordre strictement terminologique et téléologique. En d'autres termes, si l'utilitarisme vient conférer à la justice répressive une finalité désormais thérapeutique, les moyens et les outils auxquels il a recours sont bien ceux du droit. L'agent infectieux qu'est le « délinquant » est réputé, sinon libre, du moins autonome, puisque cette autonomie dans le calcul des coûts et avantages de chacun de ses actes justifie incrimination et la répression de son comportement. Cet hygiénisme se distingue ainsi de l'ensemble des théories dites déterministes qui affirment une étiologie du crime essentiellement biologique et préconisent de substituer au droit pénal une réponse exclusivement médicale ou médico-sociale¹⁸¹. En dépit de l'inlassable prosélytisme de leurs auteurs, ces théories n'ont jamais eu qu'une influence marginale sur l'évolution du système répressif¹⁸², ne servant, au mieux, que de

177 V. Michel FOUCAULT, *op.cit.*, p. 200 et suivantes.

178 BENTHAM affirme ainsi, évoquant la portée de son invention, que « *si l'on trouve un moyen de se rendre maître de tout ce qui peut arriver à un certain nombre d'hommes, de disposer de tout ce qui les environne, de manière à opérer sur eux l'impression que l'on veut produire, de s'assurer de leurs actions, de leurs liaisons, de toutes les circonstances de leur vies, en sorte que rien ne peut échapper ni contrarier l'effet désiré, on ne peut douter qu'un moyen de cette espèce ne fût un instrument très énergique et très utile que les gouvernements pourraient appliquer à différents objets de la plus haute importance* », in *Panoptique*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, p.3.

179 Cesare BECCARIA, *op. cit.*, p.169.

180 *Ibid.*

181 V. Laurent MUCCHIELLI, « Naissance de la criminologie », in Laurent MUCCHIELLI (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 7-18.

182 V. Martine KALUSKZYNSKI, « La rivalité des médecins et des juristes », in Laurent MUCCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p.215-235.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

justification de façade à l'instauration de mesures répressives en réponse à une dangerosité que révèle la causalité prétendument biologique de tel ou tel acte délictueux¹⁸³.

De cette vocation hygiéniste de la répression qu'instille dans notre culture juridique l'utilitarisme, naît l'opinion persistante selon laquelle il faudrait soumettre la délinquance à un « traitement » adéquat pour mieux la résorber. Le potentiel de remise en cause de l'ordre pénal républicain qui en découle s'avère considérable. D'une part, dès lors que le droit pénal se voit assigner l'objectif d'éradiquer le fait délictueux, l'exigence d'une répression proportionnée cède le pas devant le souci, si ce n'est l'obsession, d'une répression utile – ou, selon une acception contemporaine, efficace – sans se préoccuper du degré d'emprise sur la liberté, ni de la gravité de l'acte ainsi poursuivi et sanctionné¹⁸⁴. D'autre part, la recherche du bon traitement de la délinquance ruine de fait le principe de nécessité des incriminations et des peines, commandant la pénalisation « utile » de tout comportement perçu comme nuisible à la collectivité et ne conférant à la peine d'autre finalité que la « guérison » du condamné, voire celle de la Société que sa présence « gangrène ».

L'entreprise de recodification impériale du Droit pénal constitue ainsi le théâtre d'un conflit normatif systémique. Le droit à la sûreté institué par les Constituants s'y trouve contesté en sa fonction paradigmatique par la réactivation des traits saillants de l'ancien droit pénal que sont l'arbitraire et la démesure, mais également par l'écho singulier qu'ils rencontrent dans l'essor concomitant de la technologie répressive utilitariste. Pour radical qu'il apparaisse, ce conflit va cependant, du fait même des effets d'unification et de rationalisation propres au processus codificateur, demeurer ouvert. Les codes impériaux nous lèguent ainsi, derrière une unité formelle, la coexistence préoccupante de deux logiques répressives foncièrement antagonistes.

183 *Infra* n°160.

184 *Infra* n°305.

§2 : La coexistence problématique de deux logiques répressives antagonistes.

49. Sans se livrer à l'exégèse des Codes impériaux, il importe désormais de mettre en lumière de quelle façon se retrouve dans leurs structures le conflit normatif entre la logique répressive républicaine et la résurgence, appuyée par l'influence utilitariste, de quelques unes des caractéristiques fondamentales de la logique répressive absolutiste. La dimension paradigmatique de l'affrontement imposait, à l'heure de l'unification codificatrice, qu'un choix fut opéré. En dépit de l'affichage ostentatoire des codificateurs d'un retour à l'ordre et au bon sens répressif, les fondements de l'ordre pénal institué par les Constituants demeurent. Ceci est particulièrement vrai en matière de Droit pénal substantiel, où, « *malgré les ambitions de ses auteurs, le code de 1810 n'est qu'une réforme du code de 1791, sa première véritable réforme globale qui restera unique jusqu'à la période actuelle. Le nouveau code systématise, développe le précédent ; il en reprend dans son organisation interne les lignes essentielles tant du point de vue des peines que de celui des incriminations* »¹⁸⁵.

Pour autant, l'influence de l'absolutisme pénal ne disparaît pas, loin s'en faut, de l'économie générale du Droit pénal moderne naissant. En réalité, tout se passe comme si la synthèse impériale conserve, au moins formellement, les grands principes de la sûreté tout en intégrant, dans le même temps, la résistance à leur mise en œuvre complète et effective (A).

Cette cohabitation entre deux logiques répressives fondamentalement antagonistes ne va dès lors cesser de produire des heurts, tant à l'occasion de l'application de la norme que de sa révision. Normalisé au sein d'un Code unique, ce conflit s'exprimera désormais dans la mise en balance des exigences de la Sûreté et des impératifs de la répression (B).

185 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 179.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La sauvegarde du droit à la Sûreté.

Si les codes impériaux ne furent finalement pas l'instrument d'un complet retour à l'ordre, il n'en demeure pas moins que la maintien de la Sûreté comme fondement de l'ordre pénal tient moins de la consécration que de la simple sauvegarde. Le conflit normatif systémique qui s'est joué au creux du processus codificateur a laissé des traces et c'est avant tout dans l'ossature de l'ordre pénal impérial que s'observe la conservation des fondations révolutionnaires, qu'il s'agisse de la préservation du principe de légalité des délits et des peines (1) ou de la consécration, sinon de la pratique, du moins de l'idée, d'une répression proportionnée (2).

1°) La sauvegarde de la légalité.

50. Les raisons ayant conduit à la sauvegarde de ce principe premier de l'ordre pénal républicain par les Codes impériaux sont multiples. Sans doute, les intérêts de la nouvelle classe dirigeante, où la bourgeoisie urbaine et commerçante tient désormais une place de choix, ont puissamment milité en faveur de son maintien comme instrument d'une « sécurité juridique » indispensable à la bonne conduite des affaires : « *Empire, famille, négoce, telles sont les grandes valeurs protégées par le code pénal napoléonien* »¹⁸⁶. Sans doute aussi, l'importance donnée à la légalité dans la technologie répressive utilitariste a-t-elle également pesé. En toutes hypothèses, le maintien de la légalité des délits et des peines permet de conclure que la Sûreté du citoyen demeure au fondement de l'ordre pénal. Principe cardinal de l'humanisme pénal, la sauvegarde de la légalité implique un encadrement et une limitation du pouvoir répressif – fusse d'une façon extrêmement timorée. C'est ainsi que sont parallèlement maintenus ses corollaires immédiats que sont le principe de non rétroactivité de la loi pénale¹⁸⁷ et la présomption d'innocence. En d'autres termes, sont conservés, en matière substantielle comme en en matière processuelle, les instruments d'une protection minimale contre l'arbitraire.

51. Pour autant, il ne s'agit nullement d'une véritable consécration, tant le principe de légalité demeure, par ailleurs, sérieusement écorné. Comme en d'autres matières, le pouvoir exécutif aura recours sans modération aux décrets et autres senatus-consultes pour aménager à son gré la loi pénale. De façon emblématique, c'est ainsi que sera rétablie la peine de mort – qui avait été

186 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 196.

187 Article 4 du du Code pénal de 1810.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

virtuellement abolie par la Convention – faisant dire à Ortolan « *nous criminalistes, nous trouverons en autres motifs de [la] déchéance [de l'empereur], celui-ci : pour avoir établi des peines par simples décrets et, notamment la peine de mort* »¹⁸⁸. Mais le recours au pouvoir réglementaire pour élargir l'arsenal du pouvoir répressif sera également le moyen d'attenter directement au principe de légalité. Ortolan nous rappelle ainsi que « *le tableau n'est pas complet si à côté des juridictions et de la pénalité ordinaires et régulières, on ne montre la juridiction et la pénalité extraordinaires : la main militaire sur la Justice, même à l'égard des citoyens qui ne sont pas militaires* »¹⁸⁹. Annoncé par l'article 5 du Code pénal de 1810, qui exclut de son domaine « *les crimes et délits militaires* », les décrets du 18 octobre 1810, 24 décembre 1811 et 1er mai 1812 instituent des juridictions d'exception au domaine de compétence extensible et devant lesquelles l'arbitraire constitue la règle : « *les juges appliqueront en leur âme et conscience, et d'après toutes les circonstances du fait, une des peines du Code pénal, civil ou militaire qui leur paraîtra proportionnelle au délit* »¹⁹⁰.

52. La codification impériale marque enfin le retour en force d'un arbitraire indirect dans la phase pré-sententielle du procès pénal. En la matière, c'est bien l'ordonnance criminelle de 1670 et non la loi des 16 et 24 août 1790 qui sert de modèle au Code d'instruction criminelle. « *A vrai dire, c'est toute la procédure de l'instruction préparatoire qui est renouvelée de l'ancien régime : confiée à un juge unique, l'instruction est secrète et écrite ; l'inculpé ne peut pas se faire assister par un conseil* »¹⁹¹. Même encadrés par la loi, l'exercice des poursuites et la mise en état des affaires pénales demeurent dans la main quasi discrétionnaire du pouvoir répressif, exercé alors d'abord par les autorités administratives, policières et préfectorales¹⁹², et secondairement par une institution judiciaire sous tutelle qu'incarnent le ministère public et un juge d'instruction qui n'est alors, et pour un siècle et demi, que l'auxiliaire du Procureur¹⁹³. Les garanties concédées au suspect et au prévenu, mais également aux témoins, sont des plus minces¹⁹⁴. Pratiquement absent de toute la phase

188 Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'à ce jour, analyses du cours de 1839-1840, recueillies et publiées par M. G. Narjot*. Paris, Joubert, 1841, p 196.

189 Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *op.cit.*, p. 216.

190 Article 10 du décret du 1er mai 1812.

191 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.436.

192 Articles 8 à 10 du Code d'instruction criminelle de 1808.

193 L'article 57 du Code d'instruction criminelle dispose ainsi que « *Les juges d'instruction seront, quant aux fonctions de police judiciaire, sous la surveillance du procureur général impérial* », tandis que son article 61 précise que « *le juge d'instruction ne fera aucun acte d'instruction et de poursuite qu'il n'ait donné communication de la procédure au procureur impérial* ». Cette tutelle ne sera levée qu'avec l'adoption du Code de procédure pénale en 1958.

194 L'article 34 du Code d'instruction criminelle dispose que le Procureur impérial « *pourra défendre que qui que ce*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

préparatoire, le principe du contradictoire ne retrouve droit de cité qu'au moment du jugement, dont la procédure demeure orale et confiée, en matière criminelle, à un jury populaire¹⁹⁵. La sauvegarde du principe de légalité demeure ainsi toute relative. Tout aussi symbolique est celle de l'exigence d'une répression proportionnée.

2°) La sauvegarde de la proportionnalité.

53. Inhérente à cette pénalité terrifiante que les tenants de l'absolutisme pénal comme de l'utilitarisme pénal appellent de leur vœux au nom de la dissuasion, la démesure ne pouvait qu'affecter durablement l'ordre pénal moderne¹⁹⁶. Néanmoins, le Code d'instruction criminelle de 1808 et le code pénal de 1810 conservent le principe d'une répression proportionnée. En reproduisant, à peu de choses près, l'échelle des peines du Code de 1791, la législation impériale consacre le principe d'une gradation des sanctions corrélé à la gravité relative de chaque infraction¹⁹⁷. Parallèlement, en matière processuelle, l'étendue des mesures coercitives mises en œuvre à l'égard de la personne poursuivie est, dans une certaine mesure, également conditionnée par la gravité de l'incrimination en cause. Ainsi, seules les personnes suspectées ou prévenues d'infractions passibles de peines afflictives ou infamantes peuvent être soumis à l'interpellation, mandat d'amener ou encore mandat de dépôt à l'audience correctionnelle¹⁹⁸. Ces dispositions permettent de considérer que la Sûreté demeure au fondement du système répressif. Même sévèrement tempérée par une propension à la dissuasion par la terreur, l'idée d'une correspondance entre la coercition pénale et la gravité de l'infraction, ainsi sauvegardée, sera l'un des instruments de sa progression tout au long des XIX et XXème siècles¹⁹⁹.

54. Reste qu'au delà de cette gradation de principe, la pénalité effectivement adoptée et mise en application est empreinte d'une démesure certaine. Il s'agit d'abord de ces peines intrinsèquement

soit sorte de la maison, ou s'éloigne du lieu, jusqu'après la clôture de son procès-verbal. Tout contrevenant à cette défense sera, s'il peut être saisi, déposé dans la maison d'arrêt ». Au cours de l'instruction, la détention est la règle, l'article 113 du Code d'instruction criminelle précisant que « *la liberté provisoire ne pourra jamais accordée au prévenu lorsque le titre de l'accusation emportera une peine afflictive ou infamante* ».

195 Articles 217 du Code d'instruction criminelle de 1808.

196 *Supra* n°42.

197 Articles 6 à 8 du code pénal de 1810.

198 Articles 40, 91, 106 et 193 du Code d'instruction criminelle de 1808.

199 *Infra* n°121.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

démesurées que sont les peines corporelles, avec le rétablissement de la marque et de la mutilation²⁰⁰, les peines perpétuelles de travaux forcés, de déportation et de réclusion, et la peine de mort²⁰¹. Il s'agit également, en dépit du maintien d'une proportion générale au sein du dispositif répressif, de l'adoption de sanctions délibérément excessive par rapport à la gravité de l'acte incriminé, conformément à la finalité de dissuasion indéfectiblement associée par les codificateurs à la mise en œuvre d'une répression terrifiante. La sanction de la complicité et de la tentative est considérablement élargie et le Code pénal napoléonien est marqué par « *la recherche de peines exemplaires* »²⁰². Ce ne sont pas moins de trente-neuf infractions, depuis le complot armé jusqu'au bris de scellé, qui sont passibles de la peine de mort, tandis que les travaux forcés sont la sanction de soixante-deux d'entre elles et les peines complémentaires déshonorantes en frappent une trentaine²⁰³.

Le principe d'une répression proportionnée se trouve d'autant plus affaibli que le Code pénal de 1810 accroît, parallèlement, le champs des comportements incriminés dans une mesure considérable, à tel point que « *la partie du nouveau code relative aux incriminations est presque deux fois plus importante que celle de 1791* »²⁰⁴. Inconnu des tenants de l'absolutisme pénal comme des promoteurs de l'utilitarisme pénal, le principe de nécessité des infractions, qui avait marqué l'œuvre de la Constituante dans sa volonté de ne défendre « *que les actions nuisibles à la Société* »²⁰⁵, disparaît littéralement du système répressif. Instrument du retour à l'ordre, le Code napoléonien est aussi l'outil d'un « *renforcement de la discipline publique* »²⁰⁶. La sauvegarde de la Sûreté en ses expressions juridiques fondamentales que sont la légalité et la proportionnalité apparaît donc toute relative. Si elle demeure au fondement de l'ordre pénal moderne, elle ne peut empêcher le développement parallèle de logiques répressives rigoureusement antithétiques qui s'expriment désormais au nom des « *nécessités de la répression* ».

200 Articles 165 et 280 du Code pénal de 1810.

201 Article 7 du Code pénal

202 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 196.

203 *Ibid.*, p.180.

204 *Ibid.*, p 185.

205 Article V de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

206 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre LENOEL, *op.cit.* p. 196.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) *L'essor des « nécessités de la répression ».*

A partir du moment où les déclinaisons fondamentales du droit à la Sûreté du citoyen demeurent, au moins formellement, les principes cardinaux de notre droit pénal, enseignés comme tels à des générations de juristes, il devient difficile de les contester en leur principe au nom d'un arbitraire ou d'une démesure du pouvoir répressif ouvertement revendiquée.

Maintenues dans l'ombre des fondations humanistes du système juridique, les logiques répressives antagonistes qui se sont déployées à l'heure de la codification vont désormais s'exprimer d'une façon détournée, sous la bannière des supposées « nécessités de la répression ». Ainsi seront-elles en mesure de nourrir une résistance tout à la fois constante (1) et souterraine (2) à la complète mise en œuvre du droit à la Sûreté.

1°) Une résistance constante à la progression de la Sûreté.

55. Loin des simples réunions de textes épars que furent les compilations de droit romain et de droit germanique réalisées entre le IV^{ème} et le VI^{ème} siècles, les codifications entreprises à partir du XVIII^{ème} siècle poursuivent, au delà de l'objectif premier d'unification de telle ou telle matière, une finalité plus profonde de rationalisation et même de régénération de la discipline²⁰⁷. Insérées dans un ensemble unifié et plus encore structuré selon un plan plus ou moins logique, des dispositions pénales issues de doctrines répressives antithétiques que sont l'humanisme pénal d'une part, l'absolutisme pénal et l'utilitarisme pénal, d'autre part, peuvent coexister sans que le conflit normatif qui les oppose apparaisse de façon immédiate ou évidente.

Une telle cohabitation est encore facilitée par l'effet de neutralisation symbolique propre au processus de codification. En centralisant l'ensemble des dispositions intéressant une même matière dans un ouvrage unique, organisées autour de grands principes desquels sont censées être inférées l'ensemble des dispositions codifiées, il gomme les conflits de concepts et de valeurs sous-jacents à la définition des normes et à leur agencement les unes par rapport aux autres. En d'autres termes, *« la codification rend les choses simples, claires, communicables ; elle rend possible un consensus*

207 V. Jacques VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », RTDciv 95, p.69 à 84.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

*contrôlé sur le sens, un homologuein : on est assuré de donner le même sens aux mots »*²⁰⁸. Alors que l'antique scolastique était fondée sur la mise en débat des valeurs en concours dans la recherche d'une règle juste, le processus de rationalisation « cartésien » qui traverse la pensée juridique à partir du XVIème siècle tend à repousser la délibération normatrice toujours plus en amont de la présentation des dispositions. Le tropisme épistémologique positiviste qui s'impose dans les facultés de droit à partir du début du XIXème siècle achèvera de rendre invisible le conflit normatif que les Codes napoléoniens cristallisent dans notre droit pénal.

56. Codifiées de concert, les logiques répressives antagonistes qui traversent le droit pénal moderne sont pourtant appelées, du fait même de cette cohabitation, à se heurter constamment, conséquence mécanique d'*« une juxtaposition curieuse de deux phases de procédure qui pouvaient s'annihiler l'une l'autre »*²⁰⁹. Leur conflit se manifeste ainsi à chaque fois que la mise en application de telle ou telle règle pose difficulté. Cette hypothèse est d'abord limitée par une procédure n'offrant aux parties, dans l'économie générale du Code d'instruction criminelle, que peu de moyens de contester les décisions prises à leur encontre. Originellement, aucune disposition ne permet au justiciable de demander l'annulation des actes d'enquête, de contester le placement en détention provisoire ou, d'une façon générale, les décisions prises par le juge d'instruction. Ce type de conflit va toutefois se multiplier à mesure que s'étend le droit de recours du justiciable, en particulier à l'égard des différentes mesures privatives ou restrictives de liberté prises à son égard, tant en matière présentencielle qu'en matière postsentencielle²¹⁰. La justiciabilité progressive des principes directeurs du droit pénal, lesquels découlent, nous l'avons vu, de l'exigence première de protection de la Sûreté du citoyen, sera l'autre moyen d'une multiplication des occurrences de ce type de conflit, singulièrement à l'époque contemporaine²¹¹.

57. Le conflit normatif entre la logique répressive humaniste et les logiques répressives utilitariste et absolutiste, se donne également à voir à chaque révision de la législation pénale, qui les voit entrer, mécaniquement, en compétition pour la (re)définition de la règle de droit. En effet, les dynamiques normatives contradictoires qui s'y expriment ne sont pas appelées à régir des domaines

208 Pierre BOURDIEU, « Habitus, Code et codification », in Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 64, septembre 1986. pp. 40-44.

209 Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE et Bruno DUBOIS, *Histoire de la Justice en France*, Paris, PUF coll. Droit fondamental, 2010, p.441.

210 *Infra* n°142 et 143.

211 *Infra* n°421.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

distincts mais les mêmes institutions répressives. Elles vont donc proposer pour chacune d'entre elles des conceptions concurrentes, qu'il s'agisse des règles gouvernant la poursuite, la mise en état, le jugement des infractions ou de celles régissant le prononcé et l'application des peines. La période contemporaine nous en offre, eu égard à l'inflation législative qui la caractérise, de multiples illustrations²¹². Elle témoigne ainsi de la constance du conflit normatif hérité de la codification napoléonienne, qui s'appuie également sur le caractère implicite de la résistance à la mise en œuvre de la Sûreté menée au nom des « impératifs de la répression ».

2°) Une résistance souterraine.

58. De la même façon que la codification concomitante de deux logiques répressives antagonistes entraîne la perpétuation infinie de leur confrontation, elle contribue, en occultant le conflit idéologique et axiologique sous-jacent, à la rendre invisible. Alors que la Sûreté est formellement maintenue comme fondement de notre ordre répressif, le jeu des dynamiques normatives opposées ne peut désormais intervenir que dans les marges et les interstices d'un ordre juridique unifié. La validation formelle des grandes lignes de l'ordre pénal républicain par les Codes de 1808 et 1810 force les adversaires du humanisme pénal à déplacer leur opposition du terrain idéologique à celui d'un supposé pragmatisme ou réalisme. Si Bonaparte ne s'émeut guère de manifester une franche hostilité aux acquis de la Révolution dès qu'il est question de répression, ses légistes manifestent ainsi la plus grande prudence dans leur entreprise de remise en cause.

Jamais, la Sûreté et l'ensemble de ses déclinaisons ne sont ainsi contestées en leur principe par les codificateurs, qui protestent au contraire de leur admiration pour une Assemblée Constituante qui « a dégagé notre législation pénale de plusieurs dispositions contre lesquelles l'humanité réclamait depuis longtemps »²¹³. S'il convient de revenir sur certaines de ses innovations, ce n'est pas en raison d'une opposition fondamentale mais uniquement parce que « l'expérience [...] lui manquait »²¹⁴ ou parce que ses « intention philanthropiques » l'ont conduite à « méconnaître l'efficacité incontestable de quelques moyens de répression »²¹⁵. Inaugurant une formule appelée à une singulière postérité,

212 *Infra* n°112.

213 G.B TARGET, *op.cit.*, p.1.

214 *Ibid.*, p.2

215 *Ibid.*, p.4

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Target peut alors affirmer que le but de l'entreprise codificatrice impériale n'était autre que « *celui de concilier la sûreté (sic.) publique qui réclame des peines répressives et le vœu de l'humanité qui repousse toute rigueur qui n'est pas nécessaire* »²¹⁶.

59. Sans rien ôter à la radicalité de l'antagonisme, un tel glissement autorise une résistance d'autant plus tenace qu'elle ne s'affirme jamais comme telle. Derrière l'adoption formelle de la philosophie répressive humaniste, il s'agit de mettre en balance l'ingénuité ou la philanthropie qu'incarnerait sa mise en œuvre conséquente avec des considérations présentées comme inhérentes, sinon au procès pénal, du moins à son efficacité. Le thème des « nécessités de la répression » permet ainsi non seulement d'éluder la confrontation théorique et philosophique, mais encore de rendre littéralement indiscutable l'exigence de modération des garanties du justiciable, désormais placée sous le signe du bon sens répressif. Ce mode d'opposition est ainsi à l'origine d'une force de résistance s'exerçant essentiellement au stade de la mise en application des différentes déclinaisons du droit à la Sûreté. Il ne remettra en cause ni ses présupposés, ni ses principes directeurs, pour mieux dénoncer les effets néfastes d'une mise en œuvre trop poussée. Il s'agit donc d'une force de modération et de contournement de la norme, dont les expressions seront, en conséquence, multiples et évolutives, contribuant à freiner la consécration définitive du modèle répressif républicain²¹⁷.

La confrontation des logiques répressives humaniste, absolutiste et utilitariste dans la formation du droit pénal moderne aboutit ainsi, derrière l'apparence d'une sauvegarde de l'ordre pénal républicain, à leur coexistence conflictuelle dans notre système répressif. Ce constat ne suffit toutefois pas à expliquer la perpétuation de ce conflit jusqu'à nos jours. Comprendre le sens de cette évolution nécessite au préalable de déterminer pour quelle raisons cette cohabitation ne peut ni se dénouer en compromis, ni se stabiliser en une coexistence pacifique.

216 *Ibid.*, p.11

217 *Infra* n°126.

SECTION 2 : UN COMPROMIS IMPOSSIBLE.

« C'est des profondeurs du Moyen-âge qu'émerge la figure du criminel conçu comme la part animale, sauvage de l'homme, qui menace de resurgir à tout moment et d'emporter l'équilibre moral et social établi. Nous sommes à la fin du XXème siècle et, pourtant, les mêmes représentations continuent à fonctionner au cœur de la Raison occidentale, en dépit des démentis que les faits apportent à nos grilles déformantes de lecture du réel »²¹⁸.

60. Issu de la pensée rationaliste des Lumières, l'humanisme pénal postule l'égalité, le libre-arbitre et, conséquemment, la possibilité toujours ouverte de l'amendement de celui qui en a fait mauvais usage. A l'opposé, les doctrines antagonistes auxquelles il va se heurter à l'heure de la fondation du droit pénal moderne trahissent une croyance persistante en l'indépassable bestialité du crime. De cette croyance découlent la représentation du fait délictueux comme nécessairement étranger à la collectivité des hommes ou, à tout le moins, à celle des « honnêtes gens ». Aujourd'hui implicite, cette inclinaison à l'extranéité du crime n'en continue que davantage à nourrir la résistance à la mise en œuvre du projet pénal républicain, éclairant la dimension radicale de l'opposition et, partant, le caractère inexorable du conflit normatif qui la sous-tend.

Il convient ainsi d'analyser les ressorts de cette intolérance au fait délictueux que trahissent les logiques répressives absolutiste et utilitariste (1). Ainsi pourrions nous comprendre le sens et la portée de cette revendication d'une répression en quelque sorte libre et non faussée qui, se fondant sur la bestialisation symbolique du « délinquant », ne conçoit plus les différents droits qui lui sont accordés que comme autant de faveurs, sinon d'obstacles (2).

218 Laurent MUCHIELLI, « Penser le crime, les représentations scientifiques du crime », in Laurent MUCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p. 471.

§ 1 : L'intolérance au fait délictueux.

L'analyse des représentations véhiculées, jusqu'à nos jours, dans l'invocation des « impératifs de la répression » au soutien de la modération des garanties du justiciable révèle une propension plus ou moins appuyée à l'essentialisation de l'infraction dans la personne de son auteur. Significative est à cet égard l'utilisation et, plus encore, la banalisation du terme de « délinquant », réduisant l'identité du sujet à la seule commission du délit.

De cette essentialisation naît un ensemble de représentations réalisant l'exclusion symbolique de l'auteur de l'infraction du reste de la Société. Elle s'observe d'abord dans la mise en scène persistante de l'altérité du fait délictueux, phénomène extérieur menaçant l'intégrité de la collectivité (A). De façon plus radicale encore, elle se manifeste dans l'assimilation de la commission d'une infraction à un comportement intrinsèquement anormal ou, pour user d'une terminologie contemporaine, pathologique (B).

A) L'indépassable altérité délictueuse.

Au nombre des griefs qu'il réservait à l'œuvre de Beccaria, Muyart de Vouglans s'offusquait « *de trouver, sous le nom d'un Traité des crimes une Apologie de l'humanité ou plutôt un Plaidoyer fait en faveur de cette malheureuse portion du genre humain, qui en est le fléau, qui la déshonore et qui en est quelquefois même la destructrice* »²¹⁹.

Loin d'avoir disparu avec l'avènement du droit pénal moderne, l'exclusion symbolique du délinquant de la communauté des honnête gens s'observe jusqu'à nos jours dans la rhétorique constante qui, pour expliquer la genèse de la norme pénale, met en jeu l'opposition de la Société et de la personne poursuivie en son nom (1). Le retour, sous des formes profondément renouvelées, de l'explication de la norme pénale par l'opposition entre le « délinquant » et sa victime, vient apporter une singulière intensité à cette altérité (2).

219 P.F. MUYART de VOUGLANS, *op.cit.*, p.5.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1) Le « délinquant » et la Société.

61. Au delà du mythe de l'équilibre répressif que nourrit cette représentation²²⁰, l'opinion selon laquelle les garanties du justiciable pénalement mis en cause doivent, en tant que telles, être contrebalancées par le droit de la Société de se défendre contre les atteintes dont elle fait l'objet n'est pas sans incidence sur l'effectivité du droit à la Sûreté du citoyen. Pour être aujourd'hui d'une effrayante banalité, cette opposition ne s'inscrit pas moins dans la droite ligne des conceptions de l'absolutisme pénal mais, également, de celles de de l'utilitarisme pénal, faisant dire à Bentham que « *les délinquants sont des ennemis publics : où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés et contenus ?* »²²¹. Elle irrigue, jusqu'à aujourd'hui, l'ensemble du discours pénal, des débats relatifs à la production de la norme à ceux relatifs au sens de la peine, en passant par la représentation du procès pénal comme un duel entre le ministère public et la personne poursuivie.

C'est ainsi qu'en juillet 2002, le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi d'orientation de programmation pour la sécurité désigne le fait délictueux en évoquant les « *difficultés et [les] désagréments qu'affronte la société française* »²²². Quelques mois plus tard, esquissant une opposition plus explicite et plus radicale encore, le rapporteur du projet de loi pour la sécurité intérieure met avant, pour justifier l'accroissement des prérogatives du pouvoir répressif à l'égard du justiciable « *le droit des victimes – et de la Société – à obtenir le châtement des délinquants* »²²³. Transparaissant de façon récurrente derrière l'invocation des « *nécessités de la répression* », une telle conception conduit à considérer l'auteur d'une infraction, fut-il potentiel, comme un corps étranger et menaçant contre lequel la Société a non seulement le droit mais même le devoir de se défendre. Poussée dans sa logique extrême, elle reconnaît au pouvoir répressif autant de latitude que celle qui apparaît nécessaire à la conservation de l'intégrité du corps social, contribuant par là même, nous le verrons, à une négation potentiellement infinie des implications juridiques de la Sûreté.

62. Cette revendication d'un droit de « *défense sociale* » doit être nettement distinguée des approches médicales et anthropologiques du crime qui dominent jusqu'à la fin du XIXème siècle les

220 *Infra* n°81.

221 Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, Paris, Bossard frères, 1825, p.8.

222 Assemblée nationale, Rapport n° 53 de la douzième législature, Paris, 10 juillet 2002, p.30

223 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p 14

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

travaux de ce qu'on commence à appeler criminologie et dont l'influence sur le droit positif se réduit à un emprunt partiel et détourné des notions mises en avant par leurs auteurs²²⁴. L'invocation du droit inconditionnel et absolu de défense de la Collectivité fondé sur la représentation d'un « délinquant » comme ennemi extérieur est, d'abord, l'œuvre de juristes. C'est dans l'œuvre du grand pénaliste Faustin HELIE que nous trouvons l'une de ses premières formulations : « *il y a donc dans l'association humaine une loi de conservation qui justifie toutes les mesures qui sont les conditions essentielles de sa vie. [...]. [la justice pénale] exerce un droit de défense ou, pour parler plus exactement, un droit de protection, un droit de conservation* »²²⁵.

Abandonnant les soubassements philosophiques consensualistes et le souci de rédemption de son devancier, c'est encore un pénaliste, l'inspecteur général des prisons belges Adolphe Prins, qui défendra une conception de la Défense sociale particulièrement extrémiste, sacrifiant l'ensemble des droits du « délinquant » et même de l'individu simplement perçu comme dangereux au droit absolu de la Collectivité de se prémunir des atteintes à son intégrité. En une formule particulièrement édifiante, il affirme ainsi que « *le droit pénal nouveau envisage des êtres sociaux qui ont des devoirs envers la communauté et il voit surtout dans le criminel l'individu qui porte atteinte à l'ordre social* »²²⁶. C'est donc moins dans l'influence marginale des conceptions déterministes que dans cette tradition proprement juridique que nous devons chercher l'un des ressorts du mouvement persistant en faveur du développement des mesures coercitives préventives et qui trouvent dans notre droit une expression emblématique dans l'avènement des mesures dites de « sûreté » (sic.)²²⁷.

63. Néanmoins, la mise en balance des intérêts de la Société et de l'individu dans l'explication de la norme pénale ne conduit pas nécessairement à affirmer leur antagonisme. Sous l'impulsion de l'italien Felipo Gramatica et du français Marc Ancel, le renouvellement de la doctrine de la défense sociale fait du Droit pénal, non plus le produit d'une confrontation entre l'individu et la Société, mais l'instrument assurant la satisfaction concomitante de l'intérêt général et de l'intérêt particulier²²⁸. Même de façon implicite, la prise en compte d'une telle convergence demeure perceptible dans les débats législatifs contemporains. C'est ainsi qu'en novembre 2009, le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à l'amointrissement du risque de récidive peut

²²⁴ *Infra* n°67.

²²⁵ Faustin HELIE, *Théorie du Code pénal*, T.1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1872, p.15.

²²⁶ Adolphe PRINS, *op.cit.*, p.2

²²⁷ *Infra* n°115.

²²⁸ *Supra* n°61.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

affirmer que les mesures proposées par ce texte sont « *de l'intérêt de la société, mais [...] aussi de l'intérêt du condamné auquel il importe de donner une chance de ne pas récidiver* »²²⁹. Toutefois, une telle orientation s'avère aujourd'hui particulièrement marginale, à la faveur d'un glissement ayant vu l'image de la victime s'associer voire suppléer à celle de la collectivité dans la mise en scène du duel judiciaire. Alors que la représentation d'une communauté assiégée par le phénomène délictueux s'essouffle, l'opposition du « délinquant » à sa victime offre la perspective d'un antagonisme autrement plus radical.

2°) Le délinquant et la victime.

64. Avant d'analyser les différentes manifestations juridiques de l'essor remarquable de la victime dans le procès pénal au cours des dernières années²³⁰, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure l'invocation de son intérêt propre, dans la présentation et la justification des règles de droit pénal, a progressivement acquis une dimension équivalente à celle de l'intérêt général. Certes, l'ambiguïté de la place de la partie civile dans le procès pénal dans le Code d'instruction criminelle n'a jamais été levée²³¹, la Cour de cassation lui ayant au contraire reconnu une finalité répressive à son action en estimant qu'elle déclenchait l'action publique²³². Toutefois, l'époque contemporaine marque un indéniable changement d'échelle. Tout se passe comme si, dans l'image traditionnelle du balancier, la figure de la victime était apparue, face au « délinquant », sur le même plateau que celui de la Société. Ressort privilégié du passage du bon sens répressif au réalisme répressif²³³, elle n'a cessé d'être invoquée au soutien des multiples réformes du droit pénal de ces dernières décennies. Selon un singulier parallélisme voulant que le souhait de renforcer ou de conforter les garanties procédurales des personnes mises en cause s'accorde avec la prise en compte des intérêts de l'offensé, la figure de la victime est régulièrement invoquée au soutien d'une modération des droits du suspect ou de l'octroi de nouvelles prérogatives à la partie civile.

De manière significative, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 se donne ainsi pour objectif de

229 Assemblée nationale, Rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009, p.35.

230 *Infra* n°349.

231 L'article 3 du Code d'instruction criminelle de 1808 dispose ainsi que « *l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique* ».

232 Crim., 8 décembre 1906, D.1907 I 207.

233 *Infra* n°238.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

renforcer simultanément « *la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* ». Dans l'exposé de ses motifs, son promoteur indique que « *[l'équilibre entre le respect des droits de la personne et les exigences de la répression] implique que soient pris en compte non seulement les droits de la société, au nom de laquelle la justice pénale est rendue, mais également les droits des victimes* »²³⁴. En juillet 2002, l'auteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice met de la même façon en avant sa volonté d'assurer « *une meilleure prise en charge des victimes* », notamment par comparaison avec la situation des personnes mises en causes²³⁵. C'est encore la figure de la victime qui, entre autres, est invoquée face à celle du délinquant au soutien des lois des 12 décembre 2005²³⁶, 10 août 2007 et 10 mars 2010²³⁷ aggravant la répression des infractions commises en état de récidive légale. Il faut enfin mentionner la loi du 1er juillet 2008 « *créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines* », qui, de façon explicite, associe l'exécution des sanctions pénales par le condamné et le recouvrement des dommages et intérêts par la partie civile²³⁸.

65. Cette résurgence de la figure de la victime ne vient pas remplacer celle de la Société dans son opposition à celle du « délinquant ». En y étant systématiquement associée, elle renforce au contraire son poids dans la mise en balance de l'intérêt de la collectivité offensée et celui qu'elle accuse. C'est dans un tel état d'esprit que l'auteur du projet de loi de prévention de la délinquance peut écrire en juin 2006 « *[qu']une réponse rapide aux actes de délinquance commis par les mineurs de plus de seize ans apparaît comme nécessaire dans bien des cas et ce, tant pour la victime et la société que pour le mineur lui-même* »²³⁹. Cependant, ce sont désormais moins la cohésion sociale ou l'intérêt général qui sont mis en avant aux côtés des intérêts du plaignant, que le

234 Assemblée nationale, projet n°1079 de la onzième législature, Paris, 16 septembre 1998, p.4

235 Sénat, projet n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002, p 3.

236 On peut ainsi lire dans l'exposé des motifs que « *L'administration pénitentiaire privilégie l'évaluation de la dangerosité des détenus pour eux-mêmes (risque suicidaire), pour les personnels de surveillance et leurs codétenus (risque d'agression) ou pour l'institution (risque d'évasion) mais nullement pour la société et les victimes potentielles (risque de récidive)* » in Assemblée nationale, proposition de loi n°1961 de la douzième législature, Paris, 1er décembre 2004, p.2.

237 Laquelle, adoptée pour réformer, moins de deux ans après son entrée en vigueur la loi relative à « *la rétention de sûreté (sic.)* », est notamment justifiée par ses promoteurs par le souci de garantir « *une meilleure protection des victimes* », in Assemblée nationale, Rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009, p 45.

238 Le rapporteur de la loi évoque ainsi l'objectif de « *remédier à ces maux [l'inexécution des décisions de justice], qui ont trop longtemps décrédibilisé l'action de la justice pénale dans notre pays tant aux yeux des victimes d'infractions qu'à ceux des délinquants* » in Assemblée nationale, rapport n°610 de la treizième législature, Paris, 16 janvier 2008 p.5.

239 Sénat, projet de loi n°433 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, 28 juin 2006, p.8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

souci de préserver l'ordre public²⁴⁰.

Il s'agit moins, comme aux siècles précédents, d'assurer la préservation de la communauté que la protection physique des victimes face aux agissements des auteurs d'infractions. A la Société conçue comme une entité irréductible à la somme de ses membres, tend à se substituer, dans l'opposition à la personne mise en cause, l'ensemble des victimes, avérées ou simplement potentielles, d'actes de délinquance. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen de son projet de loi « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* », le Garde des sceaux de l'époque peut affirmer que « *si les personnes poursuivies doivent être traitées avec équité, priorité doit être accordée à la protection des victimes* »²⁴¹. Dans le même ordre idées, son successeur immédiat invoque, lors de l'examen du projet de loi visant à amoindrir le risque de récidive criminelle, son souhait de garantir « *la protection des citoyens contre les criminels dangereux* »²⁴².

66. Cette récente modification de l'économie du balancier répressif s'avère emblématique de la signification profonde des évolutions normatives contemporaines, tant du point de vue de leurs soubassements que de leurs manifestations. A mesure qu'est devenu plus évident – ou moins aisément contestable – que l'intérêt particulier du justiciable n'est finalement qu'une dimension de l'intérêt général, la mise en scène d'une opposition entre la Société et l'individu a incontestablement perdu de sa force de conviction. Pareille évolution apparaît difficile, sinon impossible, à réaliser dès lors que l'on oppose aux auteurs d'infractions l'ensemble de leurs victimes. Ainsi rejeté de la communauté des offensés – réels ou putatifs, le « délinquant » se voit frappé d'une image d'irréductible altérité nourrissant indéfiniment la remise en cause de ses garanties processuelles. La construction parallèle de l'image d'une anormalité délictueuse achève d'édifier une frontière symbolique hermétique entre l'auteur de l'infraction et la communauté des « honnêtes gens ».

240 Le rapporteur du projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité n'invoque pas l'intérêt général au soutien des mesures renforçant les prérogatives des autorités répressives, mais uniquement « *la dangerosité pour l'ordre public de la criminalité organisée* », in Assemblée nationale, rapport n° 856 de la douzième législature, Paris, 14 mai 2003, p.49.

241 Assemblée nationale, rapport n°65 de la treizième législature, Paris, 11 juillet 2007, p.59.

242 Assemblée nationale, rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009, p 45.

B) *L'irréductible anormalité délictueuse.*

Puissamment relayée par l'idéologie scientiste et déterministe qui caractérise l'utilitarisme pénal et, plus globalement, l'ensemble des explications du crime à prétention scientifique, l'invocation des « nécessités de la répression » trahit régulièrement l'assimilation plus ou moins poussée du crime à un comportement pathologique. Ainsi le « délinquant » se trouve identifié de façon plus ou moins étroite à un être anormal et, en particulier, à un malade mental (1). Aux côtés de cette anormalité ordinaire, la mise en avant des impératifs de la répression se fonde également sur la mise en exergue d'une anormalité extraordinaire que révélerait l'atrocité de tel ou tel acte (2).

1°) L'anormalité délictueuse ordinaire.

67. L'assimilation du fait délictueux à une pathologie et la prétention subséquente à trouver dans le droit pénal le traitement à même d'éradiquer le crime, trouve ses racines non dans les théories proprement déterministes qui éclosent à partir du XIX^{ème} siècle, mais dans la doctrine utilitariste et sa promotion d'une science du gouvernement des hommes en Société²⁴³. L'influence de l'ensemble des étiologies biologistes du crime, depuis les travaux de « phrénologie » du Docteur Gall²⁴⁴, jusqu'aux positions récemment adoptées par certains chercheurs de l'Institut national de la Santé et de la recherche médicale²⁴⁵, ne doit toutefois pas être négligée. Au delà des oppositions de façade – dont l'analyse historique enseigne qu'elles eurent le plus souvent des ressorts bien plus stratégiques que scientifiques²⁴⁶ - l'ensemble de ces théories, rapidement qualifiées de « déterministes », visent à mettre en évidence et expliciter une causalité de l'acte criminel, d'ordre essentiellement biologique. Qu'il s'agisse de l'affirmation par Cesare Lombroso de l'atavisme chez « l'homme criminel »²⁴⁷, de l'insistance sur la dégénérescence de l'être déviant que révèle le milieu social chez l'Ecole française organisée autour de Lacassagne²⁴⁸, des travaux psychiatriques de George Heuyer²⁴⁹, ou, plus récemment, à la faveur de l'avancée de la biologie moléculaire, de l'invocation d'une causalité

243 *Supra* n°47.

244 V. George LANTERI-LAURA, « Phrénologie et criminologie, les idées de GALL », in Laurent MUCCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p. 21-28.

245 INSERM, *Trouble des conduites chez l'enfant et l'adolescent, Expertise collective*, Paris, septembre 2005

246 V Laurent MUCCHIELLI, « Hérité et milieu social : le faux antagonisme franco-italien », in Laurent MUCCHIELLI (dir). *op. cit.*, p.189 à 214.

247 Cesare LOMBROSO, « L'homme criminel, étude anthropologique et psychiatrique », Paris, Alcan, 1895.

248 V. Laurent MUCCHIELLI, *Ibid.*.

249 V. Nadine LEFAUCHEUR, « Psychiatrie infantile et délinquance juvénile », in Laurent MUCCHIELLI (dir). *op. cit.*, p.313 à 332.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'ordre génétique²⁵⁰, il s'agit de proposer une explication proprement naturaliste aux actes commis par les auteurs d'infractions.

68. Certes les implications politiques et sociales de telles conceptions présentent un potentiel liberticide considérable, en légitimant l'exercice du pouvoir coercitif des pouvoirs publics à l'égard des individus perçus comme déviants sans autres limites que celles de la science qui est supposé le fonder. Leur influence sur la construction d'une anormalité délictueuse n'apparaît toutefois qu'indirecte, dans la mesure où une telle représentation s'inscrit avant tout dans la filiation de l'hygiénisme répressif inhérent à l'utilitarisme pénal. La réduction biologiste du phénomène criminel conduit en effet ses promoteurs à disqualifier en son principe la légitimité et l'utilité de la loi pénale et du système judiciaire pour y remédier. Selon une approche qui se mâtime aisément d'une philanthropie affichée, ces auteurs revendiquent une prise en charge exclusivement médicale ou médico-sociale de l'auteur de l'infraction, déclinaison pratique des règles scientifiques qu'ils estiment avoir mis à jour. Or, la figure de l'anormalité délictueuse loin d'aboutir à l'adoption par le législateur d'une réponse alternative à la pénalisation, vient au contraire justifier une aggravation de la répression à l'encontre du sujet déviant²⁵¹.

Détournées de leur finalité, les différentes étiologies biologistes n'influencent le discours répressif que dans la mesure où elles autorisent la représentation d'une déviance inéluctable et menaçante. Elles contribuent, en particulier, à édifier une conception de l'état dangereux radicale et aisément mobilisable au soutien des impératifs de la répression. Si l'instrumentation du discours médical a permis, jusqu'à nos jours, de renouveler constamment la figure du « monstre » associée à la commission d'infractions heurtant spécialement la sensibilité de l'époque, ce n'est que pour promouvoir une « thérapeutique » exclusivement répressive, usant des moyens du droit pénal pour neutraliser l'être déviant²⁵². Ce détournement autorise une remise en cause particulièrement poussée du droit à la Sûreté. Puisqu'il s'agit de prévenir le comportement dangereux d'un individu intrinsèquement déviant, l'encadrement du pouvoir répressif et la reconnaissance de droits au justiciable n'ont tout simplement plus de raisons d'être. Plus encore, le caractère supposément irrépressible de l'acte délictueux va justifier, au mépris du principe de légalité, que des mesures

250 V. Bernard ANDRIEU, « Le modèle de l'anomalie fonctionnelle en biologie », in Laurent MUCHIELLI (dir). *op. cit.*, p.411 à 428.

251 *Infra* n°161.

252 *Infra* n°162

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

coercitives soient déployées *ante delictum* à l'égard du sujet déviant²⁵³. Induite de l'atrocité du crime, la figure l'anormalité extraordinaire vient encore renforcer cette pente répressive.

2°) L'anormalité délictueuse extraordinaire.

69. Sous l'ancien droit pénal, certains « *crimes [...] sont les plus atroces de tous et ils doivent être punis sans espérance d'aucune grâce, suivant la disposition des Lois divines et humaines* »²⁵⁴. La perpétuation, jusqu'à nos jours, d'une singulière excuse d'atrocité pour justifier le déchaînement ponctuel de la répression, témoigne de façon particulièrement emblématique de la rémanence de l'absolutisme pénal dans notre système répressif. L'ancien régime connaît en effet un usage courant et opportuniste de la notion d'atrocité, qu'elle soit attachée à certains infractions d'une particulière gravité comme le crime de lèse-majesté, qu'elle soit inférée par le juge des circonstances de l'infraction ou enfin qu'elle soit attachée à la personnalité jugée particulièrement retorse de l'auteur, en particulier s'il se trouve en état de récidive. Elle a littéralement pour effet d'autoriser le déchaînement du pouvoir répressif à l'égard de l'individu convaincu d'un crime abominable. Du point de vue juridique, la qualification de l'atrocité emporte une double conséquence, puisqu'elle « *justifie non seulement l'alourdissement des sanctions, mais aussi une appréciation plus extensive de la responsabilité du coupable.* »²⁵⁵

Si la circonstance d'atrocité associée à la commission d'une infraction a, en tant que telle, disparu du discours pénal contemporain, il n'en est pas de même du concept sous-jacent qui connaît aujourd'hui une singulière recrudescence. L'analyse des récents mouvements législatifs nous permet, en effet, de mettre en évidence une propension de plus en plus marquée du législateur à exciper de la particulière gravité de telle ou telle infraction pour justifier l'exercice d'une répression d'exception, à la mesure de l'horreur suscitée par l'acte incriminé. Au cours des débats préalables à l'adoption du Code pénal de 1994, la notion de « crimes odieux » sera ainsi régulièrement mobilisée au soutien de l'aggravation de la pénalité et, notamment, de l'extension de la période de Sûreté²⁵⁶. C'est dans une même perspective qu'en novembre 2007, l'auteur du projet de loi « *relatif à la rétention de sûreté*

253 *Infra* n°368.

254 P.F. MUYART de VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, p.6

255 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 259.

256 Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p. 253.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

(sic.) et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », justifie la possibilité de maintenir en détention des personnes ayant purgé leur peine. Ainsi affirme-t-il « *qu'il n'est pas admissible que les auteurs des infractions les plus graves, commises sur les victimes les plus vulnérables que sont les enfants, ne fassent pas l'objet, lorsque cela est strictement nécessaire, de mesures de police ou de sûreté* (sic.) »²⁵⁷. Selon un raisonnement identique, le même garde des sceaux s'estime fondé à revendiquer une quasi impossibilité de déroger aux peines minimales d'emprisonnement encourues en cas de récidive dès lors que « *l'auteur est poursuivi pour un délit d'une particulière gravité* »²⁵⁸.

70. De la même façon que l'ancien droit pénal liait le concept d'atrocité à certains actes comme à certaines circonstances, l'invocation contemporaine de la « particulière gravité » est associée non seulement à certaines infractions, mais aussi à la personnalité de certains individus²⁵⁹. Observant là encore un mimétisme parfait avec les préoccupations des auteurs de l'ancien droit, l'époque contemporaine reste marquée par la propension du législateur pénal à tirer de l'état de récidive légale et de sa gravité, semble-t-il intrinsèque, la justification d'un véritable régime d'exception²⁶⁰. C'est ainsi, entre autres exemples, que le promoteur du projet de loi visant à amoindrir le risque de récidive criminelle, lequel vient encore renforcer l'ensemble des mesures dite « de sûreté (sic.) » déployées, hors de toute commission d'infraction, à l'égard des personnes jugées dangereuses, exprime son souhait de « *prendre en considération une problématique particulièrement perturbante pour la société, qu'est la récidive de certains crimes d'une particulière gravité* »²⁶¹.

71. Qu'elles soient inférées de l'horreur de l'acte ou de la supposée perversité de son auteur, les conséquences juridiques de la circonstance de particulière gravité sont exactement les mêmes que celles attachées à l'atrocité. Au delà de l'aggravation de la répression, elle emporte également le refus de prendre en compte certains éléments de personnalité de l'auteur de nature à amoindrir sa responsabilité pénale, singulièrement à l'égard des mineurs et des personnes atteintes de troubles psychiques²⁶². Ainsi se dessine, derrière la mise en avant des « impératifs de la répression », la

257 Assemblée nationale, projet de loi n°442 de la Treizième législature, Paris, 28 novembre 2007, p. 4.

258 Sénat, Projet de loi n°333 de la session 2006-2007, Paris, 13 juin 2007, p.6.

259 Le promoteur du projet de loi relatif à la rétention de sûreté (sic.) met ainsi en avant l'image édifiante « *des pédophiles qui présentent des troubles graves de la personnalité ou du comportement* », in Assemblée nationale, projet de loi n°442 de la Treizième législature, Paris, 28 novembre 2007, p. 5.

260 *Infra* n°153.

261 in Assemblée nationale, Rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009, p 43.

262 *Infra* n°156.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

conviction d'une indépassable altérité délictueuse, qui porte en germe les ferments d'une opposition radicale et inexpugnable à la mise en œuvre de la Sûreté. Élément extérieur menaçant la collectivité, être déviant dont l'anormalité pathologique exclut tout retour à la communauté, le « délinquant » ne saurait, dans une telle perspective, bénéficier d'autres garanties procédurales que celles concédées par la mansuétude du pouvoir répressif. Ainsi naît la revendication d'une répression pénale qui, pour être efficace, se doit d'être désentravée.

§ 2 : La revendication d'une répression désentravée.

Si la mise en avant des « nécessités de la répression » trahit une hostilité radicale à l'idée de Sûreté, celle-ci n'en reste pas moins souterraine²⁶³. Aussi, tout en révélant une inexpugnable croyance en l'extranéité du crime, l'opposition à ses différentes déclinaisons juridiques sera menée au nom du bon sens et du pragmatisme.

Elle s'observe, d'abord, dans la revendication, en opposition à l'encadrement du pouvoir répressif d'une nécessaire latitude des autorités répressives dans l'exercice de leurs attributions (A). Elle s'observe, ensuite dans l'attachement persistant à un procès pénal inexorablement associé, au nom de l'efficacité, à l'affliction plus ou moins grande du « délinquant » (B).

A) L'arbitraire nécessaire.

Une telle revendication se donne à voir dans la dénonciation récurrente et invariable, jusqu'à nos jours, de deux risques majeurs que ferait courir à l'efficacité du procès pénal une volonté trop affirmée de garantir de la Sûreté du citoyen. A en croire ses détracteurs, l'encadrement trop rigoureux du pouvoir répressif serait de nature à en paralyser l'action (1), favorisant ainsi l'impunité du crime (2).

²⁶³ *Supra* n°58.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Le risque de paralysie répressive.

72. Le souci de préserver l'efficacité de la justice répressive en limitant les garanties du justiciable pénalement mis en cause s'impose comme une constante de la rhétorique déployée contre la progression du droit à la sûreté dans notre ordre pénal. Saisissant est à cet égard le parallélisme que nous pouvons dresser, à plus de deux siècles d'intervalle, entre les arguments mobilisés contre l'encadrement procédural du pouvoir répressif par les auteurs de l'ancien droit comme par certains parlementaires dans les débats contemporains. Il signe de façon particulièrement édifiante l'origine absolutiste du thème récurrent de la paralysie répressive.

C'est ainsi qu'à la fin du XVIIIème siècle Jousse, après avoir distingué les « *formalités essentielles* » et les « *formalités qu'on peut regarder comme arbitraires* », indique ainsi que « *c'est [...] une formalité arbitraire de donner ou non un conseil à l'accusé et, quoiqu'il eut de bonnes raisons pour lui permettre d'en avoir un, néanmoins, on a trouvé qu'il y avait moins d'inconvénients à lui refuser ce conseil, que de le lui accorder* »²⁶⁴. En octobre 2002, observant une singulière filiation avec un auteur dont il ignore probablement l'existence, le promoteur du projet de loi pour la sécurité intérieure affiche sa volonté de permettre aux « *forces de gendarmerie et de police de se consacrer au mieux à leurs investigations judiciaires [...], sans être en cela ralenties ou affaiblies par certaines lourdeurs et contraintes procédurales* »²⁶⁵. D'une façon plus explicite encore, le rapporteur au Sénat de la proposition de loi « *complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000* » tient ainsi à préciser qu'« *après un an d'application de la loi, il apparaît clairement que celle-ci n'a pas provoqué la paralysie de la procédure pénale parfois annoncée* », validant par là même l'identification de l'accroissement des droits de la défense à l'entrave du pouvoir répressif²⁶⁶.

73. Il convient bien sûr d'éviter que les obligations procédurales mises à leur charge ne viennent, par leur lourdeur, contrevenir à leur mission première de constatation, d'instruction, de poursuite et de jugement des infractions. Mais une telle mise en garde contre le risque d'une paralysie du pouvoir répressif ne relève pas d'une simple intention pragmatique, qui voudrait sensibiliser le juriste aux dangers d'une réglementation trop tatillonne des prérogatives des autorités répressives. Sa dénonciation s'appuie moins sur des considérations pratiques que sur une opposition de principe aux

²⁶⁴ Daniel JOUSSE, *op.cit.*, p X et XXX de la préface.

²⁶⁵ Sénat, projet de loi, n°34 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, 23 octobre 2002, p.4.

²⁶⁶ Sénat, rapport n°208 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, du 6 février 2002, p.8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

implications juridiques élémentaires de l'idée de Sûreté. Ce n'est pas l'excès ou la complication excessive de l'encadrement juridique du pouvoir répressif qui sont dénoncées, mais bien, en tant que telles, les garanties du justiciable, qu'il s'agisse des prérogatives qui lui sont directement reconnues ou des différentes diligences procédurales devant être accomplies par les autorités répressives afin de s'assurer de leur respect²⁶⁷.

C'est pourquoi, loin de presser à une meilleure lisibilité procédurale, l'invocation de l'effet paralysant de l'encadrement du pouvoir répressif sert, avant tout, à justifier la limitation des différents droits reconnus aux personnes suspectées ou poursuivies. A partir du moment où ils sont, en soi, perçus comme autant d'entraves à l'efficacité de l'action des autorités policières et judiciaires, leur maintien ne repose, en dernier ressort, que sur la bienveillance supposée du législateur. Dans une telle perspective, leur effectivité reste ainsi largement conditionnée à la sensibilité de l'époque et au rôle particulier qui est donné au procès pénal par les pouvoirs publics²⁶⁸. Le thème de la paralysie répressive témoigne en creux de l'opinion selon laquelle le cours de la répression nécessite une certaine dose d'arbitraire ou, à tous le moins, une certaine latitude laissée aux autorités répressives dans la conduite de leur action. Dans le même mouvement, l'ensemble des garanties mises en place pour préserver la présomption d'innocence des personnes pénalement mises en cause seront décriées comme autant d'éléments favorisant le risque d'impunité du crime.

2°) Le risque d'impunité.

74. Là encore, il faut prendre la mesure de la continuité entre la rhétorique qui fut mobilisée, sous l'ancien régime, contre la progression des idées du libéralisme pénal et celle que nous retrouvons aujourd'hui derrière la mise en avant des « nécessités de la répression ». Dans le petit texte qu'il fit paraître quelques mois après la publication en France du Traité des délits et des peines, Muyart de Vouglans, grand connaisseur et défenseur de l'ordonnance criminelle de 1670, affirme ainsi, pour justifier de l'usage de la question préparatoire, que « *pour un exemple que l'on pourrait citer depuis un siècle d'un innocent qui ait cédé à la violence du tourment, l'on serait en état d'en justifier un million d'autres qui servent à justifier que, sans le secours de cette voie, la plupart des crimes*

²⁶⁷ *Infra* n°142.

²⁶⁸ *Infra* n°121.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

atroces, tels que l'assassinat, l'incendie, le vol de grands chemins seraient restés impunis »²⁶⁹. Si le travail de neutralisation symbolique de la codification impériale en a gommé la dimension polémique, les débats législatifs contemporains n'en sont pas moins marqués par une propension à exciper du risque d'impunité pour s'opposer à un encadrement trop poussé de l'exercice du pouvoir répressif.

Telle est, par exemple, la posture adoptée en juillet 2002 par l'auteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice quand il dénonce « *la complexité croissante des règles applicables qui, dans de nombreux cas, affaiblissent l'efficacité de la répression et compromettent largement l'autorité de l'Etat en laissant se développer un sentiment d'impunité chez les auteurs d'infractions* »²⁷⁰. Dans le même ordre d'idée, l'auteur du projet de loi pour la sécurité intérieure, soutenait quelques jours auparavant qu'une « *délinquance dont les auteurs sont de plus en plus jeunes et de plus en plus violents s'alimente du sentiment d'impunité. Il importe de donner aux services enquêteurs les moyens nécessaires pour mettre un terme à cette situation inacceptable* »²⁷¹. C'est encore « *le sentiment d'impunité* » qui est mis en avant, pour justifier l'aggravation substantielle de leur répression, par l'auteur de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales²⁷² et par le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs²⁷³.

75. Que l'impunité des infractions constatées ruine la crédibilité du processus répressif – quel qu'il soit, cela est un truisme qui ne mérite guère de figurer au rang des arguments mobilisés au soutien de la modification de la norme pénale. Mais ce n'est pas tant l'inaction des pouvoirs répressifs qui est dénoncée à travers la mise en exergue du risque d'impunité, qu'une réglementation trop tatillonne de leurs prérogatives qui contrarierait la bonne marche de la Justice pénale. Or une telle opinion ne peut à terme que ruiner toute perspective d'une préservation effective et durable du droit à la Sûreté. Avant procès, considérer que les garanties directes et indirectes accordées au citoyen mis en cause dans une procédure pénale puissent être de nature à favoriser son impunité revient à remettre en question de façon plus ou moins poussée sa présomption d'innocence. Plus on limite les

269 P.F. MUYART de VOUGLANS, *Réfutation de quelques principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, Lausanne, 1767, p76.

270 Sénat, Projet de loi n°362 de la session extraordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002, p.53.

271 Assemblée nationale, Projet de loi n°36 de la douzième législature, Paris, 10 juillet 2002, p.12.

272 Assemblée nationale, proposition de loi n°1936 de la douzième législature, Paris, 1er décembre 2004, p.4.

273 Assemblée nationale, rapport n°63 de la treizième législature, Paris, 13 juin 2007, p.7.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

exigences mis à la charge de l'autorité répressive pour appréhender puis condamner une personne suspectée d'avoir commis une infraction, plus on fait bénéficier le doute à l'accusation.

En matière postsentencielle, lier le sentiment d'impunité, non à l'effectivité de la répression mais à la seule aggravation des sanctions et du régime d'exécution des peines, conduit à priver le justiciable d'une répression mesurée et effectivement proportionnée à la gravité relative de l'acte commis. Derrière la mise en garde prétendument pragmatique ou réaliste que les tenants des « nécessités de la répression » affichent devant les risques de paralysie et d'impunité, se dessine ainsi la conviction selon laquelle une certaine mesure d'arbitraire répressif constitue la condition *sine qua non* de l'efficacité du procès pénal. Dès lors, la dimension afflictive inhérente à une répression ainsi désentravée sera non seulement admise, mais encore revendiquée.

B) L'affliction nécessaire.

Si des considérations étymologiques permettent d'expliquer la persistance des références à l'antique justice de pénitence pour rendre compte de notre ordre pénal, il faut rappeler que cette dimension a été expressément bannie de notre ordre répressif par les artisans de l'humanisme pénal²⁷⁴.

Si elle est aujourd'hui rarement revendiquée comme telle, l'affirmation d'une affliction inhérente ou à tout le moins nécessaire à l'exercice de la répression n'a pourtant pas disparu du discours législatif.

Elle se manifeste, d'abord, dans l'identification persistante de la fonction rétributive de la peine à l'exercice d'une rétorsion (1). Elle se révèle, ensuite, dans l'assimilation des différentes garanties du justiciable à des mesures de faveur (2).

²⁷⁴ *Supra* n°15.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) L'ambiguïté de la fonction rétributive de la peine.

76. Des différentes fonctions de la peine classiquement énumérées au commencement de la plupart des ouvrages de droit pénal, la rétribution est l'une des plus fréquentes²⁷⁵. Or la notion recèle une redoutable ambiguïté en ce sens qu'elle peut tout à la fois exprimer la philosophie de l'humanisme pénal et celle de ses opposants les plus déterminés. Plus précisément, l'idée selon laquelle la sanction pénale a pour fonction de rétribuer l'état de fait créé par la commission de l'infraction peut être appréhendée de deux façons contradictoires. En la faisant remonter au balbutiements de la justice pénale, elle peut certes être conçue comme exprimant le souci d'infliger à l'auteur d'une infraction une souffrance équivalente à celle causée par son délit²⁷⁶. Mais dans une perspective humaniste, le rétablissement de l'équilibre social mis à mal par la commission de l'infraction passe avant tout par l'exercice d'une pédagogie répressive visant, en confrontant le condamné à la loi violée et au préjudice de sa victime, à œuvrer à son amendement. En d'autres termes, à la conception d'une rétribution afflictive répond celle d'une rétribution éducative.

Cette opposition est au cœur du conflit normatif systémique qui marque la codification impériale. L'adoption, par le Code pénal de 1810, de peines expressément « *afflictives et infamantes* »²⁷⁷ marque ainsi l'abandon pur et simple du souci de perfectibilité cher aux Constituants. Depuis lors, la référence à la nécessaire affliction de la répression se retrouve régulièrement dans les écrits doctrinaux comme dans les débats législatifs. Elle s'observe d'abord indirectement, dans l'opinion parfois formulée selon laquelle l'une des fonctions du droit pénal, en tant que tel, serait d'assurer la répression et la punition des atteintes à la cohésion sociale. Depuis l'affirmation par Faustin HELIE de l'existence d'une loi de « conservation sociale » évoquée plus haut, certains pénalistes présentent leur discipline comme ayant pour finalité « *de punir l'auteur d'un comportement perturbateur pour l'ordre public* »²⁷⁸ ou, selon une terminologie s'éloignant davantage encore de toute rigueur juridique, « *la lutte contre l'insécurité* »²⁷⁹

Or l'un des apports essentiels du libéralisme pénal et plus encore de l'humanisme pénal fut

275 V Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2010, ou encore Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 2010.

276 V. Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.123 et suivantes.

277 Articles 6 et 7 du Code pénal de 1810.

278 Emmanuel DREYER, *op.cit.*, p. 1.

279 Christophe PAULIN, *Droit pénal général*, Paris, Litec coll. Objectif droit, 2010, p. 10.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'introduire l'idée selon laquelle la fonction du droit pénal n'est pas de sanctionner les atteintes à la cohésion sociale, mais de réglementer l'exercice de ce pouvoir par les autorités répressives. Comme l'a très justement formulé en son temps le criminaliste René Garraud, « *le droit pénal se compose de l'ensemble des lois [...] qui règlent le droit social de punir* »²⁸⁰. Dans l'ordre juridique républicain, la finalité première de la règle pénale est de garantir non seulement que le pouvoir répressif soit mis en œuvre de manière à préserver les libertés publiques du citoyen, mais encore qu'il ne le soit que dans cet objectif²⁸¹. Cesser de considérer cette finalité, c'est ouvrir la porte à toutes les remises en cause du droit à la Sûreté. Si le droit pénal n'a pour fonction que de protéger la collectivité en punissant les personnes réputées porter atteinte à sa cohésion, pour quelles raisons faudrait-il veiller à ce que l'exercice de la répression soit pondéré ou même simplement encadré ?

77. De façon plus explicite encore, certains auteurs associent directement l'application d'une sanction pénale à l'exercice d'une souffrance à l'égard du condamné. Ainsi la rétribution y apparaît elle comme l'action par laquelle « *la Société lésée par l'infraction inflige au coupable un certain mal en compensation du mal qu'elle a elle même subi* »²⁸². Ce souci d'observer dans l'exercice de la répression pénale une dimension nécessairement afflictive imprègne tout autant sinon davantage les travaux législatifs. C'est ainsi que le rapporteur de la proposition de loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales affirme que « *les délinquants sexuels doivent d'abord être considérés comme des criminels devant être châtiés* »²⁸³. En assimilant la sanction pénale à l'exercice d'une souffrance supposée compenser le préjudice causé par l'infraction, une brèche s'ouvre pour la démesure répressive. Dans une telle perspective, la pénalité est appelée à croître à mesure que s'affine la sensibilité au trouble résultant du délit, quelle qu'en soit la gravité intrinsèque. Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines se voient dès lors inéluctablement remis en cause. A partir du moment où la souffrance du condamné est perçue comme une nécessité, les différentes garanties qui lui sont accordées ne peuvent être considérées que comme des mesures de faveur.

280 René GARRAUD, *Précis de droit criminel, comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris, 1892, p. 1 ; V. aussi, proposant une définition voisine, Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, Paris, 2008, p.17.

281 *Supra* n°13 et suivants.

282 Bernard BOULOC, *op.cit.*, p.22 ; d'une façon analogue, Philippe CONTE et Patrick MAISTRE du CHAMBON définissent la fonction rétributive de la sanction pénale « *comme un mal infligé au condamné en compensation du mal résultant de l'infraction* », *op.cit.* p.29.

283 Assemblée nationale, Rapport n°1979 de la douzième législature, Paris, 8 décembre 2004, p.12.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) L'assimilation des garanties du justiciable à des mesures de faveur.

78. La représentation des prérogatives reconnues au justiciable comme autant de marques de faveur concédées par le pouvoir répressif constitue un ressort privilégié de leur remise en cause au nom des « impératifs de la répression ». Une telle mise en scène s'observe, en premier lieu, dans la terminologie couramment utilisée par la plupart des pénalistes pour apprécier l'évolution, à la hausse ou à la baisse, de la pénalité et des prérogatives du pouvoir répressif. La présentation de la succession des lois pénales en terme d'adoucissement ou d'aggravation de la répression est aujourd'hui si commune qu'elle se trouve inscrite dans le corps même de la loi²⁸⁴. D'une façon plus générale, plusieurs auteurs font leur l'assimilation plus ou moins poussée des prérogatives reconnues au justiciable à des mesures de faveurs. Nous la retrouvons ainsi dans les travaux évoquant l'histoire contemporaine du Droit pénal²⁸⁵ jusqu'aux manuels parmi les plus concis²⁸⁶, en passant par les ouvrages de références en la matière²⁸⁷.

Mais c'est au sein des débats parlementaires que nous pouvons relever la propension la plus marquée à identifier l'octroi au citoyen de droits procéduraux ou de facultés d'individualisation de sa sanction comme la marque de la seule mansuétude du législateur. Cette tendance est particulièrement prégnante en matière postsentencielle, où apparaît de façon récurrente l'assimilation des différentes facultés d'aménagement des peines prononcées à autant de mesures de faveurs. Esquissant une tentative d'explication à l'introduction d'une disposition purement ostentatoire, le rapporteur de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales peut ainsi affirmer que « *la situation du réitérant apparaît alors moins favorable que celle du prévenu [...] mais demeure plus favorable que celle du récidiviste* »²⁸⁸. En septembre 2009, à l'occasion des longs débats relatifs au projet de loi pénitentiaire, l'un des députés affirme redouter que le principe de subsidiarité de l'emprisonnement que cet texte tente d'introduire ne soit interprété « *comme un message de clémence [adressé] aux délinquants* »²⁸⁹. De façon moins

284 L'article 112-1 du Code pénal dispose ainsi que « *les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes* ».

285 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.453 et suivantes.

286 Michèle-Laure RASSAT indique ainsi, en introduction à son manuel, que « *des avantages sont accordés à la personne pénalement poursuivie* » in *Manuel de procédure pénale*, Paris, PUF, 2002, p.10

287 V. Bernard BOULOC, *op.cit.*, p.37 et Emmanuel DREYER, *op.cit.*, p.48.

288 Sénat, Rapport n°174 de la session ordinaire 2004-2005, Paris, février 2005, p.40.

289 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pénitentiaire, n° 1899 de la treizième législature, Paris, septembre 2009, p. 54.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

fréquente, une inclinaison identique s'observe en matière présentencielle. C'est ainsi que l'auteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice de 2002 peut se féliciter de voir son texte mettre fin « à cette anomalie choquante qui consiste à réserver à la victime un traitement moins favorable, au cours des procédures, qu'au prévenu »²⁹⁰.

79. Au delà de la commodité de langage, attribuer ainsi à la magnanimité du législateur la reconnaissance de garanties au justiciable plutôt qu'au souci de mettre en œuvre son droit à la sûreté n'est pas anodin. La reconnaissance aux personnes pénalement mises en cause d'un certain nombre de garanties processuelles résulte d'une démarche rationnelle et construite, non d'une inclination philanthropique subjective²⁹¹. L'idée de la Sûreté exprime l'exigence d'une protection de la liberté individuelle face à l'arbitraire du pouvoir répressif en tout état de cause, en particulier dans les périodes troublées où cette tentation peut resurgir de façon spécifique. Or, à partir du moment où les différents droits du justiciable ne sont plus perçus que comme l'expression d'une mansuétude, ils en deviennent nécessairement contingents et n'ont bientôt de raison d'être qu'autant que la bienveillance supposée les guider est jugée socialement acceptable.

En outre, prétendre que les mesures visant à limiter ou encadrer les prérogatives du pouvoir répressif ne seraient que des mesures de faveur envers le « délinquant » revient, de fait, à nier la présomption d'innocence de la personne suspectée ou poursuivie. Après procès, une telle représentation revient cette fois à subordonner l'exercice d'une sanction pénale proportionnée à la seule clémence des autorités pénales, non à la mise en application méthodique d'un principe directeur de procédure pénale.

80. Trouvant sa source dans une indépassable intolérance au fait délictueux, la revendication d'une répression nécessairement arbitraire et afflictive qui sous-tend l'invocation des « nécessités de la répression » montre à quel point la résistance à la garantie effective de la Sûreté du citoyen qu'elle induit demeure radicale et même inexpugnable. Il n'est donc point besoin de rechercher l'explication du « décrochage des principes fondateurs du droit pénal »²⁹² dans l'adoption d'un éventuel paradigme postmoderne – au demeurant largement ignoré du législateur. Certes les formes que revêt aujourd'hui la mise en cause de l'ordre pénal républicain sont indéniablement renouvelées et se

290 Sénat, projet n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002, p.19.

291 *Supra* n°8 et suivants.

292 Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.28.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

revendiquent effectivement d'une forme « d'hypermodernité » commode²⁹³. Mais qu'il s'agisse de la répression démesurée des infractions sexuelles, de la pénalisation de la maladie mentale ou encore de « *l'idéologie du pragmatisme* »²⁹⁴, toutes trouvent leur origine dans la vieille hostilité à l'idée de Sûreté. Si l'on appelle postmodernité la rupture avec la modernité républicaine, elle signe moins son dépassement qu'un indéniable retour en arrière.

En dépit de sa virulence, ce conflit normatif persistant est pourtant rarement restitué comme tel. Comprendre ce paradoxe nécessite ainsi d'analyser par quels ressorts symboliques cet antagonisme demeure jusqu'à aujourd'hui largement occulté derrière l'image proprement mystificatrice de l'équilibre répressif.

293 *Infra* n°220.

294 Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.33.

**CHAPITRE 2 : UN CONFLIT OCCULTÉ, LE MYTHE DE L'ÉQUILIBRE
RÉPRESSIF**

« *La procédure pénale est l'art du possible, l'art subtil de l'équilibre entre délinquant et société* »²⁹⁵

81. Paradoxalement, alors que la formation du droit pénal moderne est marquée par l'affrontement entre deux logiques répressives antagonistes, il est particulièrement difficile de déceler dans la littérature pénaliste contemporaine la plus petite référence à ce conflit normatif persistant. Certes, l'idée d'un balancement sous-jacent au processus normatif pénal est bien présente en doctrine, la plupart des auteurs la présentant même comme constitutive de la norme pénale, en particulier en matière processuelle. Mais cette représentation ne vise pas tant à décrire l'existence d'une controverse juridique que la recherche d'un équilibre entre les « nécessités de la répression » et le souci de garantir la sûreté du citoyen.

Une telle l'image, supposément inhérente à la matière pénale, est pourtant parfaitement absente de la pensée des auteurs de l'ancien régime. Des grands traités qui nous sont parvenus, aucun ne met en avant, au fondement du droit pénal, la recherche d'un quelconque équilibre entre la protection de l'individu et les impératifs de la répression. Attribut du souverain, « *la punition des crimes est la fin et le but principal de l'administration de la Justice, qui est de conserver les sujets du roi dans une paix et une tranquillité durable* »²⁹⁶. Une plongée historiographique dans les écrits doctrinaux de l'époque moderne apparaît ainsi nécessaire. Elle permet de mettre évidence que, loin de constituer une problématique constante de la philosophie pénale et de la pensée juridique, le thème de l'équilibre répressif s'est constitué progressivement au cours du XIXème siècle pour être reçu comme une vérité au siècle suivant.

82. Alors que les auteurs immédiatement contemporains des codes napoléoniens ne s'écartent guère du commentaire littéral par lequel ils sont enseignés, les premiers à formuler une doctrine pénale

295 Jean PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès, essai d'un bilan », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presse Universitaires de Grenoble, 1993, p.240.

296 Daniel JOUSSE, *op.cit.*, p.1.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

globale sont les penseurs qui ont promu et accompagné le profond mouvement réformateur libéral de la monarchie de Juillet dont la loi du 28 avril 1832 réalisera partiellement le projet²⁹⁷. Rossi et Ortolan sont particulièrement avisés du conflit normatif systémique qui a caractérisé la codification puisque c'est, précisément, au nom des idées des Constituants qu'ils revendiquent que les dimensions proprement réactionnaires de la synthèse impériale soient bannis du système répressif. Ainsi Rossi nous rappelle-t-il, en 1830 que « *la France a une législation pénale qui est sans doute plus humaine et rationnelle que celle qui existait avant la révolution. Cependant, un code, œuvre précipité d'un pouvoir qui rétablissait la confiscation et rouvrait les bastilles devait être, comme il est en effet, fort au dessous de la civilisation française* »²⁹⁸. La description du balancement plus ou moins favorable à la garantie effective du droit à la sûreté n'est alors nullement présentée comme la recherche d'un quelconque équilibre mais comme la manifestation des obstacles persistants à son avènement.

83. Nous observons une première inflexion vers la rhétorique de l'équilibre répressif dans les travaux de Faustin Hélie, fin connaisseur de la philosophie pénale et des débats doctrinaux de son siècle et de la pratique judiciaire du droit criminel²⁹⁹. Ainsi fixe-t-il comme objectif à la procédure criminelle le soin de « *concilier les garanties nécessaires à la conservation de l'ordre dans la société et celle que réclame, en même temps, la protection de la liberté civile* »³⁰⁰. La tension dont cette représentation veut rendre compte n'en est pour autant négligée, loin s'en faut, l'auteur rappelant que « *les rédacteurs du code [pénal de 1810] se sont bien moins occupés de combiner une répression suffisante pour la sûreté publique que de compenser l'horreur du crime par l'horreur du châtement* »³⁰¹. Grand vulgarisateur de l'œuvre de Rossi, Hélie est particulièrement conscient de la résistance à la mise en application effective des implications juridiques de la Sûreté que la codification impériale nous a léguée.

Mais c'est au tournant des XIXème et XXème siècles, alors que la troisième République offre l'occasion d'une stabilisation et d'un approfondissement progressif des fondations humanistes de

297 Faustin HELIE nous rappelle que cette « *troisième révolution que notre législation voit s'accomplir en son sein depuis 1790* » était portée par l'ambition plus vaste encore d'un nouveau code pénal, *op.cit.*, p 23 et suivantes.

298 Pelegrino ROSSI, *op.cit.*, Paris, 1863, p. 46.

299 Faustin HELIE, *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1877.

300 Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, T.1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1867, p3.

301 Faustin HELIE, *Théorie du Code pénal*, T.1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1872, p.22.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

notre système répressif, que le thème de l'équilibre répressif, dissocié du conflit normatif originel, accède au rang de représentation classique. Ainsi René Garraud écrit-il à propos de la procédure pénale, en une formule que démentiraient fort peu d'auteurs contemporains, que « *le problème à résoudre, dans cette partie de la législation, consiste à combiner les nécessités de la répression avec les garanties dues aux accusés, présumés innocents jusqu'à leur condamnation* »³⁰². Depuis lors, l'image de l'équilibre répressif va, chez la quasi unanimité des pénalistes, orienter l'ensemble des représentations de la matière pénale, apposant sur la conflictualité première de ce balancement un voile de plus en plus opaque au fil des ans. En nous interdisant d'en saisir le sens et la portée, une telle représentation opère, au sens sémiologique, un effet proprement mythique. S'appuyant sur la réalité tangible d'une oscillation perpétuelle entre le renforcement de la sûreté du citoyen et sa remise en cause, elle tend à rendre l'image de la quête d'un hypothétique compromis littéralement indiscutable.

Il convient donc, en premier lieu, de mettre en évidence les différents termes par lesquels cette allégorie de l'équilibre continue à irriguer les représentations des pénalistes (Section 1), avant d'analyser de quelle façon elle contribue non seulement à occulter le conflit normatif qui nourrit le balancement dont elle prétend rendre compte, mais encore à le conforter (Section 2).

302 René GARRAUD, *Précis de droit criminel- deuxième partie Procédure pénale*, quatrième édition, Paris, 1892, p.419.

SECTION 1 : LA CONSTRUCTION SYMBOLIQUE DE L'ÉQUILIBRE RÉPRESSIF

84. Transposition approximative de la notion « d'égalité des armes » qui, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, a progressivement fait irruption dans notre culture juridique³⁰³, le thème de l'équilibre s'est aujourd'hui imposé comme la référence obligée pour qui aspire à l'évolution de notre droit pénal. Depuis les incitations doctrinales jusqu'à l'intitulé de lois récentes, en passant par les débats parlementaires et les circulaires de politique pénale, la recherche d'une répression « équilibrée » apparaît ainsi être devenue l'objectif commun et consensuel de l'ensemble des acteurs du procès pénal ou, à tous le moins, de l'ensemble de ses réformateurs ou aspirant réformateurs.

Un telle communion masque cependant la réalité d'un idéal mal défini, dont l'invocation semble n'avoir pour objet que d'occulter le déséquilibre persistant de notre système répressif. En novembre 2002, la réforme d'ensemble portée par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 est présentée comme traduisant le souhait d'« *un rééquilibrage de notre procédure pénale* » destiné à « *mieux concilier les garanties et les droits de la défense dont bénéficient les personnes suspectées ou poursuivies avec la nécessaire efficacité de la justice répressive* »³⁰⁴. Ce nouvel équilibre, suffisamment précaire pour nécessiter l'adoption de nouvelles réformes d'ampleur dans les mois suivants sa proclamation³⁰⁵, sera pourtant remis en cause en toute fin d'exercice parlementaire par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, qui se donne pour ambition de "*renforcer l'équilibre de la procédure pénale*" afin, cette fois-ci, de conforter les droits de la défense.

85. La présentation du droit pénal comme le fruit d'une inexorable mise en balance entre les « impératifs de la répression » et la préservation effective de la sûreté du citoyen n'en demeure pas moins communément reçue, tant elle marque encore aujourd'hui l'enseignement de la matière. C'est en effet au cœur de l'œuvre doctrinale qu'apparaît la construction de l'allégorie de l'équilibre répressif. Dans un système juridique fondé sur le primat de la loi et, plus généralement, de la norme écrite, il appartient à la communauté des auteurs de formaliser et de proposer une présentation de la

303 V. Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll que sais-je, 2002, p.98.

304 Circulaire JUSD0230179C du 8 novembre 2002, p. 1, BOMJ, n°88.

305 Lois n°2004-204 du 9 mars 2004 « *portant adaptation de la justice pénale aux évolutions de la criminalité* » et n° 2005-1549 du 10 décembre 2005 « *relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

matière juridique ordonnée et rationnelle à partir d'un matériau de base qui ne l'est pas nécessairement³⁰⁶. Dans ce processus herméneutique, le juriste va, dans la mesure que lui concèdent les pouvoirs normatifs institués, contribuer à fixer le sens de la règle de droit, en particulier par la formulation de grands principes directeurs, organisant la matière juridique étudiée en un système explicatif plus ou moins cohérent.

Ce poids de la Doctrine dans la détermination de l'acception qu'il convient de donner aux règles de droit ainsi étudiées est encore renforcé par un cycle de légitimation législatif et jurisprudentiel. En d'autres termes, les catégories savantes sont progressivement intégrées par les pouvoirs normatifs dans la formalisation et l'interprétation officielle des règles de droit, pour être finalement reçus par ses exégètes comme l'expression même de la loi. C'est donc d'abord au sein des écrits doctrinaux que nous devons analyser les caractéristiques de la figure de l'équilibre répressif (1), avant de déterminer dans quelle mesure elle est intégrée et reprise non seulement par le juge, mais encore et surtout, par le législateur (2).

§1 : La construction doctrinale de l'équilibre répressif.

L'ancienneté et la constance avec lesquelles le thème de l'équilibre répressif conditionne nos représentations de la matière pénale expliquent que les termes avec lesquels il nous est livré présentent aujourd'hui un caractère largement standardisé.

Suivant une grille de lecture homogène, ils brosent pour chaque domaine du droit, autant de figures de balancier supposées rendre compte de la dynamique normative du droit pénal (A). Mais cette unification du discours trahit dans le même temps une représentation particulièrement stéréotypée, dont le caractère artificiel explique tout autant la remarquable pérennité (B).

306 Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, « L'entité doctrinale française », D. 1997, C. p 171

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) Une représentation normalisée.

L'hermétisme artificiel des divisions disciplinaires qui affecte aujourd'hui l'étude et l'enseignement du droit pénal conduit à réserver l'essentiel des développements doctrinaux relatifs au thème de l'équilibre répressif aux ouvrages et autres écrits traitant de procédure pénale.

Parce que la tension entre les exigences de préservation du droit à la Sûreté du justiciable et les supposés impératifs de la répression y est la plus vive, c'est d'abord à propos des règles de droit processuel et, plus précisément, celle gouvernant la phase pré-sentencielle du procès pénal, qu'apparaît la mise en balance entre protection de la liberté individuelle et défense de la Société (1).

Néanmoins, les contradictions traversant le droit répressif en son ensemble présentent une identité telle, que cette problématique observe également en droit substantiel, où elle se donne à voir, en filigrane, à travers l'étude des fonctions de la peine (2).

1°) Une opposition explicite en droit pénal processuel.

86. C'est avant procès qu'est formulée de la manière la plus explicite la question de l'équilibre répressif. La survenance d'une infraction fait en effet naître un conflit potentiel entre la volonté de déployer des mesures d'investigations potentiellement coercitives pour identifier et interpeller ses auteurs et la nécessité de garantir le droit à la sûreté des personnes mises en cause. La problématique qui sera reprise systématiquement par l'ensemble de leurs successeurs contemporains est posée en des termes particulièrement limpides par MM Merle et Vitu. Ces derniers affirment ainsi que « *l'application des thérapeutiques recommandées par les criminologues implique, quel que soit le remède proposé, une emprise de l'Etat sur la personne des délinquants. Jusqu'où peuvent aller ces atteintes à la liberté individuelle ?* »³⁰⁷. De façon plus concise et plus explicite encore, MM Bouzat et Pinatel écrivent, à la même époque, que « *l'idéal, pour un bon système de procédure pénale, est de concilier parfaitement les exigences de la Société et celles de l'individu* »³⁰⁸.

Cette formule constitue aujourd'hui une référence obligée dans les propos liminaires et autres

307 Roger MERLE et André VITU, *Traité de Droit criminel*, Paris, Cujas, 1967, p. 7.

308 Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, Tome deux : Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 1963, p.725.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

prolégomènes de la plupart des pénalistes. Ainsi, la définition de l'ordre pénal proposée par un auteur réduit celui-ci au fruit d'une conciliation entre la protection « *de l'ordre social et la protection de la liberté individuelle* »³⁰⁹. Analysant les liens entre droit pénal et procédure pénale, d'autres pénalistes expliquent « *[qu']une législation pénale équilibrée* » est celle qui protège « *la société sans sacrifier le délinquant* »³¹⁰. De façon plus précise, nous pouvons lire dans un autre ouvrage que « *le problème fondamental de la procédure pénale est de chercher la voie d'un équilibre satisfaisant entre l'intérêt de la collectivité au châtement des coupables et la possibilité pour l'individu poursuivi, coupable ou non, de se défendre* »³¹¹. Chez d'autres se retrouve enfin l'affirmation selon laquelle « *la conciliation est malaisée entre ces deux impératifs opposés* » que sont les « *nécessités de la recherche de la vérité* » et « *les droits de la défense* »³¹².

Même lorsque les auteurs promettent et, dans une certaine mesure, entreprennent de renouveler les cadres de la pensée et de sortir la matière de son « *ghetto technique* »³¹³, c'est pour mieux poser le slogan « *procédure pénale, procédure d'équilibre* » et affirmer, au rang de ses finalités, celle, primordiale, de concilier l'intérêt de la Société et celui de l'individu³¹⁴. En toutes hypothèses, la norme pénale reste présentée comme le fruit d'un arbitrage entre la volonté de garantir ou conforter les prérogatives des autorités répressives à l'encontre du citoyen et le souci de préserver les droits et garanties du justiciable mis en cause dans une procédure pénale.

87. Cette représentation est si prégnante dans l'appréhension du droit pénal qu'elle déborde largement le champs strictement juridique pour irriguer l'ensemble des disciplines vouées à l'étude philosophique ou scientifique du phénomène criminel et de sa réponse sociale. Le sociologue Jacques Faget définit ainsi la politique pénale comme le produit, notamment, de « *la recherche d'un équilibre entre les nécessités de l'ordre public et celles de la protection des libertés individuelles* »³¹⁵. Au sein du monde juridique comme au delà, la similitude voire l'homogénéité des termes utilisés pour décrire le balancement constitutif de la norme pénale en matière processuelle ne peut que frapper. L'aspiration à l'équilibre n'est toutefois, loin s'en faut, nullement

309 Jean-Claude SOYER, *Droit pénal et Procédure pénale*, Paris, LGDJ, 2008, p 13.

310 Frédéric DESPORTES et Francis le GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Paris, 2009, p.4.

311 Michèle-Laure RASSAT, *op.cit.*, p.8.

312 Jean PRADEL et André VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2009, p 211.

313 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, Lexis Nexis, 2010 p. 2.

314 *Ibid.*, p.3.

315 Jacques FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la Justice pénale*, Ramonville St Agne, Editions érès, collection Trajets, 2007, p 109.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

absente du Droit pénal substantiel, où elle se donne à voir en des termes qui, pour être spécifiques à la matière, n'en sont pas moins normalisés.

2°) Une opposition implicite en droit pénal substantiel.

88. Dans son essai sur le « *populisme pénal* » contemporain, Denis SALAS propose une représentation de la Justice pénale comme invariablement travaillée par un « *paradoxe pénitentiaire* » devant se dénouer par une « *dialectique entre la punition et la pardon* » afin de parvenir à « *l'équilibre entre ces deux pôles* »³¹⁶. De fait, le conflit normatif que les auteurs de procédure pénale expliquent par la recherche de l'équilibre parcourt l'ensemble de l'ordre pénal. Pourtant, les développements relatifs à la figure de l'équilibre répressif s'avèrent largement absents des ouvrages contemporains de droit pénal substantiel. Et s'il s'en trouve malgré tout quelque résonance, c'est exclusivement en matière pénologique, alors que le champ de l'incrimination est, en particulier à l'époque contemporaine, infiniment plus sensible au conflit qui oppose les exigences du droit à la sûreté aux impératifs de la répression³¹⁷.

Cette carence s'explique d'abord, par l'adoption, par la majorité des auteurs, d'une séquence introductive classique se focalisant sur la nature et les fonctions du droit pénal et son évolution historique depuis l'Antiquité, présentée généralement comme le passage progressif de la vengeance privée à la « *vengeance publique* » (sic), puis de la vengeance publique à la Justice publique³¹⁸. Centrés sur la peine et ses justifications à travers l'Histoire, ces développements n'offrent que peu d'occasions de pointer la tension entre liberté individuelle et Défense sociale telle qu'elle se manifeste à ce stade du procès pénal. Son absence en droit pénal substantiel s'explique également par le relatif effacement des exigences de la Sûreté dans la phase post-sententielle du procès pénal. Depuis l'avènement du libéralisme pénal, la nécessité de préserver le citoyen de l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif s'impose essentiellement sinon exclusivement avant condamnation. Son encadrement juridique en application des principes de nécessité et de proportionnalité des peines ne s'est imposé que très récemment³¹⁹.

316 Denis SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, p. 45

317 *Infra* n°131.

318 *V.* par exemple Bernard BOULOC, *op.cit.*, p.8-9 ou Jean PRADEL, *op.cit.*, p.10-15.

319 *Supra* n°42.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

89. Toutefois, nous retrouvons dans un certaine mesure le thème de l'équilibre répressif dans les développements consacrés aux fonctions de la peine. Ainsi s'observe-t-il, indirectement, dans la mise en balance de la finalité rétributive de la sanction pénale – dans une acception réduite à l'affliction³²⁰ – et sa finalité d'amendement. La première est réputée servir l'intérêt de la collectivité lésée par l'acte délictueux, tandis que la seconde suppose la prise en compte du seul intérêt du condamné dans l'exécution de sa peine. Dans leur manuel, MM Conte et Maistre du Chambon nous enseignent ainsi que « *[la répression] postule un châtement, bref un mal infligé au coupable. Quand à ses buts, elle vise à la rétribution, à la réadaptation du délinquant, mais aussi à l'intimidation* »³²¹.

De façon plus explicite, d'autres auteurs vont opposer explicitement la nécessité de protéger la Société ou de garantir l'ordre public et le souci de favoriser la réinsertion du condamné. Dans cette optique, l'arbitrage est à réaliser entre, d'une part, le souci d'assurer la préservation de la collectivité par la mise à l'écart la plus longue possible de l'individu ayant heurté sa cohésion et, d'autre part, le droit du condamné à recouvrer plus ou moins rapidement sa liberté dans des conditions favorisant son reclassement. Dans leur traité de droit pénal, MM Desportes et Le Guhenec nous expliquent ainsi que « *le droit pénal a pour objet immédiat de protéger la Société de manière à assurer la sécurité sans laquelle aucune liberté ne peut être pleinement exercée* »³²².

Enfin, la multiplication contemporaine des mesures dites « de sûreté » (sic.)³²³ a récemment conduit un certain nombre d'auteurs à adopter cette mise en balance de la sécurité de la collectivité et de la liberté de l'individu comme finalité, non seulement de la sanction pénale, mais du système répressif dans son ensemble. C'est ainsi, analysant la récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme affirmant que la rétention de sûreté constitue une peine³²⁴, que ses exégètes peuvent affirmer que « *l'équilibre entre [les] deux concepts [de sécurité et de liberté]* » réputés structurer le droit pénal « *est parfois difficilement accessible* »³²⁵.

320 *Supra* n°76.

321 Philippe CONTE et Patrick MAISTRE du CHAMBON, *op.cit.* p 235.

322 Frédéric DESPORTES et Francis LEGUHENEC, *op.cit.*, p.4.

323 *Infra* n°412.

324 Arrêt M. c/Allemagne du 17 décembre 2009.

325 Ludivine GREGOIRE et Fernand BOULAN, « La rétention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences », in *Droit pénal* 2010 n°5, p12.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

La figure de l'équilibre répressif se trouve ainsi appliquée, presque par automatisme, à toute situation mettant en jeu la tension entre droit à la sûreté et « nécessités de la répression ». Pour bien comprendre de quelle façon cette formule peut ainsi servir n'importe quel propos à visée explicative, il convient à présent d'analyser ce qui détermine un tel caractère stéréotypé.

B) Une représentation stéréotypée

Deux caractéristiques permettent à la figure de l'équilibre répressif de servir la démonstration de n'importe quelle étude de droit pénal. Elle apparaît d'abord largement incantatoire, sans prolongement au delà des propos introductifs ni mise en perspective historique (1). Elle présente ensuite une polysémie terminologique autorisant son emploi dans des registres variés (2).

1°) Une formule désincarnée.

90. L'omniprésence du thème de l'équilibre répressif ne repose ni sur un raisonnement implacable, ni même sur une grille de lecture des conflits d'intérêt particulièrement convaincante. En réalité, sa dimension universelle s'appuie, non sur la rigueur de la démonstration, mais sur la force symbolique d'une référence qui, de manuel en manuel et d'une génération intellectuelle à une autre, s'apparente à une figure imposée.

Ce caractère désincarné résulte d'abord de l'extrême faiblesse de ses illustrations. L'analyse montre en effet que, passé le stade des propos introductifs, aucune illustration de cette recherche d'équilibre n'accompagne, à de rares exceptions, l'étude particulière des différentes règles et institutions pénales. Alors que l'antagonisme entre le souci de protection de la liberté individuelle et l'invocation des « nécessités de la répression » se manifeste de façon particulièrement nette dans la détermination des différentes prérogatives dévolues aux autorités répressives dans leur mission de constatation des infractions, l'exposé des règles en la matière excède rarement la simple nomographie. Rares sont les auteurs qui entreprennent de préciser en quoi le régime juridique de ces mesures réalise, ou non, le compromis entre les exigences de protection de la Sûreté et les impératifs de la répression supposé guider de tous temps l'action du législateur

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Seul un regain significatif de l'actualité juridique – voire médiatique – de telle ou telle mesure emblématique, à l'image, récurrente, de la détention provisoire³²⁶, de la juridiction d'instruction³²⁷ ou, plus récemment, de la garde-à-vue³²⁸, offre l'occasion d'observer quelques développements sur la mise en balance de l'intérêt général et de l'intérêt individuel que la réforme de ces dispositions est réputée mettre en jeu.

Un constat analogue peut être dressé en matière postsentencielle. Le conflit potentiel entre protection de la Société et garantie de la liberté individuelle tel qu'il est brossé, de façon générique, en introduction à l'étude de la sanction pénale, sous-tend l'ensemble des règles gouvernant le prononcé et l'application des peines. Pourtant, la présentation de ces dernières ne s'affranchit d'une pure description positiviste que de façon résiduelle. Là encore, les exceptions à la description purement technique ne concernent que des mesure particulièrement emblématiques ou connaissant un écho médiatique spécifique comme la libération conditionnelle³²⁹, la remise au goût du jour des mesures dites de sûreté³³⁰ ou, bien évidemment, la récidive³³¹.

91. Le caractère désincarné de la figure de l'équilibre répressif résulte, en deuxième lieu, de la constance avec laquelle l'ensemble des auteurs qui la reprennent à leur compte insistent, dans le même temps, sur son caractère intangible, si ce n'est consubstantiel au droit pénal. Une telle permanence ainsi affichée, il devient inutile d'exposer en quoi l'évolution du système répressif depuis l'avènement de l'ordre pénal moderne traduit, ou non, cette recherche d'équilibre. Présentée comme intemporelle, cette quête se trouve déconnectée de toute perspective historique réelle qui permettrait d'apprécier la pertinence de cette représentation et plus précisément d'établir toute la dimension conflictuelle des mutations du droit pénal jusqu'à l'époque contemporaine³³². Faute d'être confronté à la réalité du droit positif dont il prétend éclairer la dynamique, le thème de l'équilibre peut ainsi être invoqué au soutien de n'importe quelle analyse du droit pénal. Formule désincarnée,

326 V. à l'occasion de l'affaire dite « d'Outreau », le dossier « Suite de l'affaire d'Outreau : quelles autres réformes? » in AJ Pénal 2006, n° 10, p.385 et *ssq* ; D. GUERIN, D. INCHAUSPE, J. PRADEL, « Outreau : dossier spécial », in *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, juin 2006, p. 353-371.

327 V. Le rapport léger, analyse des proposition, in AJ Pénal 2009, n°10, p.385 à 401.

328 V. Quelle réforme pour la garde-à-vue (dossier), in AJ pénal 2010, n°11, p 469. à 494.

329 V. Jean-Pierre DINTHILAC, « Libération conditionnelle, quel avenir ? », in RPDP, 1998, p.287 ; M HERZOG-EVANS La libération conditionnelle après la loi Perben , *AJ pénal* 2005, n° 3, p. 96

330 V. Olivier Razac, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté », *AJ Pénal* 2008 n° 10, 397-414.

331 V. Récidive: quelles réponses judiciaires?, *AJ Pénal* 2005, n°9, p. 305 et suivantes.

332 *Infra* n°122.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

il s'accommode aisément d'une ambiguïté sémantique profonde qui contribue tout autant à sa fortune doctrinale.

2°) Une formule ambivalente.

92. Au delà d'un consensus sur le thème de l'équilibre, les termes employés pour décrire les deux pôles du balancement s'avèrent, d'un auteur à l'autre, relativement fluctuants. La mise en balance peut ainsi opposer tantôt l'intérêt individuel et l'intérêt général – ou, plus simplement, l'individu et la Société – tantôt la protection de la liberté individuelle et les impératifs de l'ordre public ou encore, dans une perspective plus contemporaine, la liberté et la sécurité. Certaines variations sémantiques marquent également les différentes acceptions données au leitmotiv des « nécessités de la répression ». Tantôt les auteurs évoquent-ils simplement l'impératif de protection de la Société, tantôt ils lient explicitement celle-ci, pour mieux l'opposer à la préservation de la liberté individuelle, à l'efficacité de la répression³³³.

Or les significations respectives de ces différentes mises en balance sont tout sauf semblables. Depuis le renouveau de la pensée pénologique sous l'impulsion de l'Ecole de la de Défense sociale nouvelle de Marc Ancel et Felipe Gramatica, l'antagonisme affiché entre l'intérêt individuel du justiciable mis en cause et l'intérêt général de la collectivité peut présenter un caractère essentiellement rhétorique. Même si l'image de l'altérité délictueuse demeure particulièrement prégnante de nos jours³³⁴, l'idée selon laquelle « *l'activité législative doit être comprise, non comme l'expression de la lutte entre l'Etat et l'individu, mais comme une activité constamment dirigée vers le bien de chaque individu* »³³⁵ reste admise par de nombreux pénalistes. Dès lors que l'auteur de l'infraction n'est pas artificiellement exclu de la collectivité où il s'insère, l'opposition entre protection de la collectivité et garantie des droits fondamentaux du justiciable n'est qu'apparente.

93. Le conflit posé entre l'exigence de protection de la liberté individuelle et le souci de préserver l'ordre public s'avère autrement plus radical. Le souci de contenir et discipliner les comportements individuels dans l'espace public constitue en soi un objectif de police qui ne préjuge en rien du

333 *Infra* n°290.

334 *Supra* n°61.

335 Filippo GRAMATICA, *op.cit.*, p.19.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

degré de cohésion sociale de la collectivité. L'ordre social ne se confond pas avec l'intérêt général, tant il est vrai que la paix publique peut parfaitement se construire au service des intérêts exclusifs d'une fraction de la collectivité ou sur l'oppression méthodique d'une autre fraction. Autrement dit, la finalité du maintien de l'ordre, poussée au terme de sa logique, peut parfaitement s'accommoder d'une plus ou moins grande négation de la liberté individuelle, du moins de la liberté de certaines catégories de population.

S'inscrivant dans une perspective analogue, l'opposition entre Liberté et sécurité nous éloigne encore davantage du compromis. Alors que la mise en balance des exigences de protection de la sûreté du citoyen et des « impératifs de la répression » se construit sur un mode réactionnel, les dernières ayant vocation à contenir les premières, l'antagonisme entre liberté et sécurité met en jeu deux valeurs placées sur un pied d'égalité, ouvrant ainsi un espace de confrontation entre deux logiques fondamentalement inconciliables. L'essor contemporain, dans le discours pénal, de la figure de la sécurité et de la rhétorique de l'efficacité en lieu et place des impératifs de la répression constitue un indicateur précieux des bouleversements en cours³³⁶.

Loin d'être anodin, le choix des différents termes employés pour rendre compte de l'évolution contradictoire du droit pénal conditionne en réalité directement la possibilité du compromis auquel cette mise en balance est réputée aboutir. Ils peuvent ainsi alternativement témoigner, chez leur auteur, d'une simple référence usuelle à cette figure explicative commune ou, au contraire, d'une intégration plus ou moins poussée et plus ou moins consciente du conflit normatif systémique que trahit en réalité ce balancement³³⁷. Cette ambivalence sémantique et la portée de ses implications apparaissent de façon significative à travers l'analyse de la consécration de cette construction doctrinale standardisée et stéréotypée par la jurisprudence et le législateur.

336 *Infra* n°294.

337 *Supra* n°34 et suivants.

§ 2 : Une consécration jurisprudentielle et législative.

Les rapports qu'entretiennent la Doctrine, la jurisprudence et le législateur sont, en matière pénale comme dans les autres, au cœur du processus de création juridique. Sans préjudice des relations institutionnelles voire personnelles qui peuvent exister entre leurs représentants respectifs³³⁸, le primat de la loi dans notre culture juridique est à la source d'un dialogue continu et circulaire qui, du juriconsulte au légiste en passant par le juge, détermine le sens de la règle de droit.

Certes, de la théorie juridique à la mise en forme légale, il existe parfois un fossé que la doctrine manque rarement de pointer. Cependant, le thème de l'équilibre répressif imprègne la pensée pénaliste avec une telle évidence qu'il ne pouvait que rejaillir dans le positionnement des autorités jurisprudentielle et législative.

Toutefois, son influence est sensiblement différente sur le juge et sur le législateur. Si la consécration jurisprudentielle participe d'un cercle de légitimation réciproque qui contribue à naturaliser cette représentation (A), la consécration législative s'apparente à une véritable appropriation, qui voit le thème de l'équilibre s'imposer comme le nouveau mot d'ordre de toute velléité de réforme (B).

A) La consécration jurisprudentielle.

La propension avec laquelle les juridictions suprêmes vont intégrer la référence à l'équilibre répressif lorsqu'elles sont conduites à fixer le sens de la norme qu'elles ont pour mission d'appliquer contribue pour beaucoup à la force symbolique de cette allégorie.

Il importe ainsi de décrire le mécanisme de légitimation réciproque par lequel la jurisprudence consacre cette représentation (1), avant d'en analyser les différentes illustrations (2).

³³⁸ Au delà du cas, marginal, de juristes appartenant successivement voire simultanément à ces différentes institutions, des professeurs de Droit sont régulièrement associés à la réforme de tel ou tel domaine de la législation. Pour s'en tenir au droit pénal, nous pouvons citer les commissions relatives à la réforme de la procédure pénale présidées par Renaud DONNEDIEU de VABRES en 1949 et par Mireille DELMAS-MARTY en 1990 et, plus récemment, la commission relative à la réforme du droit pénal des mineurs présidé par André VARINARD en 2008.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Une consécration mécanique.

94. Comprendre le processus de légitimation réciproque qui contribue à assoir l'influence du thème de l'équilibre répressif suppose, à titre liminaire, que l'on reconnaisse pleinement la force normative des décisions de Justice. Pourtant, alors qu'elle est d'application usuelle en pratique, la norme jurisprudentielle demeure officiellement niée en son principe, la grande majorité des auteurs ne lui reconnaissant, au visa de l'article 5 du Code civil, qu'une simple autorité interprétative³³⁹. Pourtant, dès lors qu'une juridiction se trouve, à l'image de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, investie du pouvoir d'interprétation officielle de la loi dans son domaine de compétence, elle participe, par le jeu même du processus herméneutique, à la fixation définitive de sa signification. Ce faisant, elle conditionne directement l'effectivité de son application³⁴⁰.

Dans ce schéma, la doctrine joue, paradoxalement, un rôle déterminant. Dans un ordre juridique légicentré, elle seule est en mesure de faire advenir au rang de règles les solutions dégagées par les juridictions suprêmes face à des dispositions obscures, incomplètes ou, tout simplement insuffisamment précises³⁴¹. Après avoir réfuté par principe la possibilité de qualifier la jurisprudence de source du droit, c'est encore elle qui, en faisant figurer en bonne place les « solutions de principe » et autres « grands arrêts » dans la présentation de telle ou telle branche du droit, leur confère une force normative voisine si ce n'est équivalente à celle de la loi. Pour ne citer qu'un exemple, le droit de la responsabilité civile demeure aujourd'hui incompréhensible si l'on ne tient pas compte des différentes règles posées par la Cour de cassation en application des articles 1382 et suivants du Code civil³⁴².

Réciproquement, c'est avec constance que les grandes décisions de justice intègrent progressivement les concepts et représentations mis en avant par la Doctrine, conférant ainsi à ces dernières un poids déterminant dans la fixation du sens de la norme. La seule lecture des bulletins d'information de la Cour de cassation ou des rapports des avocats généraux permet, au delà de l'extrême concision qui caractérise les arrêts de la juridiction, de mesurer à quel point ils se

339 V. Par exemple J.L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, 2007, p.175.

340 V. Frédéric ZENATI, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

341 Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *op.cit.*, p.172.

342 V. J.L. AUBERT, *op.cit.*, p.271.

nourrissent des apports des auteurs³⁴³.

95. Ce cercle de légitimation réciproque assure, mécaniquement, la reproduction et la diffusion des conceptions dominantes dans telle ou telle discipline. Ce caractère mécanique contribue à expliquer avec quelle facilité la figure de l'équilibre répressif peut se perpétuer dans la pensée juridique des auteurs de droit pénal. Mise en scène par la jurisprudence, fut-ce implicitement, la mise en balance des intérêts de l'individu et de la Société au fondement de la détermination ou de l'interprétation de la norme pénale peut ainsi être reçue, non comme une construction intellectuelle, mais comme l'expression même sinon de la loi, du moins des forces qui la travaillent.

Pour autant, il convient de relever que la référence à l'équilibre répressif s'avère plus ou moins importante et plus ou moins apparente d'une Cour à l'autre. Nous devons donc analyser en détails de quelle façon les juridictions suprêmes appelées à statuer en matière pénale intègrent, ou non, cette représentation dans leur jurisprudence.

2°) Une consécration variable.

96. La référence, dans les décisions de justice, à la recherche d'un équilibre ou d'un compromis entre la préservation de la liberté individuelle et les « nécessités de la répression » apparaît des plus variables d'une juridiction à l'autre. Aussi, la façon dont elle se trouve, ou non, reprise dans les solutions jurisprudentielles de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme s'avère riche d'enseignements quant à leurs rôles respectifs dans la dissimulation de la signification réelle de ce balancement.

Il existe indéniablement, dans les grandes décisions de la Cour de cassation – en particulier, celles qui fixent les limites du pouvoir répressif ou déterminent les conséquences de tel ou tel manquement procédural – une évidente tension entre le souci de garantir les droits du justiciable et celui de promouvoir les impératifs de la répression³⁴⁴. Il ne peut pour autant en être déduit que la haute juridiction fait sienne la figure de l'équilibre répressif. L'extrême concision qui caractérise ses

343 *V.* Par exemple Cour de cassation, *Rapport annuel 2011, Le risque*, Paris, La documentation française, 2012.

344 *V.* Jean PRADEL et André VARINARD, *op.cit.*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

arrêts n'autorise qu'un travail d'exégèse en forme de conjecture plus ou moins heuristique, quant à leurs soubassements, voire à leur signification. En réalité, s'inscrivant dans la droite et sévère ligne de notre tradition juridique légicentriste et d'une acception stricte de sa mission de contrôle de la légalité des décisions des juges du fond, les grands arrêts de la chambre criminelle ajoutent à la norme incomplète ou lacunaire sans jamais évoquer les grandes étapes du raisonnement ayant présidé à leur élaboration. S'il est permis de supposer que le juge de cassation reprend parfois à son compte l'allégorie de l'équilibre répressif, il est donc difficile de l'affirmer.

97. L'emballlement législatif qui affecte le droit pénal depuis près de deux décennies, a, en revanche, conduit le Conseil Constitutionnel à se prononcer régulièrement sur la compatibilité des mesures accroissant l'emprise du pouvoir répressif sur le citoyen avec la protection des libertés fondamentales. Dans ce cadre, la juridiction constitutionnelle a consacré de façon explicite l'équilibre répressif comme l'objectif du législateur pénal. Nous retrouvons ainsi, dans nombre de ses décisions récentes, la formule, désormais consacrée, aux termes de laquelle « *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction [...] et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [notamment] la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle* »³⁴⁵.

98. A l'inverse, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre l'illustration de la contingence explicative de l'allégorie de l'équilibre répressif. Alors qu'elle demeure omniprésente chez la doctrine française, nous ne pouvons qu'être frappés par l'absence de toute référence à la recherche d'un équilibre entre les « nécessités de la répression » et la protection des droits fondamentaux du justiciable qui se dégage de ses grands arrêts en matière pénale. Si la Cour de Strasbourg prend en compte l'invocation, par les Etats, d'impératifs répressifs supposés justifier la mise à l'écart de telle ou telle garantie prévue par la Convention, ce n'est jamais pour tenter une improbable conciliation entre deux finalités équivalentes, mais évaluer si les restrictions en cause s'avèrent strictement nécessaires dans une société démocratique³⁴⁶. Mise en perspective avec l'inclinaison du Conseil constitutionnel à réduire à la recherche d'un compromis le conflit normatif entre la logique répressive républicaine et la logique répressive sécuritaire, l'approche de la Cour

345 Décision n°2003-467 du 13 mars 2003 ; V. Également la décision no 2008-562 DC du 21 février 2008.

346 CEDH Sunday Times c/ Royaume Uni, 26 avril 1979 ; CEDH Handyside c/ R.U., 7 décembre 1976 ; V. Frédéric SUDRE, *op.cit.*, p.26 à 28.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

européenne permet de mieux comprendre les mécanismes contribuant à occulter le sens et la portée de cet antagonisme, particulier à l'époque contemporaine³⁴⁷. La constance avec laquelle le législateur s'approprie la quête de l'équilibre que lui assigne la doctrine rend toutefois fort peu perceptible cette dissonance aux yeux du pénaliste.

B) La consécration législative.

La doctrine, dans son effort didactique et épistémique de mise en forme de la matière juridique, influence en retour le législateur qui, en particulier lorsqu'il entend réformer un domaine du Droit, se réfère fréquemment aux classifications et aux catégories mises en exergue par ses propres exégètes. L'omniprésence du thème de l'équilibre répressif dans les écrits scientifiques ne pouvait donc qu'imprégner durablement sa démarche.

Il s'observe ainsi derrière chacune des très nombreuses réformes qu'aura connu notre droit pénal au cours des dernière décennies **(1)**. La recherche de l'équilibre répressif s'avère à ce point associée à la production de la norme pénale par le législateur, qu'elle apparaît désormais dans le texte même des codes répressifs **(2)**.

1°) L'équilibre répressif proclamé.

99. L'instauration ou le rétablissement de l'équilibre du droit et de la procédure pénale figurent désormais au rang des finalités les plus invoquées des projets de textes se succédant à une cadence toujours plus rapide, qu'il s'agisse de l'exposé des motifs par l'auteur du projet ou de la proposition, des développements du rapporteur dans l'une ou l'autre des assemblées, ou, tout simplement, de l'intitulé de la loi³⁴⁸.

C'est ainsi qu'en septembre 1998, annonçant une réforme ambitieuse visant à élever significativement le niveau de protection des garanties du justiciable, l'auteur du projet de loi renforçant la présomption d'innocence n'oublie pas de préciser que « *bien évidemment, les principes*

³⁴⁷ *Infra* n°117.

³⁴⁸ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 « *relative à l'équilibre de la procédure pénale* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

protecteurs des libertés doivent être appliqués, dans les conditions prévues par la loi, de manière à ne pas mettre en péril l'exigence d'efficacité du procès pénal »³⁴⁹. En avril 2003, semblable rhétorique s'observe dans les propos du promoteur du projet de loi « *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* », quand il expose que « *l'application des règles d'investigation renforcées dans le cadre de la lutte contre la délinquance et la criminalité organisée, a, en contrepartie, justifié certains aménagements de notre procédure, dans un souci d'équilibre, afin que les droits de la défense soient préservés* »³⁵⁰.

Très logiquement, la figure de l'équilibre répressif se donne également à voir au cours des débats législatifs. Convenant sans peine de la nécessité d'une nouvelle réforme à peine plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, le rapporteur au Sénat de la proposition de loi la « *complétant (sic.)* » affirme ainsi que « *de fait, le renforcement des garanties accordées aux personnes mises en cause aurait dû s'accompagner de mesures renforçant parallèlement l'efficacité de la procédure* »³⁵¹. Quelques mois plus tard, le rapporteur du projet de la loi sur la sécurité intérieure peut se féliciter que le texte auquel il se rallie préserve, à son sens, « *l'équilibre entre l'efficacité des enquêtes et le respect des libertés de chacun* »³⁵². De façon particulièrement emblématique, il peut être enfin relevé que la volonté d'atteindre l'équilibre répressif est invoqué à huit reprises dans le rapport à l'assemblée nationale sur le projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité³⁵³.

100. Le souci de parvenir d'un juste arbitrage entre les exigences du droit à la sûreté et la préservation de l'efficacité de la procédure pénale anime également les travaux législatifs en matière post-sentencielle. A l'occasion des débats ayant présidé à l'adoption de la loi du 12 décembre 2005 « *relative au traitement (sic) de la récidive des infractions pénales* », l'un des membres de la commission des lois de l'assemblée nationale a pu ainsi mettre en garde ses collègues « *contre une vision par trop manichéenne de l'utilité de la peine et [les] encourager à trouver un équilibre entre les différentes voies pouvant mener à une réduction effective de la récidive* »³⁵⁴. En janvier 2008, animé d'une préoccupation semblable, le rapporteur du projet de loi « *relatif à la rétention de sûreté*

349 Assemblée nationale, projet de loi n°1078 de la onzième législature, Paris, 16 septembre 1998, p. 4.

350 Assemblée nationale, projet de loi n°784 de la douzième législature, Paris, 9 avril 2003, p.5.

351 Sénat, Rapport n°208 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, février 2002, p 12.

352 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, décembre 2002, p.14.

353 Assemblée nationale, Rapport n°856 de la douzième législature, Paris, mai 2003.

354 Assemblée nationale, Rapport n°1979 de la douzième législature, Paris, 8 décembre 2004, p.56.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

(sic.) et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental » précise que « les questions soulevées par le projet de loi touchent au respect des libertés fondamentales et au droit, essentiel, à la sécurité. L'équilibre entre ces valeurs constitue un exercice délicat »³⁵⁵.

101. Contrairement à ce qu'une telle attention à la production d'un texte minutieusement pondéré pourrait laisser supposer, la quête de l'équilibre répressif ne cesse pas, loin s'en faut, à la promulgation de la loi, mais vient sous-tendre l'ensemble des étapes de sa mise en œuvre. Elle s'observe d'abord dans les différentes circulaires d'application des textes nouvellement adoptés. Ainsi la circulaire du 19 mars 2002, prise pour application de la loi du 4 mars 2002, évoque-t-elle les « ajustements nécessaires pour assurer un meilleur équilibre entre l'efficacité des procédures et le respect de la présomption d'innocence »³⁵⁶. Dans une parfaite continuité, la circulaire du 14 mai 2004, prise pour application de la loi du 9 mars 2004, expose la volonté constante du législateur « de sauvegarder les intérêts de la société et d'assurer un équilibre entre les droits de l'accusation et ceux de la défense »³⁵⁷, tandis que sa petite sœur soutient, commentant l'instauration du mandat de recherches, que ce dernier sert « l'intérêt tant de l'efficacité de la procédure que des droits de la personne »³⁵⁸.

102. Mais l'appel à l'équilibre répressif irrigue tout autant, sinon plus, les principales circulaires de politique pénale, comme si la simple application de dispositions légales affichant pourtant cet objectif était insuffisante. En ce sens, la circulaire dite « action publique et sécurité » de mai 2001 affiche, entre autres exhortations à l'efficacité répressive, « un double souci de répression et de protection des mineurs »³⁵⁹. A la fin de la décennie, la circulaire d'instructions générales de politique pénale du 1er novembre 2009, appelle à la « mobilisation au service de la sécurité et de la liberté »³⁶⁰. Au delà des changements de majorité, la définition des orientations de poursuite des infractions pénales apparaît ainsi, tout autant que celle de la loi pénale, intimement associée à ce balancement entre les exigences du droit à la sûreté et les « impératifs de la répression ».

La figure du balancier répressif se donne à voir également dans les instructions de politique pénale

355 Sénat, Rapport n°174 de la session ordinaire 2007-2008, Paris, janvier 2008, p.10.

356 Circulaire n° JUSD0230056C du 19 mars 2002, p2, BOMJ, n°86.

357 Circulaire n° JUSD0430092C du 14 mai 2004, p 41, BOMJ, n°94.

358 Circulaire n° JUSD0430184C du 21 septembre 2004, BOMJ, n°95.

359 Circulaire n° JUSD0130006C du 9 mai 2001, p. 9, BOMJ, n°82.

360 Circulaire n° JUSD0925748C du 1er novembre 2009, p. 2, BOMJ, n°110.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sectorielles. C'est ainsi que la circulaire relative à la lutte contre la toxicomanie et les dépendances du 8 avril 2005 affirme « *la nécessité d'un dispositif judiciaire efficace, d'application équilibrée* »³⁶¹, ou que la circulaire relative au renforcement de la lutte contre l'insécurité routière du 28 juillet 2004 vise « *à l'amélioration des dispositifs de prévention mais aussi de répression* »³⁶². Et, bien qu'elles affichent avant tout le souci d'accroître l'efficacité répressive du dispositif – selon une acception de l'efficacité réduite à la seule réduction des « entraves » à l'action du pouvoir répressif³⁶³, les instructions de politique pénale relatives aux actes délictueux commis par les mineurs affichent également « *l'objectif [d']une nécessaire adaptation de la justice pénale aux réalités de la délinquance contemporaine des mineurs, [...] tout en maintenant les principes fondamentaux sur lesquels repose le droit des mineurs* »³⁶⁴. Nous comprenons dès lors sans peine selon quelle dynamique l'affichage de l'équilibre répressif s'est glissée jusque dans le texte de la loi.

2°) L'équilibre répressif codifié.

103. La figure de l'équilibre répressif ne pouvait envahir le discours législatif et répressif avec une telle constance sans dépeindre sur le contenu même du droit positif. Issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose ainsi, au frontispice de la matière, que l'une de ses finalités essentielles consiste à « *préserver l'équilibre des droits des parties* ». Il met ainsi en balance les intérêts respectifs de la personne poursuivie, de la Société et, consacrant un triptyque particulièrement révélateur de la nature des bouleversements contemporains, ceux de la « *victime* »³⁶⁵. Une décennie plus tard, après que plus d'une vingtaine de textes en aient sensiblement bouleversé la teneur et la cohérence, l'avant-projet de refonte du Code de procédure pénale de mars 2010 n'hésite pas, lui aussi, à mettre en avant le souci de garantir l'équilibre de la justice pénale³⁶⁶.

104. L'introduction de la figure de l'équilibre répressif s'impose tout autant en matière sentencielle

361 Circulaire n° JUSD0530061C du 8 avril 2005, BOMJ, n°99.

362 Circulaire n° JUSD0043144C du 28 juillet 2004, p.1, BOMJ, n°95.

363 *Infra* n°312.

364 Circulaire n°JUSD0230200C relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs du 13 décembre 2002, p.3, BOMJ, n°82.

365 *Supra* n° 64.

366 L'article 2 de l'avant projet de réforme du Code de procédure pénale dispose ainsi « *La procédure pénale doit être contradictoire. Elle doit préserver l'équilibre des droits des parties* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

et postsentencielle, où la recherche d'un compromis entre les intérêts supposément divergents de la collectivité, du condamné et de la victime tend à devenir l'enjeu principal si ce n'est unique de la détermination et de l'application de la peine. Entièrement réécrit par la loi n°204-2004 du 9 mars 2004, l'article 707 du Code de procédure pénale dispose dorénavant que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ».

Issue de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, la nouvelle rédaction de l'article 132-24, alinéa deux, du Code pénal met en scène un antagonisme plus tranché encore, en disposant que « *la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné* ».

Dernière illustration en date des efforts du législateur pour faire advenir l'équilibre répressif, les dispositions de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 tentent d'esquisser une improbable synthèse. Ainsi son titre préliminaire, relatif au sens de la peine privative de liberté, précise que « *le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* »³⁶⁷.

105. Le sens de cet empressement du législateur à réaffirmer sans cesse l'objectif d'équilibre répressif, supposé le guider en matière pénale, ne laisse pas d'interroger. Au delà de l'effet d'affichage et de l'impulsivité législative propre à l'époque – ainsi qu'une conviction inébranlable en l'effet performatif de la création juridique³⁶⁸ - il traduit à tous le moins une difficulté indéniable à mettre en œuvre le compromis tant recherché entre les exigences de protection de la sûreté du citoyen et les « nécessités de la répression ». C'est ce caractère proprement chimérique qui, précisément, contribue à renforcer la force explicative de la figure de l'équilibre répressif. Le compromis n'étant ni même ne pouvant être atteint, sa quête peut indéfiniment justifier les

³⁶⁷ Article 1er de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

³⁶⁸ *Infra* n°123 et 333.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

hésitations perpétuelles du législateur entre l'accroissement des garanties du justiciable et ses restrictions, sans que le sens véritable du balancement à l'œuvre ne soit jamais révélé. Véritable mythe, la figure de l'équilibre répressif permet ainsi d'occulter jusqu'à nos jours le conflit normatif systémique fondateur du droit pénal moderne.

SECTION 2 : LA NEUTRALISATION SYMBOLIQUE DU CONFLIT NORMATIF

« *Le mythe a pour charge de fonder une intention historique en nature, une contingence en éternité* »³⁶⁹.

106. Roland Barthes définit ainsi le mythe, au sens sémiologique du terme, comme tout signe – scriptural, visuel, sonore – ayant pour effet de rendre inéluctable telle ou telle représentation du monde. Opérant dans tous les domaines de l'espace public ou, plus précisément, symbolique, le mythe se traduit invariablement par la mise en avant d'un signe objectif, dont le sens est étiré pour en faire dériver une interprétation elle-même présentée comme objective, c'est à dire indiscutable.

En dépit des apparences, la matière juridique est particulièrement exposée au mythe. C'est une des conséquences paradoxales de l'épistémologie positiviste qui continue de conditionner l'analyse et l'enseignement du Droit³⁷⁰. La prétention à la neutralité axiologique qu'observent la plupart des juristes les conduit en effet à recevoir comme la loi ce qui n'en est, bien souvent, qu'une représentation ou une mise en forme doctrinale. Ainsi en est-il, par exemple, des théories civilistes de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle ou de l'unicité du patrimoine³⁷¹.

107. En matière pénale, le positivisme juridique n'est pas moins prégnant. Les ressorts politiques de la règle de droit et, dans une moindre mesure, de sa mise en œuvre, ne sont certes pas totalement occultés. Mais, appréhendés au prisme l'équilibre répressif, ils apparaissent généralement vidés de leur sens et de leur portée, sans que le conflit à l'œuvre dans la production normative ne soit perceptible.

L'effet proprement mythique de la figure de l'équilibre se ressent ainsi à un double niveau. Elle constitue d'abord un biais unifiant d'appréhension des réformes du droit pénal, réduisant toute évolution de la législation à la manifestation des efforts et expérimentations du législateur, fussent-

369 Roland BARTHES, *Mythologies*, Paris, Seuil, coll. Points, 1970 (1ère éd. 1957), p.216.

370 *Supra* n°23 et 24.

371 V. Eric SAVAUX, *La Théorie générale des contrats, mythe ou réalité ?* Thèse, Paris 1997.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

elles lentes et tortueuses, pour parvenir à ce compromis si délicat entre les « nécessités de la répression » et la protection de la liberté individuelle.

Ce faisant, le thème de l'équilibre répressif n'autorise à pointer, dans la succession de plus en plus rapide de réformes contradictoires, que la marque de l'incohérence d'un législateur ayant perdu le sens de la mesure. Dans cette optique restreinte, la mise en exergue d'une éventuelle remise en cause de la Sûreté comme pivot de notre ordre pénal s'avère des plus ardues.

Ainsi le mythe de l'équilibre contribue-t-il non seulement à rendre invisible le conflit normatif structurant l'évolution du droit pénal (1), mais également le risque de basculement qui ne cesse de travailler notre système répressif (2).

§ 1 : La neutralisation du conflit normatif.

Aussi longtemps que l'on souscrit à l'image de la quête de l'équilibre, l'empilement de réformes contradictoires peut parfaitement n'être appréhendé que comme la seule recherche d'un compromis. Tout au plus, une disposition renforçant de façon particulièrement importante les prérogatives des autorités répressives ou, inversement, confortant de manière étendue les garanties du justiciable, sera-t-elle analysée comme la marque d'un déséquilibre prononcé.

C'est ainsi que la figure de l'équilibre permet non seulement de justifier le mouvement normatif contradictoire qu'engendre le conflit normatif structurant l'évolution du droit pénal (A), mais également la structure normative de plus en plus incohérente qui en résulte (B).

A) La justification des contradictions du mouvement normatif.

Grille de lecture globale des évolutions du système répressif, le mythe de l'équilibre permet de justifier non seulement les contradictions ordinaires (1), mais également les contradictions exceptionnelles du mouvement normatif (2).

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) La justification des contradictions ordinaires.

108. Le 12 décembre 2005, la loi dite de « *traitement (sic) de la récidive des infractions pénales* » venait abroger des dispositions introduites par la loi du 9 mars 2004 avant même que celles-ci n'aient pu entrer en vigueur³⁷². Sans doute sera-t-il difficile de trouver manifestation plus exemplaire du caractère pour le moins contradictoire de l'activité du législateur pénal au cours des deux dernières décennies. Cette versatilité normative apparaît d'autant plus remarquable qu'elle ne peut être corrélée, sur la période contemporaine, ni au changement de législature, ni même au changement de majorité parlementaire. Une telle inconstance n'est autre que le symptôme de l'actuel et significatif regain du conflit normatif systémique à l'origine du droit pénal moderne. La violence de la charge contemporaine contre les implications les plus élémentaires de la Sûreté du citoyen, dans un système répressif dont elle demeure formellement le pivot, provoque mécaniquement l'accélération du mouvement de balancier par lequel sa mise en application effective progresse ou régresse³⁷³.

109. Pourtant, les contradictions qui affectent la position du législateur, amené à déconstruire aujourd'hui ce qu'il a édifié la veille, demeurent largement invisibles, masquées par la quête de l'équilibre que cette versatilité est supposée révéler. Censé mener le droit pénal à maturité démocratique en le mettant en pleine conformité aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, la réforme d'ensemble portée par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 visait, notamment, à limiter et encadrer plus rigoureusement les mesures coercitives prises à l'encontre des personnes suspectées et poursuivies. L'édifice était pourtant loin d'être achevé puisque n'ont cessé depuis de se succéder, à compter de la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la « *sécurité quotidienne* », des textes organisant au contraire l'accroissement des prérogatives du pouvoir répressif à l'égard du justiciable, singulièrement au cours des douzième et treizième législatures³⁷⁴.

Au soutien de l'ensemble de cette évolution, c'est le leitmotiv de l'équilibre qui, avec une belle

372 Article 39 de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, abrogeant l'article 174 de la loi du 9 mars 2004, dont l'entrée en vigueur était fixée au 1er janvier 2006.

373 *Infra* n°220

374 *V.*, pour s'en tenir aux seuls textes de portée générale, les lois n°2002-307 du 4 mars 2002 « *portant modification de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* », n°2002-1139 du 9 septembre 2002, n°2003-239 du 18 mars 2003, n°2004-204 du 9 mars 2004, n°2007-297 du 5 mars 2007 et n°2011-267 du 14 mars 2011.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

constance, traverse l'ensemble des travaux législatifs. Cette communion dans la recherche de la juste mesure entre préservation des droits du justiciable et « nécessités de la répression » culmine avec l'adoption, le 5 mars 2007, d'une loi ambitionnant explicitement de rétablir « *l'équilibre de la procédure pénale* ». D'une façon tout à fait significative, ce texte trouve son origine dans les travaux de la commission d'enquête parlementaire « *visant à déterminer l'origine des dysfonctionnements dans l'affaire dite d'Outreau* » et dont les membres ne manquèrent aucune occasion de signifier, sans toutefois le nommer, leur attachement à un droit à la Sûreté qu'ils venaient d'écorner méthodiquement pendant six ans³⁷⁵. La contradiction flagrante entre la logique répressive sécuritaire, qui a non seulement permis mais encore encouragé l'emprise exponentielle du pouvoir répressif sur le justiciable pénalement mis en cause³⁷⁶, et la logique répressive républicaine, qui postule la plus grande protection de la présomption d'innocence, peut ainsi être complètement escamotée. Au prisme du mythe de l'équilibre répressif, le développement de procédures où le souci d'une répression proportionnée et mesurée est sacrifié à l'impératif de protection des victimes peut n'être appréhendé que comme un simple dysfonctionnement.

De la même façon, la figure de l'équilibre offre aux contradictions les plus brutales du mouvement normatif contemporain une justification qui, si elle pointe la maladresse ou l'incohérence du législateur, n'en occulte pas moins la signification profonde.

375 V. Assemblée nationale, Rapport n° 3125 de la douzième législature, établi par la commission d'enquête « *chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Paris, 6 juin 2006.

376 *Infra* n°306.

2°) La justification des contradictions exceptionnelles.

110. C'est à sa capacité à rendre compte de toutes les évolutions de la matière pénale, quelle que soit l'intensité des bouleversements qui la traversent, que se mesure la puissance symbolique du mythe de l'équilibre répressif. Certes, le législateur pourra toujours se voir reprocher son inconstance voire son incompetence dans l'accumulation incontrôlée des réformes. Mais le souci de parvenir au bon compromis entre les « impératifs de la répression » et la préservation des droits du justiciable réputé l'animer permet de grimer en un tâtonnement brouillon ce qui devrait s'analyser comme la manifestation d'une crise systémique. Deux séquences législatives apparaissent à cet égard significatives.

L'ambitieuse réforme du droit de l'application des peines portée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, qui démultiplie les possibilités d'aménagement de peine sous l'autorité renouvelée du juge de l'application des peines, traduit une avancée considérable en faveur de la Sûreté du justiciable dans la phase postsentencielle du procès pénal. Désormais, l'ensemble des décisions relatives à la modulation de la sanction au cours de son exécution revêtent en effet un caractère pleinement juridictionnel, offrant ainsi au condamné de véritables garanties de contradictoire et de motivation³⁷⁷.

Pourtant, un an à peine après son entrée en vigueur, le 31 octobre 2004, la réforme se voit corrigée par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005. Ce texte vient ainsi réduire significativement les possibilités d'aménagement de peine des personnes condamnées en état de récidive, tant au stade du prononcé de la sanction qu'à celui de son application³⁷⁸. Ce brutal mouvement de balancier, révélateur encore une fois du profond antagonisme qui caractérise les logiques répressives à l'origine de ces deux lois, ne sera pourtant présenté et largement reçu que comme la tentative, fut-elle brouillonne, d'assurer le rééquilibrage de la procédure pénale³⁷⁹.

111. Le pouvoir mystificateur de l'allégorie de l'équilibre répressif se révèle si puissant qu'il peut même rendre invisible une contradiction similaire entre deux textes initiés parallèlement. Dès l'ouverture de la treizième législature, le garde des sceaux de l'époque fut en effet conduit à

³⁷⁷ Articles 707, 712-1 et suivants du Code de procédure pénale.

³⁷⁸ *Infra* n°382

³⁷⁹ *V.* Assemblée nationale, proposition de loi n°1961 de la douzième législature, Paris, 1er décembre 2004.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

présenter deux projets de lois aux orientations pénales difficilement compatibles. A l'origine de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* », le premier texte est ainsi venu restreindre encore un peu plus le pouvoir d'individualisation de la peine du juge pénal, en lui imposant des quantums d'emprisonnement irréductibles lorsqu'est relevé l'état de récidive légale³⁸⁰. Ayant pour effet sinon pour objet d'accroître mécaniquement la durée moyenne d'emprisonnement et, partant, la population carcérale, ce texte trahit une hostilité de principe à la l'idée même de proportionnalité.

Soumis au Parlement à la même époque mais adopté bien plus tardivement, le second projet est à l'origine de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, dite « *pénitentiaire* ». Or ce texte poursuit en apparence l'objectif strictement opposé de consacrer le caractère subsidiaire de la peine privative de liberté et de l'incarcération effective du condamné, notamment en élargissant et systématisant les possibilités d'aménagement des peines d'emprisonnement³⁸¹. Mais là encore, le biais du mythe de l'équilibre répressif permet de réduire une telle contradiction à la marque des tâtonnements du législateur dans sa quête du juste compromis entre les « *nécessités de la répression* » et la préservation des garanties du justiciable. Il n'est donc guère surprenant que ce mythe parvienne à justifier avec la même réussite les incohérences de la structure normative pénale qu'induit une telle inconstance législative.

B) La justification des incohérences de la structure normative.

La rapidité et la versatilité avec lesquelles se succèdent aujourd'hui les lois réformant la matière pénale aboutissent mécaniquement à la coexistence, au sein de l'ordre juridique répressif, de dispositions foncièrement antagonistes. Gouvernant une même séquence du procès pénal mais dans des domaines infractionnels distincts, elles lui confèrent un régime radicalement différent selon la qualification ou les circonstances retenues.

L'application à cette contradiction structurelle de la grille de lecture de l'équilibre répressif permet pourtant de justifier tant la coexistence de régimes répressifs antagonistes (1) que l'existence de

380 *Infra* n°383

381 *Infra* n°387.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

mesures pénales proprement incohérentes (2).

1°) La justification de régimes répressifs antagonistes.

112. La coexistence de régimes répressifs antagonistes s'exprime principalement dans deux domaines du Droit pénal. En premier lieu, le développement considérable des procédures dites dérogatoires au cours de la période contemporaine fait aujourd'hui coexister deux régimes d'enquête véritablement alternatifs. D'un côté, le régime de droit commun demeure – en dépit d'une tendance générale à l'érosion des garanties du justiciable – globalement marqué par la prise en compte des exigences de préservation de la sûreté du citoyen, en limitant et en encadrant les mesures coercitives présentencielles³⁸². De l'autre, le régime applicable aux infractions commises en bande organisée se caractérise, au contraire, par une très large intégration des « nécessités de la répression », en multipliant, au nom de leur efficacité supposée, les prérogatives du pouvoir répressif à l'encontre des personnes suspectées, que se soit en matière de perquisition, de garde-à-vue, ou détention provisoire³⁸³.

113. Une discordance semblable s'exprime de façon plus flagrante encore en ce qui concerne les règles régissant le prononcé et l'application des peines, où la mise en exergue de l'état de récidive légale induit un changement complet de régime. Depuis 1994, le Code pénal présente ainsi de nombreux outils visant à rendre exceptionnel le recours à la peine privative de liberté. D'une part, en consacrant et en rationalisant les différentes peines alternatives à l'emprisonnement progressivement introduites dans notre droit depuis 1983³⁸⁴, ainsi que les différents régimes d'exécution des peines privatives de liberté ayant vocation à limiter l'incarcération effective du condamné³⁸⁵. D'autre part, en supprimant les peines de prison minimales encourues au titre de telle ou telle infraction et en posant l'obligation pour le juge de motiver spécialement toute peine d'emprisonnement prononcée sans sursis³⁸⁶.

Parallèlement, alors même que l'arsenal des peines alternatives et des possibilités d'aménagement de

382 *Infra* n°170.

383 Articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale ; *Infra* n°168 et 169.

384 Articles 131-3 à 131-9 du Code pénal.

385 que sont la semi-liberté, le placement à l'extérieur, le placement sous surveillance électronique, le fractionnement et la suspension de peine régis par les articles 132-25 et suivants du Code pénal.

386 Article 132-19 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

peine n'a cessé de s'enrichir³⁸⁷, ont été introduites, aux côtés de ces différentes dispositions, des règles visant au contraire à restreindre toujours plus les possibilités de modulation de la sanction pénale. Dès lors que l'état de récidive légale est relevé, le prononcé d'une peine d'emprisonnement revêt désormais un caractère plus ou moins automatique, tandis qu'est par ailleurs encouragée l'incarcération immédiate de la personne condamnée à une peine privative de liberté en rendant presque systématique le prononcé du mandat de dépôt à l'audience³⁸⁸.

Tenant, là encore, une périlleuse synthèse, la loi du 24 novembre 2009 introduit à l'article 131-24 du Code pénal un nouvel alinéa aux termes duquel «*une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate* »... Tout en précisant que cette exigence de modération ne concerne pas «*les condamnations en récidive légale* », alors que leur champs d'application ne cesse d'être étendu³⁸⁹.

114. Qu'il s'agisse de régime des mesures coercitives au cours de l'enquête judiciaire ou du prononcé et de l'application de la sanction pénale, ce sont bien deux modèles répressifs antagonistes qui se trouvent proposés aux autorités répressives. Certes, leur différence est formellement liée à des domaines d'application distincts. Mais il est tout autant évident que le choix de relever, selon les cas, la circonstance de bande organisée ou l'état de récidive légale, demeure pour l'autorité judiciaire une simple faculté, ce qui lui offre en pratique le choix de mettre en place tel ou tel régime procédural. Pourtant, la référence au souci d'équilibre supposé animer l'ensemble des réformes ayant progressivement instillé cette contradiction structurelle au sein de notre ordre répressif autorise à n'y voir que la marque du compromis répressif tant recherché par le législateur, non la manifestation d'un quelconque conflit normatif.

De la même façon, une telle grille de lecture permet de justifier l'existence de véritables monstres juridiques que sont les mesures dites de «*sûreté* ».

387 Au rang des peines alternatives, la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 introduit le stage de citoyenneté, tandis que la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance introduit la peine de «*sanction-réparation (sic.)*» ; dans le même temps, la loi n°97-1159 du 19 décembre 1997 institue le placement sous surveillance électronique, avant que la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 ne vienne démultiplier les possibilités d'aménagement des peines.

388 *Infra* n°384.

389 *Infra* n°383.

2°) L'aporie des mesures dites « de sûreté ».

115. De façon significative les mesures dites de sûreté connaissent une recrudescence sensible à l'époque contemporaine. Avant d'en étudier le détail, il importe d'insister sur l'hybridité problématique de leur régime que l'allégorie de l'équilibre répressif permet d'occulter. Derrière l'appellation particulièrement impropre de « mesures de sûreté », on retrouve en réalité un très large éventail de mesures dont la caractéristique première réside dans l'exercice d'une coercition présentencielle, c'est à dire avant toute déclaration de culpabilité. Il s'agit, d'abord, de l'ensemble des mesures ayant vocation à s'assurer de la personne du suspect, du mis en examen ou de leurs biens durant les phases d'enquête et d'instruction. On y retrouve, à titre principal, les mesures de garde-à-vue, de contrôle judiciaire et de détention provisoire³⁹⁰ ainsi que les mesures de saisies conservatoires³⁹¹. Mais les mesures de sûreté (sic.) désignent également les dispositifs se donnant explicitement pour fonction de prévenir la commission d'actes délictueux. A l'exception de la détention provisoire, dont la finalité demeure ambivalente, ce type de mesure se rencontre exclusivement dans la phase postsentencielle du procès pénal³⁹².

A condition d'être strictement encadrées, les mesures coercitives présentencielles ne portent pas, en soi, d'atteinte frontale à l'idée de Sûreté dont elles réalisent au contraire l'un des objectifs. Se fondant sur les dispositions de l'article VII de la déclaration des droits de l'homme, Adrien Dupont expliquait déjà que « *c'est aussi un devoir pour tout citoyen d'obéir à la police, et s'il refuse, il doit y être contraint* »³⁹³. Parfois associées aux doctrines déterministes de la fin du XIXème siècle³⁹⁴, les mesures coercitives postsentencielles ne sont en revanche que la consécration juridique de la notion d'état dangereux, qui fut certes réactivé sous l'influence des théories biologistes, mais dont l'émergence remonte à l'ancien droit pénal³⁹⁵. Elles traduisent, en effet, l'opinion selon laquelle il convient de neutraliser un individu avant tout acte positif de délinquance au seul motif de sa

390 Articles 63 et suivants, 137 et suivants du Code de procédure pénale.

391 Articles 706-141 et suivants du Code de procédure pénale.

392 *Infra* n°413 et suivants.

393 Il précise cependant que la contrainte est conditionnée à l'exigence « 1°) de ne pas arrêter un homme dès qu'il peut présenter une caution suffisante pour répondre du fait qu'on lui impute ; 2°) lorsqu'on est forcé de priver momentanément un homme de sa liberté; de n'ajouter aucune peine à cette privation ; 3°) lorsqu'un homme est arrêté, de veiller plus soigneusement à son sort et à son existence, et de le protéger plus spécialement puisqu'il n'est plus sous les yeux de ses concitoyens et qu'il est privé des moyens de pourvoir par lui-même à sa conservation » ; Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

394 V. Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, *op.cit.*, p.79.

395 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.273.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

propension à la commission d'actes antisociaux. En validant le principe d'une répression fondée non sur un acte, mais sur un risque supposé de passage à l'acte, cette opinion se heurte bien évidemment à cette déclinaison primordiale de l'idée de Sûreté que constitue le principe de légalité des délits et des peines³⁹⁶.

116. Alors que le principe de légalité se trouve définitivement consacré lors de la codification impériale, le maintien puis la relance des mesures dites de sûreté dans notre droit pénal constitue une illustration particulièrement criante du conflit normatif systémique que les Codes napoléoniens ont cristallisé dans notre système répressif. Leur régime apparaît, sous ce rapport, particulièrement ambigu. Si la contradiction peut partiellement être levée par l'incrimination des comportements réputés antisociaux toujours plus en amont du passage à l'acte³⁹⁷, il s'avère dans les autres cas bien plus difficile de prendre en compte l'état dangereux sans mettre à mal l'exigence de légalité. Certes, l'on continue d'exiger un texte préalable pour justifier l'exercice d'une mesure coercitive à l'encontre d'un individu. Mais dans le même temps, on admet, au mépris du principe de non-rétroactivité, l'application immédiate de la loi pénale instituant ou modifiant des mesures de sûreté aux procédures en cours, c'est à dire à des faits commis avant leur entrée en vigueur³⁹⁸.

Cette ambiguïté explique que distinction entre peine et mesure de sûreté se révèle en pratique fragile et ne résiste finalement guère à l'examen particulier de chaque nouvelle disposition privative ou restrictive de liberté³⁹⁹. La décision du Conseil constitutionnel relative à la procédure de rétention dite « de sûreté » mérite à ce titre une attention toute particulière. Ainsi, tout en lui déniant le caractère de peine pour valider la possibilité d'une privation de liberté ne sanctionnant nulle commission d'acte délictueux, le Conseil considère néanmoins qu'une telle mesure ne peut présenter de caractère rétroactif, « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* »⁴⁰⁰.

En ce domaine comme en d'autres, la position du Conseil s'impose comme un relais particulièrement efficace du mythe de l'équilibre répressif. En fondant ses décisions les plus

396 *Supra* n°14.

397 *Infra* n°401.

398 Article 112-2 du Code de procédure pénale.

399 *V. Crim.*, 28 juin 2000, Bull. Crim. n°253 ; *Civ 1ère*, 3 avril 2001, Bull. Civ. I, n°96.

400 CC, Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

emblématiques en matière pénale sur le souci de parvenir à un compromis entre les objectifs répressifs du législateur et la préservation des garanties fondamentales du justiciable, il confère à cette quête la force d'une évidence. C'est pourquoi il contribue implicitement à neutraliser, au delà du conflit normatif, le choc systémique qui se joue derrière de telles contradictions.

§ 2 : La neutralisation du conflit systémique.

L'intensité et plus encore la pérennité du conflit normatif qui structure l'évolution du droit pénal s'explique notamment par son caractère systémique⁴⁰¹, dimension que le mythe de l'équilibre répressif contribue tout autant à dissimuler.

C'est ainsi que demeure invisible le risque de basculement que la radicalité du conflit fait peser, depuis l'origine, sur notre ordre répressif (A). En renversant la perspective, se dessine la profonde et persistante vulnérabilité contextuelle qui, sans relâche, affecte la Sûreté comme pivot de notre système répressif (B).

A) La dissimulation du risque de basculement systémique.

Si, après la progression remarquable de l'idée de Sûreté dans notre ordre juridique depuis 1945, le risque de basculement systémique demeure latent (1), les mécanismes contribuant à voiler ce risque ont pour effet d'en accroître la probabilité (2).

1°) Un risque de basculement latent.

117. L'importance et la rapidité des avancées en faveur de la mise en application effective du droit à la Sûreté dans notre système répressif depuis la Libération expliquent sans doute pour beaucoup la méconnaissance de sa précarité existentielle. Cette évolution s'inscrit dans un mouvement européen qui, avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, offre aux citoyens un instrument de protection contre l'arbitraire du pouvoir répressif d'une redoutable efficacité⁴⁰². Les

401 *Supra* n° 36 et suivants.

402 Frédéric SUDRE, *op.cit.*, p. 49 et suivantes.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

bouleversements qu'a connu notre ordre pénal au cours de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle sont ainsi sans commune mesure avec les transformations qu'il a subi au cours du siècle et demi précédent. Depuis l'adoption d'une justice pénale des mineurs réalisant l'une des plus hautes expressions possibles de l'idée de Sûreté⁴⁰³ jusqu'à l'encadrement progressif des mesures de police judiciaire, en passant par l'essor progressif de véritables juridictions d'instruction⁴⁰⁴ et d'application des peines, le panorama peut donner l'impression d'une certaine pérennité du projet pénal républicain.

Le balancement entre les impératifs de la répression et les exigences du droit à la Sûreté trouvant son fondement dans un conflit normatif proprement inexorable, l'hypothèse d'un basculement plus ou moins brutal d'un système répressif à l'autre ne saurait être complètement évacuée. L'absence de toute perspective de conciliation réelle entre la logique répressive républicaine et les logiques répressives absolutiste et utilitariste a abouti à une forme de coexistence précaire qui suppose que l'une des dynamiques normatives demeure modérée, en quelque sorte étouffée par l'autre⁴⁰⁵. Certes, le déséquilibre s'est construit en faveur de la Sûreté lors de la synthèse impériale. Mais, à partir du moment où le conflit normatif originel demeure ouvert, rien ne garantit qu'elle demeure éternellement le paradigme de notre ordre pénal.

La philosophie pénale sous-tendant l'invocation des « nécessités de la répression » trahit, aujourd'hui comme hier, une opposition de principe à ses implications les plus essentielles. Sa modération ne tient donc en dernier ressort qu'à un héritage juridique largement dépendant du contexte politique de sa réception. Le passage, dans la mise en cause de l'ordre pénal républicain, à une logique répressive sécuritaire affirmée, donne aujourd'hui une illustration pour le moins saisissante de cette précarité existentielle⁴⁰⁶.

118. Ce risque de basculement systémique apparaît d'autant plus important et actuel que l'antagonisme normatif qui le crée s'avère, par l'effet mythique de la figure de l'équilibre répressif, proprement invisible. L'image de la quête sempiternelle, par le législateur, d'un compromis subtil entre la protection des droits du justiciable et les « impératifs » de la répression rend

403 Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 ; *infra* n°155.

404 Vincent SIZAIRE, « L'autre réforme de l'instruction », RPDP 2010 IV, p.821 à 829.

405 *Supra* n°49.

406 *Infra* n°295.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

particulièrement difficile la mise à jour d'un éventuel glissement d'un modèle répressif à l'autre. Chaque séquence du mouvement normatif demeure analysée en terme de rééquilibrage et si les évolutions les plus radicales peuvent, exceptionnellement, être présentées comme l'expression d'un déséquilibre, de telles considérations ne permettent pas pour autant de mettre en évidence une éventuelle mutation d'ordre systémique.

L'adoption explicite, par les plus hautes autorités juridictionnelles, de la figure de l'équilibre répressif, achève d'escamoter et ainsi de renforcer ce risque latent d'un basculement de notre système répressif.

2°) Un risque de basculement voilé.

119. Nous trouvons, dans la position régulièrement adoptée par le Conseil constitutionnel en matière pénale, l'instrument d'un véritable escamotage du risque de basculement systémique de notre Droit pénal. Tout se passe comme s'il avait pris le parti « *d'accompagner pas à pas les évolutions législatives et donc une politique criminelle du risque en ne l'entravant que par de rares annulations et quelques réserves d'interprétation* »⁴⁰⁷. A cette occasion, le Conseil a été amené à adopter une formule récurrente, aux termes de laquelle il énonce qu'« *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »⁴⁰⁸. Une telle approche le conduit mécaniquement à intégrer, en tant que telle, la finalité affichée par le législateur au soutien de mesures affectant le droit à la sûreté du citoyen, sans chercher à déterminer si elle apparaît, en son principe comme en son ampleur, légitime au regard des garanties mises en cause. La position du Conseil se distingue ainsi nettement de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁰⁹.

C'est ainsi que dans sa décision relative à la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* », le Conseil constitutionnel peut mettre en balance la préservation du principe d'individualisation des peines avec le souci pratique, mis en avant par le

407 Christine LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, *op.cit.*, p85.

408 CC, Décision n°2003-467 du 16 mars 2003.

409 *Supra* n°97.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

législateur, de fixer « *des règles assurant une répression effective des infractions* »⁴¹⁰. De la même façon, il se réfère explicitement à la volonté des pouvoirs publics « *de renforcer l'efficacité de l'action sociale* » pour déterminer la constitutionnalité de certaines atteintes au droit au respect de la vie privée introduites par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance⁴¹¹. Tout aussi édifiante s'avère la prise en compte, en tant que tel, de l'objectif de « *prévenir et réprimer le terrorisme et les infractions qui lui sont liées* » pour apprécier de la constitutionnalité des dispositions de la loi du n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme⁴¹².

120. En quittant de la sorte sa fonction de gardien du Droit pour venir statuer en opportunité, le Conseil constitutionnel donne, même involontairement, un appui considérable au mouvement de déconstruction de l'ordre pénal républicain qui s'observe depuis une quinzaine d'années. On ne peut mettre sur le même plan l'objectif, affiché par la législateur, de prévenir les infractions et les troubles à l'ordre public et la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garanties sans fragiliser ces derniers. Dans une telle perspective, leur préservation effective reste subordonnée au poids que l'on entend donner aux considérations d'ordre public, notion contingente et conditionnée à la plus ou moins grande sensibilité de la Société aux comportements perçus comme menaçant sa cohésion. Ainsi se dessine en creux la grande vulnérabilité contextuelle qui affecte, en tant que paradigme de notre ordre pénal, l'idée de Sûreté du citoyen.

410 CC, Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, considérant n°13

411 CC, Décision no 2007-553 DC du 3 mars 2007, considérant n°6

412 CC, Décision no 2005-532 DC du 19 janvier 2006, considérants n°19 à 21

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) La dissimulation de la vulnérabilité contextuelle de la Sûreté.

En 1863, Rossi dénonçait déjà « *cette tendance permanente qu'ont les hommes du pouvoir à exagérer la force du système pénal et à en dénaturer les principes [...]. Un crime atroce, un délit trop souvent répété [...] sont des prétextes pour de garder plus aucune mesure et pour dépouiller insolemment la Justice de toute moralité* »⁴¹³.

La mise en exergue du contexte politique des grandes lignes de l'histoire du droit pénal moderne permet ainsi de mettre en évidence l'extrême précarité des assises juridiques de l'ordre pénal républicain, de sa fondation (1) à la période contemporaine (2).

1°) Une vulnérabilité contextuelle constante.

121. Un bref retour historiographique sur l'évolution du droit pénal moderne suffit pour réaliser combien l'affirmation de la Sûreté comme pivot du système répressif demeure conditionnée à un contexte politique et social favorable à sa réception. Dès lors que l'on cesse de se référer à la figure de l'équilibre répressif, sa mise en application effective apparaît profondément liée à la promotion concomitante de la liberté politique et sa pérennité à l'existence d'un régime politique relativement stable et apaisé. En d'autres termes, la mise en œuvre effective des déclinaisons du droit à la Sûreté est intimement liée à l'affirmation du projet politique républicain né sous la Révolution.

Ainsi, la principale réforme d'ampleur du droit pénal du XIX^{ème} siècle, réalisée par la loi du 24 avril 1832, est elle directement consécutive à la progression des idées républicaines après la Révolution de juillet deux ans plus tôt⁴¹⁴. Dans la lignée des discours et des écrits de Guizot, Rossi et Ortolan, elle procède à un profond amendement de l'économie générale des codes impériaux et, en particulier, du Code pénal. Celui-ci traduit une progression sensible des exigences du droit à la sûreté qui se matérialise en particulier par l'abolition des peines corporelles, la réduction de l'échelle des peines et l'introduction des circonstance atténuantes⁴¹⁵.

413 Pelegrino ROSSI, *op.cit.*, p.77.

414 Faustin HELIE, *Théorie du Code pénal*, *op.cit.*, p.22 et 23.

415 V. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA, Pierre NOËL, *Les grandes phases d'incrimination entre 1810 et 1945*, Paris, GAPP CNRS, 1992, p.25 à 47.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Dans le même ordre d'idées, c'est avant tout la relative stabilité politique et sociale qui caractérisa la troisième République – favorisant, ainsi, le développement d'institutions proprement républicaines – qui a permis la constante progression des garanties des personnes mises en causes dans une procédure pénale et leur inscription durable dans l'ordre juridique et les mœurs judiciaires. C'est en effet à cette époque que les principales libertés publiques se trouvent consacrées par la loi⁴¹⁶, que sont progressivement encadrés les pouvoirs des autorités répressives dans la phase présentencielle du procès pénal – avec, en particulier, la loi du 8 décembre 1897 qui fait entrer l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction. Parallèlement émerge le principe d'individualisation de la peine avec, notamment, la première tentative d'élaboration d'un Droit pénal des mineurs par la loi du 22 juillet 1912⁴¹⁷.

122. Enfin, les immenses avancées qu'a connu la protection du droit à la Sûreté à la Libération sont intimement liées au sursaut humaniste observé en France et plus largement en Europe, en réaction aux crimes contre l'Humanité commis lors de la seconde guerre mondiale. Elles se traduisent, en particulier, par la volonté de mettre en place des structures institutionnelles à même de garantir, en toutes circonstances, l'effectivité de l'Etat de droit – au premier rang desquelles, l'outil décisif que constitue la Convention européenne des droits de l'homme. La remarquable stabilité politique et sociale qui a suivi en Europe a favorisé, jusqu'à une période récente, non seulement le renforcement des garanties fondamentales du justiciable, mais encore l'élévation du niveau de protection du citoyen contre l'arbitraire du pouvoir répressif⁴¹⁸.

123. Inversement, les périodes historiques caractérisées par une réaction plus ou moins virulente aux idées républicaines sont marquées par une remise en cause plus ou moins grande de l'idée de Sûreté. Invariablement, les gouvernements autoritaires qui, au XIX^{ème} siècle, ont succédé aux éphémères premières Républiques, ont mis en œuvre des mesures d'exception destinées à conforter le nouvel ordre politique⁴¹⁹. Le système pénal mis en place par le régime de Vichy apparaît à cet

416 Loi 30 juin 1881 relative à la liberté de réunion, loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association et loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation de l'Eglise et de l'Etat et consacrant la liberté de culte.

417 V. Dominique MESSINEO, *La jeunesse irrégulière (1830-1912), entre moralisation, correction et tutelle judiciaire: essai sur une dynamique doctrinale*, Thèse, Université de Paris Ouest Nanterre, 2010.

418 C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu affirmer, dans son arrêt Selmouni contre France du 29 juillet 1999, que l'exigence en matière de protection des droits de l'homme était appelée à s'élever et que des faits autrefois qualifiés de traitements inhumains et dégradants doivent aujourd'hui être sanctionnés comme tortures.

419 V. Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE et Bruno DUBOIS, *op.cit.*, p.25.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

égard exemplaire du strict parallèle pouvant être dressé entre la remise en cause des idéaux de 1789 et la déconstruction de son ordre pénal. En effet, la « *Justice des années sombres* » se caractérise, au delà de la généralisation des tribunaux d'exception, par l'instauration progressive et assumée d'institutions répressives intervenants selon des principes et de modalités remettant directement en cause le droit à la Sûreté⁴²⁰.

Dans une moindre mesure, il en est de même pour les époques qui, sans rompre formellement avec les fondements du régime républicain, demeurent marquées par une violence ou une instabilité politique et sociale qui conduisent à vouloir renforcer la latitude du pouvoir répressif et, ainsi, à amoindrir les garanties procédurales du citoyen. Ce reflux durable et organisé de la Sûreté au nom des circonstances se donne particulièrement à voir par temps de guerre ou de situation jugée « insurrectionnelle », terrain propice au développement des juridictions et des procédures d'exception. Les aménagements plus ou moins officiels apportés au Code de procédure pénale à l'occasion de la guerre d'indépendance en Algérie s'avèrent, à cet égard, particulièrement représentatifs⁴²¹.

Voilée par la figure de l'équilibre répressif, la vulnérabilité de la Sûreté au contexte politique et social de sa mise en application est d'autant plus importante qu'elle nous demeure largement invisible. Aussi convient-il d'être particulièrement attentif à la manière dont elle se manifeste aujourd'hui.

2°) Une vulnérabilité contextuelle persistante.

124. Bien que nous ne connaissions plus aujourd'hui de phénomènes de violence politique comparables aux troubles de la décolonisation, ni même de tensions politiques comparables à celles induites par la guerre froide, notre époque demeure marquée par une rhétorique médiatique envahissante, particulièrement prégnante depuis les attentats de New-York du 11 septembre 2001, aux termes de laquelle nous vivrions une période excessivement troublée. Sans préjudice de leur pertinence historique et sociologique, de telles représentations sont susceptibles d'influer, en tant

420 V. AFHDJ, *La Justice des années sombres*, Paris, La documentation française, coll. Histoire de la Justice, 1996.

421 V. AFHDJ, *La Justice en Algérie*, Paris, La documentation française, coll. Histoire de la Justice, p. 235 à 279.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

que composante du pouvoir symbolique, sur les grands arbitrages politiques et, par voie de conséquence, sur l'évolution de l'ordre juridique. Il importe dès lors de déterminer si elles peuvent aujourd'hui favoriser la remise en cause de l'ordre pénal républicain.

Deux phénomènes contemporains apparaissent ainsi de nature à nourrir les revendications d'une érosion de la sûreté du citoyen dans l'objectif affiché d'accroître l'efficacité de la répression. D'abord, l'essor et, plus encore, la mise en scène médiatique d'un terrorisme international et multiforme orientant ses actions essentiellement à l'égard des populations civiles – et non plus à l'égard des décideurs publics ou privés – sans lien immédiat avec un conflit interne ou international donné⁴²². Ensuite, la mise en exergue d'une hausse, invariablement présentée comme brutale et dramatique, de la délinquance nationale et de la progression corrélative de « l'insécurité », situation invariablement présentée comme « inquiétante »⁴²³ si ce n'est « insupportable »⁴²⁴.

125. Dans un cas comme dans l'autre, nous observons une singulière volonté, plus ou moins explicite, d'adapter l'ordre pénal à ces nouveaux périls, c'est à dire d'adapter le droit au fait. Ainsi le rédacteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure affirme-t-il en juillet 2002 sa volonté d'« adaptation de certaines sanctions à l'évolution de la délinquance »⁴²⁵. De la même façon, la loi du 9 mars 2004 se fixe explicitement pour objectif d'adapter « la justice pénale aux évolutions de la criminalité ». Relevons, enfin, les propos du rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi sur le terrorisme qui, en novembre 2005, met en avant « la nécessité d'adapter les systèmes anti-terroristes à la réalité des réseaux agissant aujourd'hui »⁴²⁶.

Or, il ne s'agit pas tant d'affiner l'appréhension juridique du phénomène que l'on entend régler, que, bien au contraire, de prendre argument d'une supposée menace pour accroître les prérogatives des autorités répressives au détriment des garanties du justiciable pénalement mis en cause. Au bénéfice de l'émergence plus ou moins artificielle de nouveaux périls, le thème de l'arbitraire nécessaire trouve aujourd'hui l'occasion d'une nouvelle jeunesse⁴²⁷. Argument d'autorité s'il en est, la

422 V. Didier BIGO, Laurent BONELLI, Thomas DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre, les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La découverte, Paris, 2008.

423 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.34.

424 *Ibid.*, p.106.

425 Assemblée nationale, Projet n° 36 de la douzième législature, Paris, 10 juillet 2002, p.5.

426 Assemblée nationale, Rapport n° 2681 de la douzième législature, Paris, 16 novembre 2005, p. 8

427 *Supra* n°72 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

rhétorique du réalisme s'impose avant tout comme un instrument d'amointrissement de l'encadrement juridique de l'exercice de la répression⁴²⁸. La pérennité de la Sûreté du citoyen comme paradigme de notre ordre pénal demeure, aujourd'hui comme hier, à la merci du contexte politique et social de sa mise en œuvre.

Mais avant d'étudier les caractéristiques de la séquence normative actuelle, il convient d'analyser plus en détail les différents modes par lesquels se manifeste la résistance à la mise en application effective des déclinaisons juridiques de la Sûreté au nom du bon sens répressif.

428 *Infra* n°312.

**TITRE 2 : LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DU BON SENS
RÉPRESSIF**

« Il faut substituer aux images simplistes et unilatérales [...] une représentation complexe et multiple, fondée sur l'expression des mêmes réalités dans des discours différents, parfois inconciliables »⁴²⁹.

126. Apprécier correctement de quelle façon se manifeste aujourd'hui le conflit normatif systémique mis à jour dans le processus de production de la norme pénale nécessite, au préalable, d'analyser précisément les différents modes par lesquels se traduit, de façon générale, l'érosion de l'ordre pénal républicain associée à la mise en avant du bon sens répressif. En tant que tel, tout accroissement des prérogatives des autorités pénales ne signe pas une résistance à la mise en œuvre des déclinaisons du droit à la Sûreté. Cette notion exprime en effet le souci d'une protection globale du citoyen contre toutes les formes d'arbitraire, d'origine publique comme privée. Il s'agit d'une garantie générale contre l'oppression fondée sur l'idée que seule la régulation juridique est légitime à résoudre les conflits survenant au sein de la Société⁴³⁰. Si la résistance à la Sûreté peut évidemment se manifester dans l'accroissement de l'emprise du pouvoir répressif sur le citoyen, elle peut tout autant s'exprimer dans son inaction plus ou moins assumée à l'égard de certaines puissances privées.

127. C'est à ce niveau de l'analyse que se révèle l'intérêt d'une étude proprement juridique du développement contemporain des prérogatives des autorités répressives. Au delà de son apport essentiel à la compréhension des soubassements sociaux et politiques du mouvement normatif⁴³¹, une lecture exclusivement sociologique du phénomène risquerait en effet de nous entraîner vers une démarche réductrice, en appréhendant l'évolution de la législation pénale comme un objet univoque dans une dynamique plus large de « pénalisation de la misère »⁴³². C'est donc moins la généalogie

429 Pierre BOURDIEU, *La Misère du Monde*, Seuil, Paris, 1993, p.14

430 *Supra* n°13.

431 *Infra* n°227.

432 *V.* En ce sens, Loïc WACQUANT, *Punir les pauvres, le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Agone, Marseille, 2004.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

des processus organisant la discipline de l'homme en Société⁴³³ que le détail des dispositifs répressifs et de leurs modalités d'application qu'il nous faut étudier.

Les formes de résistance à la mise en application des déclinaisons du droit à la Sûreté s'avèrent par ailleurs relativement évolutives, eu égard à leur dimension implicite et leur lien intime avec le contexte politique et social. Il importe en conséquence de rechercher, au delà de leurs diverses expressions historiques, quelles peuvent être leurs caractéristiques essentielles. A cette condition, leur étude s'avère d'une particulière utilité dans la mesure où elle nous fournit des indicateurs de l'intensité du conflit normatif sous-jacent. Appliqués à l'époque contemporaine, ils permettront, en temps utile, de déterminer l'importance du risque de basculement systémique que recouvre le mouvement législatif contemporain.

128. Derrière leur diversité, les manifestations du bon sens répressif trahissent le souci d'accroître la latitude et l'emprise du pouvoir répressif au nom d'une acception de l'efficacité indéfectiblement associée à l'absence d'encadrement juridique. S'exprimant, depuis l'origine du droit pénal moderne, sous une forme essentiellement implicite⁴³⁴, elles traduisent d'abord la volonté de freiner autant que possible et aussi longtemps que possible la réalisation effective des principales déclinaisons de l'idée de Sûreté. L'opposition à sa mise en application se manifeste ainsi avant tout comme une force de modération de la norme (**Chapitre 1**).

Mais le souci d'accroître la latitude du pouvoir répressif conduit également les zéloteurs du bon sens à revendiquer la limitation et bientôt la restriction du domaine d'application du droit à la Sûreté, soit en organisant sa suspension, soit en promouvant une répression extra-pénale. Ainsi le bon sens répressif s'affirme-t-il également comme une force de contournement de la norme (**Chapitre 2**).

433 V. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, NRF, 1985, 1ère éd. 1975.

434 *Supra* n°58.

CHAPITRE 1 : UNE FORCE DE MODÉRATION DE LA NORME.

« Il y a [...] depuis 1945, un allègement incontestable de la répression globale. On peut néanmoins se demander, alors que la délinquance s'accroît, y compris dans les lieux les plus reculés et jusqu'ici les plus tranquilles, dans des proportions inquiétantes, et alors qu'apparaissent de nouvelles menaces, si l'on est pas allé trop loin »⁴³⁵

129. S'il ne saurait aujourd'hui être question de remettre officiellement en question le projet pénal républicain, il est ainsi particulièrement courant de s'inquiéter d'une progression trop importante des droits du justiciable. Pour anodine qu'elle soit, la formule résume parfaitement le sens premier et général que prend, à partir de la codification impériale, l'opposition à la progression juridique de l'idée de Sûreté dans notre système répressif.

La pondération des prérogatives du pouvoir répressif et des garanties du justiciable en fonction de la gravité relative de l'acte poursuivi ou sanctionné peut certes n'être regardée que comme l'application du principe de proportionnalité⁴³⁶. Mais, derrière la mise en scène d'une répression que paralyserait un statut de la personne pénalement mise en cause excessivement protecteur, se dissimule plus souvent l'opinion selon laquelle l'efficacité de la répression nécessite une irréductible dose d'arbitraire.

L'invocation du bon sens répressif constitue ainsi l'occasion d'une constante pression à la modération des garanties du justiciable dans le procès pénal, une force d'atténuation tout à la fois globale dans l'ampleur des déclinaisons du droit à la Sûreté attaquées et limitée quant à la portée des remises en cause (**Section 1**).

De façon plus insidieuse, le bon sens répressif se niche également au creux des règles organisant, pour certaines catégories d'infractions ou de personnes, un régime limitant spécialement les garanties fondamentales du justiciable. Connaissant un essor significatif à l'époque contemporaine, cette force de dérogation sélective est à l'origine d'une érosion du droit à la Sûreté qui n'en est que plus importante (**Section 2**).

⁴³⁵ Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.460.

⁴³⁶ *Supra* n°16.

SECTION 1 : UNE FORCE D'ATTÉNUATION DE LA NORME

130. Contrairement à l'opposition communément véhiculée par le mythe de l'équilibre répressif, les principes directeurs de légalité, de nécessité, de proportionnalité et de juridictionnalité de la répression ne commandent ni la restriction de principe des prérogatives des autorités pénales, ni le renoncement à tout souci d'efficacité répressive⁴³⁷. Ils visent, en revanche, à soumettre l'exercice du pouvoir répressif à certaines exigences qui garantissent que les atteintes portées aux droits et libertés du citoyen restent strictement nécessaires dans une Société démocratique. C'est pourquoi toute évolution des attributions des autorités policière et judiciaire ayant pour objet ou pour effet de s'affranchir de ces principes révèle une opposition plus ou moins explicite à l'idée de Sûreté.

Avant de promouvoir la latitude la plus élevée du pouvoir répressif, une telle opposition se traduit d'abord par la volonté d'assurer l'hégémonie de la régulation pénale dans le règlement des conflits au sein de la Société. Trahissant non seulement une hostilité particulièrement vive à l'égard de l'exigence de nécessité mais également une certaine irrévérence à l'égard de l'exigence de légalité, le bon sens répressif va ainsi être mobilisé pour défendre un domaine pénal le plus étendu possible (1).

A ce souci constant de repousser toujours plus loin les frontières du pénalement répréhensible, s'ajoute la revendication parallèle d'une stricte limitation de l'encadrement juridique du pouvoir répressif. Le bon sens répressif devient alors l'instrument d'une remise en cause des principes de proportionnalité et de juridictionnalité (2).

§ 1 : Une force de défense du domaine pénal.

Particulièrement méconnu aujourd'hui tant il n'a cessé d'être malmené depuis 1810, le principe de nécessité des délits et des peines constitue fort logiquement la première expression du droit à la Sûreté attaquée au nom du bon sens répressif. Le véritable réflexe pénal que nous observons de nos jours chez le législateur⁴³⁸ trouve ainsi son origine dans l'opinion plus large selon laquelle toute

437 *Infra* n°424.

438 *Infra* n°319.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

entreprise de dépénalisation ou de non pénalisation constitue en dernière analyse une forme de démission des pouvoirs publics.

Cette défense du domaine pénal sans considération de la nécessité d'une appréhension proprement répressive des comportements en cause se manifeste non seulement dans la promotion d'un domaine infractionnel le plus large possible (A), mais aussi dans la protection du domaine d'intervention du pouvoir répressif (B).

A) La défense du domaine infractionnel.

131. La volonté persistante de maintenir, sinon d'accroître, le nombre des infractions pénales, constitue une conséquence paradoxale de la consécration du principe de légalité par la codification impériale. Alors même que la pénalisation demeure perçue comme l'outil essentiel, sinon exclusif, de défense de la Société, il est désormais impossible de mettre en œuvre une procédure pénale à l'égard d'un individu sans que son comportement n'ait été préalablement incriminé. S'impose, dès lors, aux tenants du « bon sens » la nécessité de maintenir à la disposition du pouvoir répressif un éventail d'infractions suffisamment large pour lui permettre de sauvegarder l'ordre public. Dès 1810, le code pénal voit ainsi le nombre de ses infractions multiplié par deux par rapport à son homologue de 1791⁴³⁹.

Il n'est évidemment pas question de tenir toute création de nouvelles infractions pour l'expression d'une hostilité à la mise en application des exigences de la Sûreté. La recomposition régulière de l'ordre pénal est d'abord la conséquence de l'évolution des structures et des dynamiques sociales. Nombre de nouvelles infractions trouvent leur justification, totale ou partielle, dans le souci d'accompagner l'évolution économique et culturelle de la Société. C'est ainsi, en particulier, que « *la conception de l'ordre public qui se développe tout au long du XIXème siècle inclut de façon significative la dimension économique et financière* »⁴⁴⁰.

Mais à partir du moment où la progression du nombre des incriminations est intrinsèquement associée à l'efficacité de la répression, elle révèle une véritable résistance à la mise en œuvre de la

439 *Supra* n°54.

440 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *op.cit.*, p.101.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Sûreté. Une telle opposition se traduit par la promotion d'une pénalisation systématique (1), laquelle se trouve fréquemment à l'origine d'une pénalisation endémique (2).

1°) La promotion d'une pénalisation systématique.

132. Pour être fidèle aux prescriptions de l'humanisme pénal, l'incrimination ne devrait être que *la mise en forme juridique des intérêts et des valeurs auxquels l'autorité politique entend, à un moment donné, accorder une importance particulière. Les diverses formes de privation ou de restriction des libertés et des droits que constituent les peines sont en effet les sanctions les plus graves en régime démocratique* »⁴⁴¹. Aussi, une première forme d'atteinte au principe de nécessité de l'infraction s'observe à chaque fois que la création de nouveaux crimes ou délits se trouve justifiée par le souci de conférer au pouvoir répressif les instruments juridiques lui permettant de saisir des comportements qui, jusqu'à présent, lui échappaient. La pénalisation est alors réduite à une simple nécessité technique, induite par la « contrainte » que fait peser le principe de légalité sur l'action des autorités répressives face à des actes qui, pour une raison ou une autre, sont perçus comme indésirables.

En d'autres termes, la création d'une nouvelle incrimination serait justifiée par la simple existence du « vide répressif » qu'elle comble⁴⁴². Dans une telle perspective, la question du bien-fondé de l'incrimination au regard de la place du Droit pénal dans un Etat de droit devient secondaire, quand elle ne disparaît pas purement et simplement. La réduction de l'infraction à un simple support d'intervention des autorités répressives permet de justifier l'instauration de crimes et délits sans que ne soit véritablement apprécié le caractère collectif de l'intérêt protégé. C'est ainsi, par exemple, que la pénalisation progressive de l'exploitation de la prostitution au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles est marquée par l'affrontement entre ceux « *qui veulent à la fois étendre le champs de l'intervention pénale et impose des mesures médico-policières* » et « *les défenseurs de principes légalistes favorables aux libertés* »⁴⁴³. Le seul fait que l'acte en cause porte préjudice suffit à légitimer son incrimination, que l'atteinte soit causée à la collectivité ou seulement à certaines catégories sociales, voire à des intérêts purement privés⁴⁴⁴.

441 Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p. 73.

442 *Infra* n°319.

443 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *op.cit.*, p.134.

444 *Infra* n°326.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Une telle réduction dispense également le législateur de vérifier si, à supposer que le comportement perçu comme répréhensible affecte réellement l'intérêt général, cette atteinte est suffisamment importante pour justifier une réponse proprement pénale. Elle permet ainsi d'étendre le champ pénal des comportements véritablement antisociaux aux actes trahissant essentiellement un manque de civisme. Enfin, elle lui permet de s'affranchir, de la même façon, de l'examen de l'aptitude des autres modes de régulation des conflits, qu'il s'agisse d'une régulation juridique ou non juridique, à répondre au comportement supposément indésirable visé par l'infraction – au risque de faire de la réponse pénale la règle alors qu'elle ne devrait être que l'exception.

133. Une seconde forme de mise en cause du principe de nécessité, plus récente, résulte de la croyance du législateur en l'effet performatif de la loi pénale, c'est-à-dire l'opinion selon laquelle la seule incrimination d'un comportement aurait un effet intrinsèque sur sa survenance⁴⁴⁵. Inversement, toute tentative de dépénalisation se trouve, dans une telle perspective, immédiatement perçue comme le désarmement coupable des pouvoirs répressifs face au crime. Ce rapport presque magique à l'infraction pénale nourrit un discours qui, au seul motif de son effet supposé sur l'activité délictueuse, s'oppose à la suppression des infractions existantes et en soutient la création de nouvelles. Un discours qui jamais ne questionne leur lien avec l'intérêt général, l'intensité du trouble à la cohésion sociale causé par l'acte incriminé ou l'aptitude de modes alternatifs de régulation à y répondre. Il explique également qu'un tel discours soit également mobilisé en faveur du maintien ou de la création de circonstances aggravantes, du maintien ou de l'élévation de la qualification infractionnelle d'une incrimination, ou enfin, du maintien ou de l'aggravation de la pénalité encourue au titre de telle ou telle infraction. L'un des arguments opposé avec le plus de constance à l'abolition de la peine de mort fut ainsi l'appel au crime qu'elle risquait d'induire⁴⁴⁶.

Qu'ils se fondent sur une conception essentiellement utilitaire de l'infraction ou, souvent de concert, sur la croyance en l'effet performatif de la loi, ces principes de législation sont à l'origine d'une pénalisation endémique, qui n'est qu'un autre symptôme de l'abandon pur et simple du principe de nécessité.

⁴⁴⁵ *Infra* n°322.

⁴⁴⁶ Relevons, entre autres, les propos particulièrement édifiants de Maurice BARRÈS lors des débats à la chambre des députés le 3 juillet 1908 : « *Si nous supprimons la peine de mort, si nous faisons cette expérience de désarmement, au risque de qui sera-t-elle faite ?* » In *La peine de mort, de Voltaire à Badinter*, Flammarion, coll. Etonnants Classiques, Paris, 2001, p.86.

2°) le développement d'une pénalisation endémique.

134. Une autre façon de déterminer si l'extension du domaine infractionnel marque véritablement une hostilité au principe de nécessité consiste, non plus à interroger la finalité de l'incrimination nouvelle, mais à questionner son utilité proprement répressive au regard du droit positif. Particulièrement prégnantes de nos jours, les diverses formes de pénalité surabondante s'opposent, par hypothèse, à la volonté des inventeurs du droit pénal républicain d'une stricte limitation du champs pénal. La dynamique de sur-incrimination qui affecte de façon croissante l'ordre pénal, c'est-à-dire le mécanisme qui voit le législateur incriminer tel ou tel acte alors même que ce dernier se trouve déjà appréhendé par un voire plusieurs autres textes répressifs, en constitue une première illustration⁴⁴⁷. Une telle dynamique trahit bien évidemment une méconnaissance flagrante du principe de nécessité de l'infraction, puisque l'on ne pose même plus la question de l'existence d'une précédente incrimination de l'acte avant d'en créer une nouvelle...

Mais il s'agit tout autant d'un développement certain de l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif, le choix de poursuivre un fait unique selon telle ou telle qualification ou en retenant telle ou telle circonstance aggravante étant laissé à la discrétion de l'autorité de poursuite. Le Code pénal regorge d'incriminations alternatives dont les pénalités encourues peuvent varier de façon importante. Ainsi en est-il, par exemple, des délits de vol avec violence et d'extorsion⁴⁴⁸, de rébellion et de violences volontaires sur agent de la force publique⁴⁴⁹ ou, de façon plus édifiante encore, de consommation et de détention de stupéfiants⁴⁵⁰.

135. Au delà de cette redondance incriminatoire, cette tendance à la sur-pénalisation s'observe aussi dans l'application, à un fait unique, de plusieurs qualifications pénales distinctes. Les différentes hypothèses de cumul idéal d'infractions apparaissent ainsi comme autant d'entorses au principe de nécessité. Ce dernier commandant de ne recourir à la régulation pénale qu'en derniers recours, comment justifier que l'on applique à un fait unique une incrimination alors que celui-ci se trouve

447 V. Valérie MALABAT., « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald OTTENHOF : Le champ pénal*, 2006, p.155-165.

448 Dont les peines sont respectivement fixées à cinq et sept ans d'emprisonnement par les articles 311-4 et 312-1 du Code pénal.

449 Dont les peines sont respectivement fixées à un et trois ans d'emprisonnement par les articles 433-6 et 222-13 du Code pénal.

450 Dont les peines sont respectivement fixées à 1an et... 10 ans d'emprisonnement par l'article L.3421-1 du Code de la santé publique et 222-37 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

déjà poursuivi sur le fondement d'une autre infraction ? A supposer qu'elle soit réelle, l'existence de différentes valeurs sociales protégées par des infractions en concours devrait nous conduire à déterminer laquelle se trouve la plus affectée par l'acte délictueux, non à lui appliquer plusieurs qualifications pénales.

Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour de cassation, qu'il s'agisse du cumul des incriminations délictuelles et contraventionnelles⁴⁵¹, du cumul des incriminations de droit commun et des incriminations douanières⁴⁵² ou, plus généralement, du cumul d'incriminations réputées protéger des valeurs sociales différentes⁴⁵³. Ainsi les dispositions relatives au cumul réel d'infractions trouvent un domaine d'application particulièrement étendu, élargissant du même coup le panel de sanctions encourues⁴⁵⁴.

136. La dernière manifestation de cette propension à une pénalisation endémique se retrouve dans l'existence d'incriminations floues ou imprécises, qui constituent autant d'atteintes indirectes au principe de légalité et son corollaire immédiat, l'exigence de précision de la loi⁴⁵⁵. Dès lors que l'imprécision du texte répressif est telle qu'il permet d'appréhender de façon extensive, sous couvert d'une seule et même infraction, des comportements nombreux et disparates, l'objectif de préservation du citoyen de l'arbitraire que poursuit l'exigence d'une incrimination préalable n'apparaît que très partiellement rempli. Or, de la rédaction extrêmement lâche des infractions réprimant les atteintes à la sûreté de l'Etat dans le code pénal de 1810⁴⁵⁶, au remplacement du délit de coups et blessures volontaires par celui – infiniment plus extensif – de violences volontaires dans le code pénal de 1994⁴⁵⁷, le maintien ou la création d'incriminations trop imprécises, demeure un facteur d'érosion du principe de légalité. La promotion d'un domaine d'action du pouvoir répressif plus ou moins extensif participe du même mouvement.

451 Cass. Ch. Réun., 7 juin 1842 ; la solution est aujourd'hui consacrée par l'article 132-7 du Code pénal.

452 Crim. 4 septembre 2002, Bull Crim. N°157.

453 Crim., 3 mars 1960, Bull Crim. n° 138.

454 L'article 132-3 dispose ainsi que « *lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé* ».

455 *Supra* n°14.

456 Jean Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 441

457 Articles 222-11 et suivants du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) La défense du domaine d'intervention des autorités répressives.

L'omniprésence du pouvoir répressif dans la régulation des conflits à tous les niveaux de la vie sociale ne choque pas nécessairement le pénaliste contemporain. Pourtant, de la même façon qu'il impose de ne pas étendre indéfiniment le champs infractionnel, le principe de nécessité suppose que l'exercice des poursuites pénales ne revête pas de caractère systématique. Dans un ordre juridique où la Liberté est le principe, le pouvoir répressif doit normalement intervenir sur plainte ou sur signalement et non au terme d'une surveillance plus ou moins étendue de la population.

Derrière l'invocation du bon sens, le souci de préserver le domaine d'intervention du pouvoir répressif face aux autres formes de réponse à des faits potentiellement délictueux (1) et, plus encore, celui de l'étendre indéfiniment au détriment de ces mêmes réponses alternatives (2), révèlent une indéniable hostilité à l'idée de Sûreté.

1°) La défense du domaine réservé.

137. Il pourrait paraître incongru de remettre en question la légitimité du pouvoir répressif à poursuivre l'ensemble des infractions pénales commises sur son domaine de compétence, particulièrement à une époque où prédomine la promesse d'une protection absolue de l'individu face à l'ensemble des comportements délictueux, si ce n'est même simplement déviants⁴⁵⁸. Certes, le principe de nécessité s'impose d'abord au législateur, invité à ne choisir la réponse pénale qu'en dernier ressort. Mais il exprime plus largement l'idée selon laquelle la régulation pénale ne doit, dans un Etat de droit, intervenir que de façon subsidiaire, en réponse à une atteinte effective et avérée à la cohésion sociale.

En d'autres termes, l'exigence de nécessité suppose de réaliser en toute hypothèse une appréciation concrète des faits en cause. C'est en évaluant ainsi leur gravité relative qu'il est possible de déterminer s'il convient véritablement de déployer à leur égard une réponse pénale avant, le cas échéant, de déterminer quel type de réponse pénale apparaît la plus adaptée. La volonté de sanctionner de façon systématique l'ensemble des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, indépendamment des circonstances de leur commission et de leur gravité relative témoigne

⁴⁵⁸ *Infra* n°227.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ainsi, sinon d'une opposition, du moins d'une indifférence certaine à l'endroit du principe de nécessité.

138. Une telle orientation conduit, en pratique, à contester systématiquement la légitimité des autres formes de régulation sociale des comportements susceptibles d'une qualification pénale. Cette entreprise de dé-légitimation se déploie d'abord à l'encontre de la régulation médicale, dont la prétention à prendre en charge les comportements potentiellement constitutifs d'infractions pénales s'affirme de façon remarquable depuis la seconde moitié du XIXème siècle pour ne jamais se démentir depuis. Ce conflit apparaît d'autant plus vif que certains représentants du corps médical témoignent d'une même volonté hégémonique, exclusive de tout autre point de vue, dans leur appréhension du phénomène criminel⁴⁵⁹.

Les artisans du bon sens répressif ne contestent toutefois la légitimité du traitement médical des auteurs d'infractions que dans la seule mesure où celui-ci est associé à l'abandon pur et simple de la réponse pénale, ou à son aménagement afin de tenir compte de leurs troubles sanitaires de l'auteur. En revanche, l'approche médicale est régulièrement convoquée au soutien de l'aggravation de la répression d'individus présentés comme intrinsèquement dangereux du fait de leurs pathologies⁴⁶⁰.

139. La volonté de protéger le domaine réservé d'intervention du pouvoir répressif se retrouve également dans le déni opposé à la régulation éducative des actes formellement délictueux, qu'elle soit d'ordre familial ou institutionnel. Depuis l'ordonnance du 2 février 1945, cette tension se manifeste, en particulier, dans les débats relatifs à la Justice des mineurs et à son objectif fondateur de promouvoir, en toutes hypothèses, le primat des mesures éducatives⁴⁶¹. Dans le même ordre d'idées, le bon sens répressif va être invoqué en opposition à la régulation sociale apportée par les différents services sociaux. Réminiscence de l'ancien droit pénal, la pénalisation rigoureuse du vagabondage et de la mendicité à partir de 1791 va contrarier, jusqu'à la Libération, la mise en place d'une véritable politique sociale de réduction de la misère⁴⁶². Au nom des mêmes impératifs de réalisme répressif, la réponse des associations de prévention, assistants de sociaux et autres éducateurs spécialisés aux comportements plus ou moins déviants des populations qu'elles prennent

459 V. Martine KALUSKZYNSKI, « La rivalité des médecins et de Juristes », in L. MUCCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p.217.

460 *Supra* n°67.

461 *Infra* n°155.

462 V. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *op.cit.*, p.146 à 149.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

en charge ne cesse aujourd'hui d'être remise en cause⁴⁶³.

Si elle est indéniable, la mise en cause du droit à la Sûreté que révèle cette forme de défense du domaine d'intervention du pouvoir répressif peut cependant demeurer relativement limitée en pratique. Ainsi en sera-t-il tant qu'elle s'exprime comme la tentative, plus ou moins heureuse, d'empêcher « l'ingérence » des modes alternatifs de régulation d'actes ou de situations potentiellement délictueuses effectivement portées à la connaissance des autorités répressives. Bien plus attentatoire s'avère, en revanche, la propension plus contemporaine à l'extension du champs d'action des autorités répressives.

2°) L'extension du domaine d'intervention.

140. Si elle s'exprime particulièrement de nos jours, la tendance à l'extension du domaine d'action du pouvoir répressif au delà d'un cadre strictement judiciaire apparaît à l'état latent dès l'origine du droit pénal moderne. Les codes impériaux s'inscrivent en effet dans le projet plus large d'une surveillance généralisée de la population, regroupant « *tous les instruments de la répression politique telle que l'Etat jacobin l'avait pratiqué, avec cette différence toutefois que les régimes révolutionnaires l'avaient inscrite dans une législation qui se voulait exceptionnelle, au lieu que l'Empire n'hésite pas à l'intégrer dans le corpus du droit pénal commun* »⁴⁶⁴. Dans une certaine mesure, ils traduisent le projet utilitariste d'une technologie répressive au service du fantasme d'un gouvernement scientifique des hommes en Société⁴⁶⁵.

Dès lors, la volonté de garantir un traitement exclusivement répressif à tous les actes susceptibles de recevoir une qualification pénale conduit logiquement à revendiquer une forme d'intervention du pouvoir répressif qui ne soit pas conditionnée à la constatation d'un fait délictueux mais implique, au contraire, une recherche active des infractions. Dans une telle perspective, l'action des autorités répressives peut, progressivement, s'immiscer dans les sphères médicale, éducative et sociale, c'est à dire en des lieux où les actes déviants ne sont pas appréhendés selon un prisme pénal mais en fonction de la finalité propre à chaque type de régulation. Une telle immixtion, dans des espaces où

463 *Infra* n°155.

464 Jean Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 441.

465 *Supra* n°47.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

la recherche de l'infraction n'est pas la règle, impose peu à peu un traitement essentiellement punitif des populations prises en charges.

141. La tentation hégémonique de la régulation pénale se manifeste en particulier dans la manière dont est organisé l'échange d'informations entre le pouvoir répressif et les autres institutions. La mise en place d'une centralisation des informations relatives aux individus perçus comme déviants à destination des autorités policières ou judiciaires constitue à cet égard un outil privilégié de l'extension du domaine d'intervention des autorités répressives. Rendu obligatoire par la loi des 1er février et 28 mars 1792, le passeport intérieur sera ainsi, tout au long du XIX^{ème} siècle, le support d'une surveillance des populations dangereuses par les autorités municipales chargées de le viser⁴⁶⁶. Ce n'est qu'après l'adoption de textes ciblant spécifiquement les individus « à risque » avec la loi du 27 mai 1885 sur les criminels récidivistes, la loi du 26 juin 1889 sur la police des étrangers et la loi du 16 juillet 1912 sur les gens du voyage, que les pouvoirs publics se résoudront à abandonner ce dispositif⁴⁶⁷.

L'extension du domaine d'action du pouvoir répressif s'appuie également sur le caractère plus ou moins comminatoire qui s'attache, pour les institutions non répressive, à la transmission de l'information aux services de police ou au Ministère public. Dès 1808, le code d'instruction criminelle impose, en son article 29, à « *toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public* » d'aviser « *sur le champs* » le ministère public des crimes ou des délits dont ils ont connaissance à l'occasion de leurs fonctions⁴⁶⁸. Deux lectures peuvent être faites de cette obligation générale de révélation. Elle peut certes être comprise comme le souci de promouvoir la nouvelle légalité républicaine, s'imposant ainsi comme une déclinaison de l'idéal de Sûreté⁴⁶⁹. Mais elle peut également servir d'argument et de support à une exigence de plus en plus affirmée de délation mis à la charge de l'ensemble des professionnels qui, agents publics ou non, ont à connaître de comportements formellement délictueux dans le cadre de leurs fonctions, nonobstant le secret professionnel. Une telle orientation s'affirme en particulier dans la façon dont aujourd'hui sont conçues et menées les politiques de prévention de la délinquance⁴⁷⁰.

466 V. Gérard NOIRIEL, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^e à la III^e République », in *Genèses*, 30, 1998. p. 95.

467 *Ibid.*, p.100.

468 La disposition est aujourd'hui reprise à l'article 40 du Code de procédure pénale.

469 *Supra* n°13.

470 *Infra* n°404.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Souvent associée à la promotion d'une prévention coercitive de la délinquance, cette dynamique de centralisation répressive constitue l'illustration la plus radicale de démarche de défense du champs répressif qui anime les tenants du réalisme répressif dans leur résistance à la mise en œuvre de la Sûreté. Aux côtés de cette expression positive, leur opposition se manifeste également, de façon plus apparente pour le pénaliste contemporain, comme une force de modération de l'encadrement juridique et juridictionnel de l'action des autorités répressives.

§ 2 : Une force de limitation de l'encadrement juridique du pouvoir répressif.

Pour être invariablement justifiées par l'invocation des « nécessités de la répression », les différentes formes de limitation du cadre juridique de l'action des autorités policières et judiciaires ne sont pas nécessairement révélatrices d'une opposition à l'idée de Sûreté. En ce domaine, la mise en avant du bon sens peut en effet traduire une véritable intention pragmatique.

En revanche, les formes de relâchement de l'encadrement du pouvoir répressif qui trahissent l'opinion selon laquelle l'efficacité de la répression nécessite le recours à un certain arbitraire ou l'exercice d'une certaine affliction s'inscrivent dans une dynamique d'érosion plus ou moins marquée du droit à la Sûreté. Celle-ci s'appuie non seulement sur la limitation des prérogatives reconnues au justiciable (A), mais aussi sur celle du contrôle juridictionnel de l'action des autorités répressives (B).

A) La limitation des droits du justiciable.

Les différents droits reconnus au justiciable sont certes autant de limites posées à l'action des autorités répressives. Toute restriction portée à ces garanties ne peut néanmoins être considérée comme le signe d'une remise en cause du droit à la Sûreté sans donner crédit à l'opinion selon laquelle ces prérogatives feraient courir le risque d'une paralysie de la répression.

C'est dans la représentation des droits du justiciable que se révèle la croyance persistante en à la nécessité d'un certain arbitraire répressif. Celle-ci se retrouve d'abord lorsqu'ils sont explicitement

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

présentés comme autant d'entraves à l'action des services de police (1). Elle apparaît, d'autre part, dans leur assimilation à l'expression d'une mansuétude inutile, si ce n'est déplacée (2).

1°) La limitation des droits « entraves ».

142. Le Code d'instruction criminelle est l'héritier, pour l'ensemble de la phase préparatoire du procès pénal, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'ordonnance criminelle de 1670⁴⁷¹. Se traduisant par l'impossibilité pour la personne suspectée ou poursuivie d'accéder aux éléments utilisés pour fonder les décisions prises à son encontre, le secret de la procédure pénale s'y trouve justifié comme une condition *sine qua non* de l'efficacité de la répression. L'héritage de l'absolutisme pénal ne pouvant plus être officiellement revendiqué à partir de la codification impériale, le bon sens répressif sera mobilisé à l'encontre du développement du contradictoire dans la phase présentencielle du procès pénal. Il faut ainsi attendre 1984 pour que soit institué un débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire⁴⁷², tandis que la faculté pour les parties de formuler des demandes d'investigation avant procès n'est admise qu'en 1993⁴⁷³.

Or si une limitation du contradictoire peut, du point de vue des exigences de la Sûreté, être justifiée, c'est à certaines conditions. En effet, la volonté de prémunir le citoyen de l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif n'implique pas le refus de toute mesure destinée à assurer l'efficacité bien comprise des investigations. Le souci d'éviter que la déperdition d'informations sur une enquête en cours ne favorise une véritable dissimulation des preuves et fasse ainsi obstacle à l'exercice de poursuites peut même être rapporté à la volonté de conforter l'Etat de droit qui anime les inventeurs de l'humanisme pénal⁴⁷⁴. Ainsi peuvent se justifier des dispositifs juridiques organisant le recueil d'éléments de nature à établir ou à réfuter l'existence d'une infraction à l'insu des personnes concernées et, en tous cas, sans qu'elles ne soient immédiatement informées de l'ouverture d'une procédure pénale. Cependant, une telle suspension du principe du contradictoire ne respecte le droit à la Sûreté du citoyen qu'à condition d'être limitée dans le temps, de n'intervenir que de façon circonstanciée, proportionnée et sous le contrôle du juge et sous réserve que les éléments de preuve

471 *Supra* n°52.

472 Loi n°84-576 du 9 juillet 1984 *relative au placement en détention provisoire et au mandat de Justice*.

473 La loi 93-2 du 4 janvier 1993 introduit aux articles 81 et 82-4 du Code de procédure pénale, mais pour la seule procédure d'information, la possibilité pour les parties de formuler des demandes d'actes auprès du Juge d'instruction.

474 *Supra* n°13.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ainsi recueillis puissent toujours être vérifiés et discutés. Ainsi en est-il, par exemple, de l'ensemble des moyens d'investigations non contradictoires qui peuvent être décidés au cours d'une procédure d'information⁴⁷⁵.

143. Toute différente est la démarche qui consiste à assimiler par principe les différentes mesures visant à garantir l'exercice du contradictoire dans la phase pré-sentencielle du procès pénal à des entraves à l'action des autorités répressives. Une telle volonté de restreindre l'expression procédurale du contradictoire s'observe d'abord dans la limitation de l'information du justiciable, c'est à dire la possibilité qui lui est accordée de connaître, préalablement à la prise d'une décision à son égard, les éléments fondant sa mise en cause pénale. Elle s'observe corrélativement dans les restrictions affectant le droit à l'assistance d'un conseil, notamment dans l'étendue des prérogatives reconnues à ce dernier.

Or, s'il peut être différé, le droit d'accès de la personne poursuivie ou suspectée – ou de son avocat – au dossier de la procédure ne peut jamais être totalement refusé sous peine de remettre directement en cause son droit à la Sûreté. Il n'est pas davantage soutenable de lui refuser par principe un droit de participation au cours même de la procédure, soit par l'obligation de recueillir ses observations préalablement à telle ou telle décision, soit par la faculté de solliciter telle ou telle mesure d'investigation. Il faut pourtant attendre la toute fin du XIX^{ème} siècle pour que l'avocat soit autorisé à pénétrer dans le cabinet du juge d'instruction pour y assister son client après avoir pris connaissance du dossier⁴⁷⁶ et plus d'un demi-siècle encore pour qu'il puisse intervenir, d'abord de façon particulièrement restrictive, au cours de la garde-à-vue⁴⁷⁷. Encore aujourd'hui, l'accès du justiciable aux pièces de la procédure reste subordonné à la médiation de son avocat et demeure en toute hypothèse impossible au stade de l'enquête policière⁴⁷⁸. En outre, la multiplication des modes dits « simplifiés » de poursuites et de réponse pénale à l'époque contemporaine menace en pratique

475 Ainsi les éléments de preuves recueillis au moyen d'interceptions de télécommunications en application des articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale ou par captation et fixation audiovisuelle en application de l'article 706-96 du Code de procédure pénale, mesures ne pouvant être décidées que par le juge d'instruction, sont nécessairement soumis à la contradiction au cours de la procédure.

476 Loi du 8 décembre 1897 *ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits*.

477 Ce n'est qu'avec la promulgation du Code de procédure pénale, le 31 décembre 1957, qu'apparaît le droit pour la personne gardée à vue de s'entretenir avec son avocat mais il faut, en réalité, attendre la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 pour que l'assistance de l'avocat puisse intervenir dès la première heure de la garde-à-vue.

478 *Infra* n°373.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de réduire à la portion congrue les procédures véritablement contradictoires⁴⁷⁹.

Dans un cas comme dans l'autre, transparaît l'opinion selon laquelle une trop grande information de la personne mise en cause, mais également de son conseil, serait susceptible, en tant que telle, de nuire à l'efficacité de l'enquête. Une telle hostilité dogmatique, qui insiste sur la nécessité de mettre le justiciable sous pression pour parvenir à la manifestation de la vérité, n'est jamais qu'une autre expression de la promotion d'un certain arbitraire comme condition indispensable de l'efficacité de la répression. A cette antienne des tenants du bon sens répressif s'ajoute, dans la phase postsentencielle du procès pénal, la dénonciation du caractère prétendument illégitime des prérogatives reconnues au condamné.

2°) La limitation des droits « superflus ».

144. La remise en cause des prérogatives du justiciable pénalement mis en cause au nom de leur caractère indu sinon indécent au regard de la malignité de l'acte, voire de son auteur, constitue un argument récurrent des tenants du bon sens répressif. Elle ne saurait cependant être justifiée par des considérations pragmatiques tant elle trahit au contraire l'attachement à l'idée d'une affliction nécessairement attachée à la mise en œuvre du procès pénal⁴⁸⁰. Dès 1791, la ligne rouge de la déclaration de culpabilité avait autorisé l'application au condamné d'une moindre protection de son droit à la Sûreté⁴⁸¹. La consécration formelle de la présomption d'innocence par la codification impériale interdit désormais à ses contempteurs de défendre une telle opinion à l'égard des personnes poursuivies. C'est ainsi essentiellement en matière postsentencielle que va s'observer la réticence opposée à la reconnaissance, au profit des « délinquants », de véritables garanties dans l'exécution de leur peine.

Si la restriction des droits de la défense dans la phase présentencielle du procès pénal ne traduit pas nécessairement une opposition à l'idée de Sûreté, elle ne peut, après procès pénal, trouver d'autre explication que la volonté de préserver une sanction pénale plus ou moins douloureuse pour le condamné. Le refus de lui reconnaître un véritable statut processuel révèle l'opinion selon laquelle

479 *Infra* n°257.

480 *Supra* n°76 et suivants.

481 *Supra* n°42.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

les faits qu'il a commis – si ce n'est sa « nature » profonde – lui interdiraient à l'avenir toute protection contre l'arbitraire potentiel des autorités répressives. La personne condamnée n'y est pourtant pas moins soumise, tant les décisions intéressant les modalités d'application de sa sanction comme ses conditions matérielles d'exécution sont nombreuses et importantes, notamment en ce qui concerne les peines privatives de liberté⁴⁸².

145. L'exposition de la personne condamnée à l'arbitraire répressif apparaît de façon particulièrement aiguë pour tout ce qui touche à la discipline au sein des établissements pénitentiaires. Le 8 juin 1842, annonçant la création de « *prétoires de discipline* » à l'intérieur des prisons françaises, le ministre Duchâtel soulignait ainsi que « *la distribution d'une justice exacte et irréprochable est, s'il est permis de le dire, plus nécessaire encore dans les prisons que dans la société* », notamment en raison « *de la situation particulière des condamnés, qui se trouvent dans un état de servitude légale* »⁴⁸³. Si la mise en place de ces instances permet de rompre avec la toute puissance des directeurs de prisons qui sévissait jusqu'alors, il faut pourtant attendre le Code de procédure pénale de 1958 pour que la procédure disciplinaire soit réglementée autrement que par instructions ou circulaires ministérielles⁴⁸⁴. Et ce n'est qu'en 1995 qu'est admis le recours contentieux contre les décisions rendues par la commission de discipline des établissements pénitentiaires⁴⁸⁵.

Un constat similaire peut être dressé s'agissant de l'introduction de procédures contradictoires préalables aux décisions relatives à l'aménagement des peines restrictives ou privatives de liberté. Institué par le Code de procédure pénale en 1958, le juge de l'application des peines ne dispose alors que de prérogatives administratives. Son accession à une pleine juridictionnalité et l'attribution corrélative de véritables garanties processuelles à la personne condamnée se feront très lentement. Le décret n° 64-735 du 20 juillet 1964 et surtout les lois n°72-1226 du 29 décembre 1972 sur l'exécution des peines et n°75-624 du 11 juillet 1975 organisent un embryon de contradiction au sein de la commission d'application des peines pour les décisions de permissions de sortir, de réduction des peines puis pour les mesures de semi-liberté, de placement extérieur et de libération

482 V. Pierrette PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, Paris, 2001.

483 L.M MOREAU-CHRISTOPHE, *Code des prisons*, Paris, Imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p.381 et 382.

484 Les règles relatives au règlement intérieure et à la procédure disciplinaire sont aujourd'hui fixées par les articles D243 à D286 du Code de procédure pénale.

485 CE Ass., 17 février 1995, HARDOUIN et MARIE ; A.J. 1995.379.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

conditionnelle. Mais il faut attendre les lois n°2000-516 du 15 juin 2000 et 2004-204 du 9 mars 2004 pour que soit consacré le principe d'un débat contradictoire préalable aux décisions d'aménagement des sanctions pénales⁴⁸⁶.

Seul cet essor juridictionnel a pu garantir au justiciable, outre le droit à une procédure pleinement contradictoire incluant l'assistance d'un avocat et l'accès au dossier, une véritable motivation des différentes décisions relatives à l'exécution de sa condamnation. Qu'à peine cette nouvelle architecture mise en place, le législateur ait entrepris de la déconstruire en instituant des procédures « simplifiées » d'aménagement de peine, ne laisse pas d'interroger sur la particulière difficulté à faire reconnaître le droit à la Sûreté des personnes condamnées⁴⁸⁷.

D'une façon générale, l'existence d'un contrôle juridictionnel plus ou moins étendu sur les mesures coercitives prises à l'égard du justiciable s'avère en effet un baromètre particulièrement significatif de son niveau de protection. Aussi, les différentes modalités par lesquelles les tenants du bon sens répressif entendent limiter l'office du juge constituent autant de facteurs d'érosion de l'ordre pénal républicain.

B) La limitation de l'encadrement juridictionnel du pouvoir répressif.

Depuis les premières formulations du libéralisme pénal, l'exigence d'un contrôle juridictionnel de la répression constitue l'un des piliers de l'ordre pénal républicain⁴⁸⁸. Là encore, sa consécration formelle par la codification impériale ne permet plus guère l'expression d'un refus de principe d'une tutelle judiciaire sur l'action des autorités répressives.

Si l'on réserve l'hypothèse spécifique d'une répression extra-judiciaire particulièrement importante⁴⁸⁹, la limitation du contrôle opéré par le juge pénal sur l'action des autorités répressives va ainsi se manifester d'une façon plus insidieuse et toujours, bien évidemment, au nom du bon sens.

486 Articles 712-6 et suivants du Code de procédure pénale.

487 *Infra* n°387

488 *Supra* n°18.

489 *Infra* n°176.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

C'est ainsi que s'observe depuis la formation du droit pénal moderne une tendance certaine à promouvoir la limitation du contrôle de légalité des actes du pouvoir répressif (1) et, plus encore, du contrôle de leur proportionnalité (2).

1°) La limitation du contrôle de légalité.

146. Bien sûr, l'invocation du bon sens répressif ne conduit pas ses promoteurs à défendre, au nom de l'efficacité, une répression s'affranchissant purement et simplement du cadre légal. Il existe néanmoins une forme de limitation du contrôle de légalité dans les conditions posées à la faculté, pour les parties comme pour le juge, de soulever et de constater les violations des règles de la procédure pénale par les autorités répressives. Au titre des arguments les plus couramment opposés à la progression du droit à la Sûreté du justiciable figure en effet en bonne place la dénonciation du risque de « paralysie » qu'une définition trop pointilleuse des attributions des autorités répressives ferait courir à l'efficacité de l'enquête⁴⁹⁰. La promotion d'un régime des nullités plus ou moins restrictif s'inscrit parfaitement dans cette croyance plus générale en la nécessité d'un certain arbitraire répressif.

Les conditions portées à la possibilité de faire valoir, au cours du procès pénal, la violation de dispositions procédurales peuvent toutefois révéler une authentique intention pragmatique. Certes, le principe de légalité commande, en toute rigueur, que les actes des autorités répressives ne s'affranchissent du cadre de la loi pénale à aucune exception. Il doit néanmoins pouvoir se concilier avec la volonté de prévenir le détournement de cette exigence à des fins purement dilatoires. C'est en ce sens que, depuis la loi n°93-1013 du 24 août 1993 « portant réforme de la procédure pénale », l'annulation d'une pièce de procédure est expressément conditionnée à la constatation d'un grief consécutif à la violation de la règle en cause⁴⁹¹. L'encadrement textuel de l'action du pouvoir répressif ne constitue pas une fin en soi mais vise à préserver le justiciable de l'arbitraire potentiel des autorités policière et judiciaire. Dès lors, rien n'exige que la méconnaissance d'une règle de procédure n'ayant, en réalité, aucune incidence sur le respect des droits de la personne entraîne l'annulation de l'acte en cause.

⁴⁹⁰ *Supra* n°72.

⁴⁹¹ L'article 802 du Code de procédure pénale dispose ainsi « *qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

147. Toute différente est la position qui conduit, derrière l'invocation du « risque » de la nullité, à vouloir limiter strictement les cas dans lesquels il peut être soulevé, sans préjudice de la gravité de l'atteinte portée aux droits des parties. Dans une telle perspective, le souci de préserver effectivement les garanties fondamentales du justiciable est mis en balance avec la mise en garde contre la potentielle mise à néant du travail des enquêteurs et des magistrats, au « prétexte » de l'omission ou de la méconnaissance de règles de procédure pénales, fussent-elles substantielles. C'est ainsi que, présentant une disposition excluant la nullité pouvant découler d'une qualification abusive de faits en bande organisée (et des pouvoirs exorbitants conférés, consécutivement, aux autorités répressives), le rapporteur au Sénat du projet de loi portant adaptation de la justice pénale aux évolutions de la criminalité affirme qu'« *il serait particulièrement préjudiciable à l'efficacité de la procédure pénale qu'un changement de qualification entraîne la nullité des actes régulièrement accomplis sur le fondement de la qualification erronée* »⁴⁹².

148. Pareille inclination peut, dans une certaine mesure, être relevée derrière l'interdiction faite au juge pénal par la Cour de cassation de relever d'office les nullités des procédures dont il à connaître⁴⁹³. A priori, les magistrats ne peuvent en effet guère être suspectés de soulever la violations de règles procédurales dans un but dilatoire. La restriction ainsi posée au contrôle de légalité de l'action du pouvoir répressif qu'ils ont vocation à exercer ne peut dès lors se comprendre que comme le souci de faire prévaloir l'effectivité de la répression sur sa régularité. Elle trahit une conception de l'efficacité répressive inexorablement liée à l'idée d'un arbitraire nécessaire.

Il est à noter cependant que, sous l'influence croissante de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans l'interprétation et l'application de la norme pénale, la plupart des limites posées à l'exercice d'un contrôle juridictionnel de légalité sont en voie de disparition. En ne fixant aucune restriction à la justiciabilité des droits protégés et en affranchissant le juge national de l'écran législatif lui interdisant de se référer directement aux règles supra légales, le droit européen des droits de l'Homme a considérablement élargi le domaine d'application potentiel du contrôle de légalité juridictionnel. Il ne lui fixe en réalité plus d'autres limites que l'audace des tribunaux⁴⁹⁴. L'étendue du contrôle juridictionnel de la proportionnalité des

492 Sénat, rapport n°441 de la session ordinaire 2003-2004, Paris, 24 juillet 2003, p 85.

493 *V.* par exemple Crim. 25 février 1991, Bull. Crim., n°94.

494 *V.* Frédéric SUDRE, *op.cit.* p.10.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

actes du pouvoir répressif demeure, par comparaison, relativement limité.

2°) La limitation du contrôle de proportionnalité.

149. Au delà du respect formel du cadre légal de l'intervention des autorités répressives, l'effectivité d'un examen juridictionnel de la juste proportion entre la finalité et les modalités de leur action s'avère déterminante du degré de protection réel de la Sûreté du citoyen. Afin de prémunir les services enquêteurs d'une intervention juridictionnelle réputée entraver leurs investigations, les tenants du « bon sens » prétendent cependant éviter purement et simplement le contrôle de proportionnalité ou, à tout le moins, le différer. Cette tendance au contournement du juge pénal explique d'abord le poids considérable et aujourd'hui croissant d'un pouvoir répressif administratif pénal et extra-pénal⁴⁹⁵.

Mais elle s'exprime plus largement dans les différentes limites posées au pouvoir de contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures coercitives prises par les services de police. Contrairement à ce qui se pratique dans la plupart des autres pays de l'Union européenne – à l'exception notable du Royaume Uni, le placement en garde-à-vue d'un individu demeure ainsi un pouvoir propre de l'officier de police judiciaire⁴⁹⁶. De la même façon, il peut seul décider de l'opportunité d'une perquisition⁴⁹⁷. Or une telle éviction du contrôle juridictionnel ne peut se faire sans priver de toute consistance la garantie de proportionnalité de la répression dont est supposé bénéficier le suspect. Seule la nécessité avérée de sauvegarder sans délais des éléments de preuve utiles à la manifestation de la vérité peut justifier l'absence d'approbation préalable de l'autorité judiciaire, comme c'est notamment le cas en matière de flagrance⁴⁹⁸.

150. Le contrôle de proportionnalité du juge pénal se trouve pareillement amoindri à chaque fois que l'exigence de motivation de décisions autorisant ou ordonnant des mesures coercitives fléchit. L'obligation faite à l'autorité judiciaire de justifier, au regard de la loi et des circonstances de l'espèce, en quoi la mesure coercitive s'avère nécessaire et proportionnée à la gravité relative des faits, constitue en effet la garantie principale si ce n'est exclusive du respect effectif du principe de

⁴⁹⁵ *Infra* n°177.

⁴⁹⁶ Article 63 du Code de procédure pénale.

⁴⁹⁷ Articles 56 et 76 du Code de procédure pénale.

⁴⁹⁸ Article 53 du Code de procédure pénale, qui vise « *le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

proportionnalité. Une telle exigence ne peut, du point de vue des exigences de protection de la Sûreté, souffrir d'aucune exception et elle s'impose d'autant plus lorsque la décision est prise de façon non contradictoire. Les exigences de motivation relatives aux mesures coercitives présentencielles sont pourtant longtemps restées fort modestes. Ainsi faut-il attendre 1970 pour que la motivation de la détention provisoire soit imposée en matière correctionnelle⁴⁹⁹ et 1989 pour qu'elle le soit en matière criminelle⁵⁰⁰. Et ce n'est qu'en 2011, après que le dispositif alors en vigueur ait été censuré par la Cour européenne des droits de l'homme puis par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, qu'une véritable motivation de la prolongation de la garde-à-vue s'impose à l'autorité judiciaire⁵⁰¹.

L'effectivité de proportionnalité de la répression s'avère plus incertaine encore en matière postsentencielle, dans la mesure où certaines mesures coercitives ne sont soumises à aucun contrôle du juge pénal, notamment en ce qui concerne les peines d'emprisonnement. Certes, l'essor juridictionnel remarquable qui caractérise la phase d'application des peines depuis l'année 2000 offre aujourd'hui au justiciable une réelle garantie de motivation des décisions relatives à l'aménagement de sa sanction. Mais les modalités concrètes d'exécution de la peine privative de liberté demeurent largement soumises à l'appréciation plus ou moins discrétionnaire de l'Administration pénitentiaire. Ainsi en est-il, notamment, de cette mesure particulièrement coercitive que constitue le placement à l'isolement, dont la décision ne fait toujours l'objet d'aucun contrôle de l'autorité judiciaire⁵⁰².

151. L'amoindrissement du contrôle de proportionnalité s'observe en dernier lieu dans les différentes limitations apportées à la latitude du juge dans le prononcé de la sanction pénale. En interdisant au juge de tenir compte des spécificités de l'espèce et de la gravité relative des faits, la fixité des peines revient à substituer à l'arbitraire du juge celui de la loi. L'idée de proportionnalité, exhortation faite au juge répressif de ne prononcer à l'égard du condamné qu'une peine strictement mesurée à l'atteinte effectivement causée à la cohésion sociale par son délit, commande que lui soit

499 Article 1er de la Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 *relative à la garantie des droits individuels des citoyens*.

500 Article 5 de loi n°89-461 du 6 juillet 1989 *modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire*.

501 Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 *portant réforme de la garde-à-vue*.

502 L'article 726-1 du Code de procédure pénale dispose ainsi que le placement à l'isolement est décidé par l'autorité administrative, le simple « avis » de l'autorité judiciaire n'étant recueilli que lorsque la prolongation de cette mesure est envisagée au delà d'un an.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

laissée, dans certaines limites et dans un cadre préalablement déterminé, une certaine faculté d'appréciation⁵⁰³. Sa remise en cause à l'époque contemporaine ne vise donc guère à prémunir le justiciable de l'arbitraire. S'inscrivant dans le contexte plus large d'une marginalisation de l'office du juge pour laisser la place à une répression de plus en plus automatique, elle traduit bien au contraire une hostilité certaine à l'idée de Sûreté⁵⁰⁴.

Derrière la mise en avant du bon sens répressif se cache ainsi une force de défense du domaine d'application du droit pénal et d'intervention de ses agents d'exécution, doublée d'une force de limitation de l'encadrement procédural et juridictionnel de l'action des autorités répressives. Son invocation a dès lors pour principal effet d'atténuer l'effectivité du droit à la Sûreté dans ses différentes déclinaisons juridiques. Cette tendance lourde à la modération va trouver une forme d'expression sensiblement plus radicale avec la promotion parallèle de régimes répressifs dérogatoires.

503 *Supra* n°17.

504 *Infra* n°385.

SECTION 2 : UNE FORCE DE DÉROGATION

152. Depuis le milieu des années 1990, « *les politiques antiterroristes contemporaines contribuent [...] à (re)fabriquer en permanence des sociétés clivées entre individus « conformes » et individus « déviants », redevables de traitements différents : les premiers continuent à bénéficier de la protection et des libertés démocratiques, alors que les seconds sont soumis à des pratiques d'exception* »⁵⁰⁵. Au delà du domaine très particulier de l'antiterrorisme, une telle forme de clivage se trouve au principe de l'avènement de nombre de régimes dérogatoires, qu'ils s'appliquent à certaines catégories d'infractions ou certains types de justiciables.

Invariablement justifiée par un souci affiché de pragmatisme et, de plus en plus, de réalisme répressif⁵⁰⁶, cette entreprise de dérogation pourrait s'analyser comme une force d'érosion de l'ordre pénal républicain relativement semblable à la dynamique générale d'atténuation du droit à la Sûreté menée au nom du bon sens répressif. Dans un cas comme dans l'autre, c'est avant tout le relâchement de l'encadrement procédural du pouvoir répressif qui est avant tout recherché. Dans un contexte d'élévation continue du niveau de protection du citoyen contre l'arbitraire du pouvoir répressif – du moins jusqu'à une période récente⁵⁰⁷, l'effet modérateur induit par les régimes dérogatoires peut ainsi apparaître relativement limité.

Il faut cependant considérer que la résistance à la mise en application effective de la Sûreté qui anime la plupart d'entre eux est une force sélective, qui s'appuie paradoxalement sur sa consécration comme paradigme de notre ordre répressif. Les zéloteurs du bon sens reconnaissent ici la nécessité de respecter, d'une façon générale, les garanties fondamentales du justiciable pénalement mis en cause. Ainsi croient-ils pouvoir tirer argument de la particulière gravité de tel type de contentieux ou de la particulière dangerosité de tel ou tel catégorie de « délinquant » pour justifier une mise à l'écart plus ou moins importante de ces garanties.

Une telle inversion du raisonnement, où la Sûreté tend à devenir l'exception dans la définition du

505 Didier BIGO, Laurent BONELLI, Thomas DELTOMBE (dir.), *op.cit.*, p. 10.

506 *Infra* n°223.

507 *Supra* n°112.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

régime répressif applicable, emporte bien évidemment des conséquences très importantes sur l'effectivité de sa protection. En premier lieu, elle permet de justifier une remise en cause de ses différentes expressions particulièrement poussée, pouvant aller jusqu'à une dispense générale de proportion dans l'exercice de la répression. Elle pose, ensuite et surtout, les jalons d'un modèle répressif alternatif, dans lequel la Sûreté perd progressivement son rôle de paradigme, au profit d'une nouvelle ligne directrice bientôt verbalisée à travers la promotion d'un principe directeur d'efficacité répressive⁵⁰⁸.

Les prémisses de ce nouveau leitmotiv se laissent deviner dans les deux formes principales de dérogation pénale. Qu'elle soit justifiée par la personnalité du justiciable (1) ou par la nature du contentieux (2), elle tend à devenir l'instrument de l'accroissement de l'arbitraire du pouvoir répressif.

§ 1 : La dérogation rationae personae, instrument d'une pénalité exorbitante.

Plus encore que les dispositions organisant le relâchement plus ou moins marqué de l'encadrement juridique du pouvoir répressif, les diverses règles réservant à certaines catégories de justiciables un traitement pénal spécifique méritent d'être minutieusement étudiées. Déclinaison élémentaire de l'exigence d'une répression proportionnée, le principe d'individualisation de la peine commande que soit toujours prise en compte, lors du prononcé de la sanction, la personnalité du condamné – et rien n'exige que cette prise en compte lui soit nécessairement favorable.

Aussi, pour déterminer dans quelle mesure les dérogations établies à l'égard de telle ou telle catégorie d'individus trahissent une hostilité à l'idée de Sûreté, faut-il analyser non seulement quelles en sont les conséquences juridiques, mais également de quelle façon sont construites les typologies présidant à la ventilation des régimes répressifs. En d'autres termes, c'est essentiellement quand elle tend à priver tel ou tel type de justiciable de ses garanties fondamentales par principe, que la norme dérogatoire peut être considérée comme la marque d'une telle opposition.

C'est ainsi que peuvent être mises en exergue deux figures du « délinquant » qui n'ont d'autre effet si ce n'est d'autre objet que de contribuer à éroder l'ordre pénal républicain. Il s'agit, d'abord, de la

⁵⁰⁸ *Infra* n°305.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

figure de l'incorrigible ou de l'irréductible, dont les droits s'amenuisent à mesure qu'il « persiste » dans la voie criminelle (A). Il s'agit plus encore de la figure du monstre, véritable négatif de l'image du malade mental, qui permet d'inverser à son encontre le sens de la répression (B).

A) La répression exorbitante de « l'incorrigible ».

De façon récurrente et évidente, c'est d'abord la figure du récidiviste qui nourrit la rhétorique visant à tirer argument de l'incapacité supposément avérée de certains individus à respecter la loi pour déployer à leur encontre une pénalité extraordinaire (1).

Moins évident, mais peut-être plus radical encore, constitue le traitement pénal spécifique réservé à l'enfance délinquante par les tenants du bon sens répressif. Derrière l'opposition au développement d'une justice des mineurs à la finalité éducative, se cache en effet une tendance lourde à réserver aux enfants un régime répressif paradoxalement plus coercitif que celui des adultes (2).

1°) La répression du récidiviste.

153. Dès que la Justice pénale a compté au rang des attributions exclusives des pouvoirs publics, la question de la récidive a émergé comme une obsession cyclique du pouvoir répressif⁵⁰⁹. Déjà, sous l'ancien régime, la répression du « relaps » s'avérait, au moins dans les textes, d'une particulière sévérité et même d'une barbarie certaine. Ainsi les diverses peines corporelles et, notamment, les mutilations, « *avaient aussi une fonction de marque, pour permettre la reconnaissance des récidivistes* »⁵¹⁰. Lors des débats qui voient l'avènement du Code pénal de 1810, l'invocation de la récidive sert grandement le retour en force de l'idée d'affliction nécessaire de la répression et pèsera lourd à l'heure de rétablir les peines corporelles. Présentant la nouvelle pénalité impériale, Target affirme ainsi que « *la marque est d'un des moyens les plus efficaces pour constater les récidives dont il est si important de s'assurer* »⁵¹¹.

Sous la troisième République, c'est encore la récidive qui fonde l'adoption de la loi du 27 mai 1885

509 V. Bernard SCHNAPPER, « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », in *Voies nouvelles en histoire du droit*, PUF, Paris, 1991, p.313 à 351.

510 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 294.

511 G.B. TARGET, *op.cit.* p. 3

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

– laquelle organise, à travers un dispositif de relégation particulièrement radical, l'aggravation considérable de la répression de ceux que l'on nomme alors les « *repris de Justice* ». Commentant le nouveau dispositif législatif, René Garraud nous explique ainsi que « *pour ces irréductibles, la loi crée une peine dont l'objet principal est d'éliminer de France continentale les individus qui se font du crime une profession* »⁵¹². Se substituant, aux côtés de l'interdiction de séjour, à la peine de surveillance de haute police instituée par le Code pénal de 1810⁵¹³, la relégation restera en vigueur jusqu'en 1970. A cette date, elle est remplacée par la mesure de tutelle pénale, qui substitue à la déportation du condamné une mesure coercitive préventive d'une durée maximale de dix ans s'exécutant soit en établissement pénitentiaire, soit sous le régime de la libération conditionnelle⁵¹⁴.

En soi, le principe d'une aggravation de la répression fondée sur la commission renouvelée d'infractions par un individu ne porte pas atteinte à l'idée de Sûreté. Le souci d'une sanction pénale adaptée à la personnalité du condamné participe de l'exigence générale de proportionnalité. L'indifférence sinon l'hostilité aux fondements de la coexistence sociale que peut révéler la multiplication des actes délictueux constitue, à n'en point douter, un critère d'appréciation de la gravité relative des faits.

154. Toute différente est la conception, héritée de l'absolutisme pénal, qui tend à tirer argument de cette réitération pour construire l'image de l'altérité absolue du « récidiviste » et justifier ainsi l'application à son encontre d'une répression sans entraves. Sous l'ancien droit pénal « *si [la récidive] donne systématiquement lieu à une punition aggravée, c'est surtout parce que « l'habitude de délinquer » (consuetudo delinquendi) manifeste de façon évidente l'incorrigibilité du délinquant, son inaptitude au repentir et à l'amélioration, sa « perversité » inguérissable* »⁵¹⁵. Dans une telle perspective, loin d'être respecté, le principe de proportionnalité se trouve purement et simplement écarté, au motif de l'indignité du justiciable que manifeste sa persistance dans le chemin de la

512 René GARRAUD, *La Relégation et l'interdiction de séjour, explication de la loi du 27 mai 1885*, Paris, Larose et Forcel, 1886, p.2.

513 Définie à l'article 44 du Code pénal, elle vise à « *donner au gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, après qu'il aura subi sa peine, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement : toute personne pourra être admise à fournir cette caution. Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement, qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départements de l'empire* ».

514 Article 33 de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970. La tutelle pénale sera elle même abrogée par la loi n°81-82 du 2 février 1981, dite « sécurité et liberté ».

515 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p. 281.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

délinquance. C'est pourquoi les conceptions qui motivent l'application aux personnes condamnées en état de récidive de sanction pénales potentiellement plus élevées éclairent, au moins autant que leurs modalités, sur le degré de résistance à la mise en œuvre du droit à la Sûreté.

Deux types de dispositions apparaissent à cet égard particulièrement révélatrices de la rémanence de la conception absolutiste. La propension à étendre indéfiniment le champ d'application de l'état de récidive légale en constitue une première illustration. Cette extension peut résulter de l'allongement du délai d'épreuve, au cours duquel la commission d'une nouvelle infraction emportera l'état de récidive légale. En substituant la peine encourue à la peine prononcée pour déterminer son premier terme, le Code pénal de 1994 aura ainsi considérablement élargi son domaine d'élection⁵¹⁶. Mais celui se trouve étiré de façon plus lâche encore par l'assimilation, au regard de la récidive, de plusieurs infractions différentes⁵¹⁷. Selon un biais que l'on retrouve s'agissant des dérogations *rationae materiae*⁵¹⁸, cette démarche peut conduire, par un effet de dilatation, à l'édification d'un véritable statut pénal alternatif – par hypothèse défavorable – aux individus condamnés en état de récidive. Selon une typologie plus ou moins extensive, toute une catégorie de justiciables peut ainsi se trouver privée de la garantie générale de son droit à la Sûreté.

La deuxième manifestation de l'héritage absolutiste s'observe avec l'ensemble des dispositions organisant une aggravation systématique voire mécanique de la répression dès lorsqu'est relevé l'état de récidive. Il s'agit là encore d'une mise à l'écart pure et simple du principe de proportionnalité, les autorités répressives étant placées dans l'incapacité totale ou partielle de prendre en compte la gravité relative des faits ou la personnalité de l'auteur pour déterminer la sanction pénale. Une telle rigidité répressive peut ainsi se retrouver dans la plus ou moins grande latitude laissée au juge pour relever, ou non, l'état de récidive, dans les limites posées à son pouvoir d'appréciation de la peine ou encore dans les restrictions portées aux possibilités d'aménagement de celle-ci⁵¹⁹. A chaque fois, l'invocation du péril récidiviste s'impose comme une arme de prédilection au soutien de la prise en compte des « impératifs de la répression ». Il figure en bonne place dans les arguments couramment mobilisées au soutien d'une inversion de la spécificité de la répression des mineurs.

516 Articles 132-8 à 132-10 du Code pénal.

517 Articles 132-16 à 132-16-5 du Code pénal.

518 *Infra* n°170.

519 *Infra* n°306.

2°) La répression contrariée de l'enfant.

155. Il pourrait paraître incongru de faire figurer, au titre des différentes formes de dérogations inspirées par le bon sens répressif, le droit pénal des mineurs. Certes, ce dernier constitue, depuis sa refondation en 1945, la cible privilégiée de ses thuriféraires, dénonçant son incurie voire son laxisme à l'égard d'une forme de délinquance régulièrement présentée comme particulièrement préoccupante. Mais, précisément, le rapport spécifique qu'entretient le pragmatique et plus encore le « réaliste » répressif avec l'enfance délinquante s'avère éminemment représentatif du sens profond de ses conceptions, qu'il s'agisse de la résistance tenace à la finalité éducative de la justice des mineurs ou de l'aggravation paradoxale de la réponse pénale à leur égard.

En effet, l'objectif premier assigné au Droit pénal des mineurs d'un relèvement éducatif de l'enfance déviante n'est jamais rien d'autre qu'une déclinaison particulièrement fine et exigeante des principes de nécessité et de proportionnalité. Le primat donné à l'analyse et à l'intervention éducative dans la prise en charge des enfants commettant des infractions traduit l'idée selon laquelle la régulation proprement pénale doit demeurer, à ce stade, exceptionnelle, l'éducation demeurant le mode normal de règlement des actes et comportements juvéniles socialement inadaptés. A cet égard, la façon dont les signalements sont orientés par l'autorité judiciaire vers la voie civile ou la voie pénale mais, également, le mode de poursuite choisi, le cas échéant, par le ministère public présentent un caractère déterminant. Il lui est en effet loisible de considérer que la commission d'infractions par un mineur n'est que le symptôme de l'existence d'un « *danger* » menaçant sa santé, sa sécurité ou sa moralité et de saisir en conséquence le juge des enfants d'une requête en assistance éducative⁵²⁰. L'élévation du taux de pénalisation de la délinquance juvénile à l'époque contemporaine contribue ainsi puissamment à alimenter l'image de sa progression dramatique⁵²¹.

156. Mais c'est également l'exigence d'une répression strictement proportionnée à la délinquance en cause qui explique la volonté d'adapter l'ensemble du procès pénal à la personnalité spécifique des mineurs, depuis l'exercice des poursuites au prononcé et à l'exécution de la peine. C'est en ce sens qu'il faut comprendre, dans la phase préparatoire, la règle de l'instruction obligatoire et la primauté

520 Article 375 du Code civil.

521 V. Laurent MUCCHIELLI, « Note statistique de (re)cadre sur la délinquance des mineurs », in Champ pénal/Penal field [En ligne], Confrontations, mis en ligne le 16 décembre 2009.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

donnée au mesures provisoires à caractère éducatif⁵²². La même analyse prévaut s'agissant des dispositions visant à privilégier les sanctions pénales éducatives et à limiter l'éventail des peines prononçables à l'égard des mineurs⁵²³. La capacité pénale de l'enfant, c'est à dire son aptitude à comprendre le sens de la peine tant dans sa réception que son exécution est, par hypothèse, moindre que celle de l'adulte. Le strict respect du principe de proportionnalité commande d'adapter en conséquence la sanction pénale. Inversement, toute évolution de la justice pénale des mineurs visant, explicitement ou non, à remettre en cause sa dimension éducative, constitue la marque d'une opposition plus ou moins prononcée à l'idée de Sûreté.

157. De façon plus insidieuse mais aussi plus significative, nous retrouvons une telle hostilité dans la promotion d'un traitement pénal des enfants dont la spécificité ne s'appuie pas sur l'exigence de nécessité et de proportionnalité mais tend, au contraire, à leur réserver paradoxalement un sort moins favorable qu'aux adultes. Il faut en effet attendre l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante pour que les modes de réponse à la délinquance des mineurs alternatifs à la justice pénale de droit commun cessent de se traduire, en pratique, par le déploiement à leur égard de mesures coercitives particulièrement radicales et surtout sans aucun recours. Jusqu'à cette date, tout mineur déclaré pénalement irresponsable se trouve en effet automatiquement placé dans une colonie pénitentiaire jusqu'à ses vingt-et-un ans⁵²⁴. Au prétexte de son immaturité ou de l'intention supposément philanthropique présidant à une telle orientation, l'enfant se trouve alors privé de toute garantie procédurale et est ainsi livré à l'arbitraire de son pouvoir de tutelle, fut-il bienveillant⁵²⁵.

Certes, la reconstitution d'un régime répressif qui, de façon analogue, priverait l'enfant de tout droit de la défense, apparaît aujourd'hui hautement improbable eu égard à l'assise juridique supérieure du droit pénal des mineurs⁵²⁶, mais également de l'universalité du droit à un procès équitable tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme⁵²⁷. Pour autant, nous ne devons pas

522 Article 5 de l'Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945.

523 Article 2 de l'Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945.

524 Tel que modifié par la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée, l'article 66 du Code pénal disposait alors que le prévenu acquitté « sera, selon les circonstances, remis à ses parents, à une personne ou à une institution charitable, ou conduit dans une colonie pénitentiaire, pour y être élevé et détenu pendant le nombre d'années que le jugement déterminera, et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura atteint l'âge de vingt et un ans ».

525 V. Dominique MESSINEO, *op.cit.*, p. 333 et suivantes.

526 Dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé, pour la première fois, que la finalité éducative de la justice pénale des mineurs constituait un « objectif à caractère constitutionnel ».

527 L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sous-estimer les différents biais susceptibles d'aboutir à un résultat similaire. Il s'agit, d'une part, de la tendance lourde à soumettre davantage les mineurs que les majeurs à l'empire d'une répression extra-judiciaire et notamment au pouvoir répressif administratif – lequel emporte, d'une façon générale, une moindre protection de la Sûreté⁵²⁸. Il s'agit, d'autre part, de l'effet combiné des aménagements tendant, originellement dans un souci éducatif, à assouplir les exigences procédurales de l'intervention des autorités répressives⁵²⁹ et de la remise en cause contemporaine de cette même dimension éducative⁵³⁰. Une telle conjonction conduit, là encore, à une procédure réservant paradoxalement moins de droits au mineur qu'au majeur.

Qu'il apparaisse sous les traits du récidiviste ou de l'enfant indomptable, le personnage de l'incorrigible sert ainsi la promotion d'un régime procédural limitant, en tout ou en partie, les garanties fondamentales du justiciable. Plus efficace encore s'avère, à cette fin, la figure du monstre.

B) La répression exorbitante du « monstre ».

Expression particulièrement vive de la persistance du thème de l'atrocité et de ses effets juridiques dans notre système répressif⁵³¹, la figure du monstre se trouve très régulièrement invoquée au soutien de l'amointrissement voire la suppression pure et simple de la Sûreté de telle ou telle catégorie de justiciables.

Comprendre le processus qui permet de promouvoir une telle position nécessite d'abord d'étudier de quelle façon le bon sens répressif s'oppose à la prise en compte des différentes pathologies mentales dans la conduite du procès pénal (1). Ainsi peut se maintenir et même se renforcer, à l'égard d'individus dont l'affection n'est plus considérée comme une faiblesse mais comme une menace, un régime répressif d'exception (2).

cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial » et doit bénéficier de toutes les garanties du contradictoire.

528 *Infra* n°183.

529 L'article 8 de l'Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 autorise ainsi le juge des enfants à instruire selon la voie dite « *officieuse* », c'est-à-dire sans avoir à respecter les règles procédurales nombreuses et complexes de l'instruction préparatoire.

530 *Infra* n°339.

531 *Supra* n°69.

1°) La pénalisation contrariée de la maladie mentale.

158. Tout comme les enfants, les personnes souffrant d'un « *trouble psychique ou neuropsychique* » présentent une capacité pénale amoindrie qui doit être en principe prise en compte lors d'une éventuelle condamnation sous peine de remettre en cause la proportionnalité de la répression⁵³². La propension à empêcher ou à tout le moins à limiter une telle prise en considération n'en demeure par moins une constante de l'opposition à la mise en œuvre du droit à la Sûreté menée au nom du bon sens répressif.

Elle s'observe d'abord dans les tentatives régulières visant à soumettre à un procès pénal un individu dont le discernement se trouve manifestement aboli. La contradiction avec l'idée même de Sûreté ne peut alors être plus flagrante. Le Droit pénal républicain fonde en effet la légitimité de la répression sur le libre-arbitre du citoyen, seul celui ayant eu conscience de violer la loi pouvant se voir appliquer une sanction pénale. Inversement, l'ancien droit pénal n'accordait pas à la question du discernement une importance déterminante pour caractériser de la responsabilité pénale. Certes l'ordre juridique absolutiste ne connaissait pas, faute d'une théorie générale et d'un système répressif homogène, une responsabilité pénale purement matérielle. La considération de gravité de l'acte n'en permettait pas moins, dans certaines hypothèses, de retenir malgré tout la responsabilité pénale du malade mental⁵³³. Ainsi Jousse peut-il écrire « *quoique dans la règle générale, les furieux et les insensés ne doivent point être punis pour raison des crimes qu'ils ont commis, néanmoins il en est autrement en crime de lèse-majesté et quelque fois aussi dans le crime de parricide* »⁵³⁴.

Si une telle proposition s'avère aujourd'hui des plus hypothétiques, nous ne devons pas mésestimer les différents dispositifs qui, d'une façon détournée, permettent de déployer à l'égard des personnes souffrant de troubles psychiques une répression exorbitante. Il s'agit, d'une part, des dispositions permettant de soumettre de tels individus à un simulacre de procès pénal au nom de l'ordre public et de l'hypothétique vertu catharsique pour les victimes d'une telle entreprise⁵³⁵. Il s'agit, d'autre part,

532 L'article 122-1 du Code pénal dispose en ce sens que « *la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ».

533 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.249 à 251.

534 Daniel JOUSSE, *op.cit.*, p.5.

535 *Infra* n°352.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de la propension à mettre en œuvre à l'égard des personnes atteintes de pathologie mentales des mesures privatives ou restrictives de droit qui, sans sanctionner formellement la commission d'une infraction, sont réputées répondre à l'état dangereux avéré ou même simplement supposé de l'individu. Au delà des hypothèses d'hospitalisation sans consentement, dont le caractère jugé insuffisamment protecteur de la liberté par le Conseil Constitutionnel a récemment conduit à une modification de la législation⁵³⁶, de telles mesures interviennent de plus en plus fréquemment dans un cadre pénal ou para-pénal⁵³⁷.

159. L'hypothèse qui vise à réserver à la personne dont le discernement se trouve altéré un traitement pénal au moins identique à celui des autres justiciables s'analyse comme une atteinte, plus classique, au principe de proportionnalité. De la même façon que l'état de vulnérabilité et d'immaturité de l'enfant impose une répression mesurée, centrée sur une démarche pédagogique, la déficience ou le trouble psychique de l'auteur d'une infraction justifie une réponse pénale pondérée qui tienne compte de cette fragilité. La gravité relative de l'acte tenant, notamment, à l'intensité de l'hostilité aux valeurs sociales protégées par la norme pénale en cause, elle se trouve nécessairement diminuée lorsque son auteur a une conscience de la portée de son geste plus ou moins altérée.

Or se dessine à l'époque contemporaine une nette propension du législateur et du pouvoir répressif à réserver un traitement pénal plus coercitif qu'aux autres à la personne souffrant d'un trouble psychique. En maintenant le principe de la responsabilité pénale de l'auteur dans la seconde hypothèse, la distinction apportée par le code pénal de 1994, entre l'abolition du discernement ou du contrôle des actes et son altération est en effet à l'origine d'une paradoxale aggravation de la répression du malade mental. Dans un contexte de résurgence de la figure du fou dangereux, elle a conduit à réduire le nombre de décisions retenant l'irresponsabilité pénale de l'auteur de l'acte au motif que son discernement, fut-il considérablement amoindri, n'était pas tout à fait aboli⁵³⁸.

536 Adoptée à la suite de la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel, la loi n°2011-803 *relative aux droits et la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques* est venue modifier le Code de la santé publique en ses articles L3211-12 et L3211-12-1 pour rendre systématique le contrôle du juge des libertés et de la détention dans les quinze jours suivants le placement en hospitalisation sans consentement.

537 *Infra* n°417.

538 L'article 122-2 du Code pénal dispose ainsi que « *la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

D'autre part, elle a favorisé la prise en compte de la pathologie de l'auteur non comme un facteur d'atténuation, mais comme un facteur d'aggravation de la sanction prononcée. Un tel raisonnement, qui revient à substituer à l'appréciation de la gravité relative de l'acte la prise en compte de la dangerosité potentielle de son auteur, tend à conférer une dimension préventive à la peine. Ainsi peut s'enclencher une dynamique qui, peu à peu, amoindrit le principe de légalité en légitimant des mesures coercitives non plus fondées sur l'acte délictueux posé mais sur le risque de leur commission⁵³⁹. Au soutien d'un tel glissement, la substitution de la figure du monstre à celle du malade mental joue un rôle de premier ordre.

2°) La répression libérée du « monstre ».

160. Déclinaison topique du thème de l'anormalité délictueuse chère au bon sens répressif⁵⁴⁰, la figure du monstre constitue un instrument privilégié de la mise à l'écart des garanties fondamentales du justiciable pénalement mis en cause. L'invocation de la monstruosité peut d'abord se fonder sur la mise en exergue de la particulière gravité des faits, auxquels on tente de réduire toute l'existence de leur auteur. Elle peut également – souvent de concert – s'appuyer sur la mise en avant d'une personnalité présentée comme intrinsèquement malveillante ou dangereuse, notamment lorsque l'individu est affecté d'une pathologie psychique le conduisant à des actes imprévisibles et violents. Il s'agit, en toute hypothèse, de construire l'image d'une criminalité en quelque sorte intrinsèque à l'individu en cause.

L'invocation de la monstruosité légitime alors dans le discours juridique l'application d'une pénalité proprement extraordinaire à la personne condamnée ou même simplement poursuivie. Elle s'affirme ainsi comme une déclinaison de l'excuse générale de gravité chère à l'absolutisme pénal⁵⁴¹. Sous l'ancien régime, Muyart de Vouglans écrit ainsi, pour justifier l'usage de la torture, que sans son secours « *la plupart des crimes les plus atroces [...] seraient restés impunis et par cette impunité, auraient engendré des inconvénients beaucoup plus dangereux [...] en rendant une infinité de citoyens les innocentes victimes des scélérats les plus subtils* »⁵⁴². Suivant un raisonnement analogue, Target pourra, à l'heure de la codification impériale, justifier le rétablissement de la

539 *Infra* n°415.

540 *Supra* n°67.

541 *Supra* n°69.

542 MUYART de VOUGLANS, *op.cit.*, p.76.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

mutilation pré-mortem du condamné à la peine capitale, affirmant que « *pour le parricide, le monstre aura le poing coupé* »⁵⁴³. Il introduit dans notre système répressif l'idée selon laquelle la particulière malignité de certains délinquants justifierait une suspension générale de leur droit à la Sûreté. C'est en ce sens que René Garraud pourra présenter la mesure de relégation instituée par loi du 27 mai 1885 comme visant spécifiquement « *les irréductibles* », c'est à dire ceux qui non seulement persistent dans le crime mais « *vivent en état de guerre permanent avec la société régulière* »⁵⁴⁴.

161. En faisant ainsi sortir « le monstre » de la communauté des citoyens « normaux », de telles représentations confortent mécaniquement les évolutions tendant à le priver en tout ou en partie des droits associés à cette qualité. Comme en matière de récidive, la monstruosité est à la source d'une aggravation de la répression fondée moins sur la gravité relative de l'acte en cause que sur la propension supposée de son auteur à en commettre de nouveaux. Ainsi la figure du monstre est elle souvent confondue si ce n'est amalgamée avec celle du récidiviste, la propension à commettre des délits restant jusqu'à aujourd'hui largement assimilé à un comportement d'ordre pathologique⁵⁴⁵. Mais elle permet en outre d'ajouter à l'image de l'homme retors celle de l'homme dangereux, soumis à des pulsions incontrôlables qui le poussent à commettre son crime, et ainsi de franchir un saut dans la mise en place de mesures coercitives préventives à son égard. C'est bien la résurgence de la figure du monstre à l'époque contemporaine qui explique que ce soit en matière de délinquance sexuelle que se développent à l'envi de tels dispositifs, alors même que le taux de récidive y l'un des plus bas⁵⁴⁶.

162. Si la mise en exergue de la monstruosité de tel ou tel fait délictueux n'est pas, tant s'en faut, absente du discours législatif contemporain, c'est en effet la figure de la dangerosité qui autorise aujourd'hui les attaques les plus violentes contre l'ordre pénal républicain. Derrière la prétention à la mesure scientifique de la propension de l'individu à commettre de nouveaux délits, c'est bien l'horreur suscitée par les actes commis qui motive, à titre principal, l'application de mesures d'exception. En d'autres termes, « *le flou de la dangerosité s'apparente bien à des sables mouvants balayés par les peurs individuelles et collectives et soumis à tous les vents porteurs de populisme et*

543 G.B. TARGET, *op.cit.*, p.8.

544 René GARRAUD, *op.cit.*, p. 2

545 *Ibid.*

546 *Infra* n°412.

d'arbitraire »⁵⁴⁷.

En s'affirmant comme une catégorie particulièrement extensible, la figure de la monstruosité permet d'esquisser les contours d'un véritable statut pénal alternatif à celui que commande l'application conséquente des déclinaisons du droit à la Sûreté. Toutefois, eu égard au nombre nécessairement restreint des personnes soumises à ce type de dérogation, elle n'autorise pas la constitution d'un véritable régime répressif dérogatoire susceptible de se développer en marge de l'ordre pénal républicain. A cet effet, les multiples procédures particulières qui affectent telle ou telle catégorie d'infraction constituent en revanche un incontestable laboratoire.

§ 2 : La dérogation *rationae materiae*, instrument d'une pénalité alternative.

163. Le Code de procédure pénale comporte aujourd'hui quelques trente-sept « *procédures particulières* ». On peut certes y voir l'effet inflationniste d'une législation de circonstance et même une certaine indifférence du législateur à son ordonnancement. Mais, à mains égards, le particularisme procédural constitue tout autant l'instrument de mise en parenthèse plus ou moins poussée des différentes expressions du droit à la Sûreté.

Certes, la seule mise en évidence d'un régime de poursuite et de jugement dérogeant dans un sens défavorable au droit commun de la répression ne saurait, en soi, caractériser une telle opposition. Néanmoins, c'est bien souvent au nom du bon sens que l'invocation de la spécificité de tel ou tel type de crime ou délit est mise en avant pour justifier un relâchement de l'encadrement juridique de l'action des autorités répressives.

En œuvrant à un renforcement de principe de la latitude du pouvoir répressif, le particularisme procédural s'impose ainsi comme un facteur déterminant de l'érosion de l'ordre pénal républicain (A). De la même façon que la notion de dangerosité favorise l'émergence d'un statut pénal alternatif pour le justiciable auquel elle s'applique, le développement incontrôlé des procédures dérogatoires favorise l'émergence d'un régime répressif alternatif qui vient, potentiellement, faire concurrence au régime de droit commun (B).

⁵⁴⁷ Christine LAZERGES, *op.cit.*, p.96.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) Le renforcement de la latitude générale du pouvoir répressif.

Pour bien comprendre à quelles conditions les différentes dispositions dérogeant au droit commun de la répression trahissent effectivement la promotion d'un arbitraire nécessaire, il faut d'abord restituer toute l'ambivalence qui préside à la démarche dérogatoire, entre prise en compte d'une véritable complexité et mise en avant d'une particulière gravité. Ce n'est, en effet, que dans cette dernière hypothèse que s'exprime une véritable opposition à l'idée de Sûreté (1), en autorisant un renforcement de principe de la marge de manœuvre des autorités répressives (2).

1°) Une dérogation « impressionniste »

164. Il existe à l'origine de toute procédure organisant, dans le sens d'une restriction des droits du justiciable, un mode spécifique de poursuite, d'instruction et de jugement de certaines infractions, une ambivalence profonde quant au motif d'une telle dérogation. Bien souvent, cette équivoque permet de masquer le reflux de l'arbitraire derrière la mise en avant des spécificités inhérentes aux types de comportements incriminés. Or ces dernières recouvrent en réalité deux dimensions distinctes, qu'il faut analyser en détail pour bien comprendre où se niche à la résistance à la mise en application des exigences de la Sûreté.

Le renforcement de la latitude du pouvoir répressif peut en effet s'appuyer véritablement sur les caractéristiques propres du phénomène appréhendé par la loi pénale. Autrement dit, il est des actes dont les modalités de commission impliquent nécessairement, dès lors que l'on entend conférer quelque effectivité à leur répression, une adaptation de la réponse pénale, au besoin en atténuant temporairement les garanties fondamentales du justiciable mis en cause. Ainsi, un acte qui se commet habituellement la nuit ne peut être utilement pénalisé – à supposer, bien évidemment, que cette pénalisation soit nécessaire – que si sa constatation peut intervenir en dehors des heures ouvrables. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les dispositions autorisant, par dérogation au droit commun, les perquisitions entre vingt-et-une heure et six heures pour la constatation des délits de proxénétisme⁵⁴⁸ et de trafic de stupéfiants⁵⁴⁹.

548 Article 706-35 du Code de procédure pénale.

549 Article 706-28 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

De la même façon, la complexité organisationnelle – notamment économique et financière – qui caractérise certaines infractions peut justifier que la durée pendant laquelle des personnes suspectées sont gardées à la disposition des services de police soit allongée. C'est ainsi que nous pouvons appréhender l'extension de la durée maximale de garde-à-vue de quarante-huit heures à quatre-vingt-seize heures pour les crimes et délits effectivement commis en bande organisée⁵⁵⁰. Enfin, d'une façon plus générale, c'est d'abord la prise en compte des spécificités inhérente à l'actualité de la commission de l'infraction qui justifie que les pouvoirs de police judiciaire soient plus étendus en matière de flagrance⁵⁵¹.

165. Tout autre est le relâchement de l'encadrement juridique du pouvoir répressif qui se fonde sur l'invocation de la particulière gravité de la catégorie d'infractions en cause. Renouant, là encore, avec le thème de l'atrocité⁵⁵², la démarche dérogatoire ne s'appuie plus ici sur la mise en évidence de spécificités d'ordre technique, mais sur l'intensité de l'atteinte portée à la cohésion sociale par l'acte incriminé – fut-il d'une commission particulièrement simple.

Avant procès, une telle « excuse de gravité » va être mobilisée au soutien du renforcement des prérogatives des autorités répressives au nom du péril générique incarné par l'infraction, quel que soit la réalité du comportement concrètement poursuivi. D'une façon topique, elle constitue depuis plusieurs décennies l'argument principal si ce n'est exclusif avancé au soutien de l'adoption et du renforcement d'une législation d'exception en matière de terrorisme – alors même que ce contentieux recouvre généralement un indéniable technicité. C'est ainsi qu'en octobre 2005, l'auteur du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme se borne à affirmer que « *la France n'est pas à l'abri d'attaques similaires à celles survenues à New-York et Washington (septembre 2001), Madrid (mars 2004) et Londres (juillet 2005)* » et à mettre en exergue « *la volonté de destruction des terroristes* » pour justifier la restriction de leurs garanties processuelles⁵⁵³.

166. Toutefois, la mise en exergue du caractère particulièrement aigu de l'atteinte portée à la

550 Article 706-96 du Code de procédure pénale.

551 Rappelons qu'en application des articles 53 à 74-2 du Code de procédure pénale, en dehors de l'information judiciaire, seul le cadre juridique de la flagrance autorise l'interpellation du suspect, la perquisition sans son assentiment et la délivrance par l'officier de police judiciaire de réquisitions sans autorisation du Procureur de la République.

552 *Supra* n°69.

553 Assemblée nationale, projet n°2615 de la douzième législature, Paris, 26 octobre 2005, p.2.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

cohésion sociale autorise d'autant plus facilement à édulcorer les différentes déclinaisons du droit à la Sûreté qu'elle est fréquemment associée à la complexité supposée du phénomène appréhendé par la loi pénale. C'est ainsi que le rapporteur au Sénat du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité affirme, en juillet 2003, que son mérite « *est de proposer un cadre global pour lutter contre une forme de criminalité particulièrement difficile à appréhender, mais qui porte gravement atteinte au fonctionnement des sociétés démocratiques* »⁵⁵⁴. C'est donc dans le détail du processus dérogatoire qu'il faut rechercher la manifestation d'une opposition à l'idée de Sûreté, qui se trouve mise en cause à chaque fois que la dérogation revêt un caractère mécanique.

2°) Une dérogation mécanique.

167. Toute aggravation de la répression fondée sur la gravité relative des faits ne contribue pas, en soi, à l'érosion de l'ordre pénal républicain. L'exigence de proportionnalité commande au contraire de pondérer les prérogatives des autorités répressives, d'une part, les modalités et la nature de la sanction pénale d'autre part, en fonction de l'importance de l'atteinte portée à la cohésion sociale par l'acte en cause. C'est en son nom que les mesures attentatoires aux libertés sont potentiellement plus nombreuses et plus importantes pour la constatation des infractions les plus graves du Code pénal ou que les peines encourues pour ces dernières sont plus importantes. Pour autant, le renforcement des prérogatives du pouvoir répressif ne saurait être illimité ou générique sans réduire à néant le droit à la Sûreté des justiciables concernés, en particulier leur droit à la présomption d'innocence.

Prendre argument de la particulière gravité supposée de l'acte incriminé pour justifier, d'une façon générale, l'amointrissement plus ou moins étendu de leurs garanties fondamentales, c'est considérer, même implicitement, l'infraction comme d'ores et déjà avérée – alors même qu'au stade de l'enquête, sa réalité n'est par hypothèse pas encore établie. En d'autres termes, l'octroi d'attributions supplémentaires aux autorités répressives pour la constatation, la poursuite et le jugement de telle ou telle catégorie d'infraction ne les dispense pas d'en user de façon mesurée et proportionnée. Il leur faut ainsi en principe déterminer, pour chaque cas d'espèce, si l'importance relative du préjudice porté à la collectivité, les autorise à recourir aux prérogatives exorbitantes prévues par la loi. Elles

⁵⁵⁴ Sénat, rapport n° 441 de la Session extraordinaire 2002-2003, Paris, 24 juillet 2003 p.24

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

devraient pareillement justifier systématiquement, au regard des spécificités de l'acte jugé, s'il y a lieu d'appliquer la sanction pénale maximale ou les sanctions spécifiques prévues par le texte d'incrimination.

168. Les hypothèses de suppression pure et définitive d'une garantie élémentaire du procès équitable au nom de la gravité des faits demeurent ponctuelles et, exception faite des différents cas de suspension de la Sûreté⁵⁵⁵, participent essentiellement de sa vulnérabilité contextuelle⁵⁵⁶. Le caractère mécanique de l'affaiblissement des droits des personnes mise en cause au titre d'infractions soumises à un régime dérogatoire constitue en revanche une tendance lourde au sein de notre ordre pénal. Longtemps, le droit à l'assistance d'un conseil au cours de la garde-à-vue a ainsi été reporté de façon systématique à la soixante-douzième heure de la mesure pour les infractions de trafic de stupéfiants et de terrorisme puis, à partir de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, pour l'ensemble des infractions commises en bande organisée⁵⁵⁷. Ce n'est qu'à l'invitation pressante de la Cour européenne des droits de l'homme puis de la Cour de cassation que le législateur a imposé aux magistrats en charge du contrôle de la mesure de motiver de façon circonstanciée la décision d'un tel report⁵⁵⁸.

169. La qualité et les modalités de la motivation du recours aux mesures ou à la pénalité dérogatoire s'avèrent ainsi déterminantes de l'effectivité de l'application du principe de proportionnalité aux faits en cause. Garantie essentielle du respect effectif du droit à la Sûreté d'une façon générale, la motivation des mesures d'exception revêt en matière pénitentiaire une importance toute particulière dans des procédures par hypothèse faiblement contradictoires⁵⁵⁹. Dès lors que le pouvoir répressif n'a pas à justifier de l'application de dispositions exorbitantes, rien n'empêche que celles-ci ne revêtent un caractère automatique. Dans une telle perspective, la soumission de tel ou tel acte à un régime répressif dérogatoire demeure, en définitive, laissée à la discrétion de l'autorité judiciaire,

555 *Infra* n°200.

556 *Supra* n°121 et suivants.

557 Article 706-88 du Code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi n°2001-392 du 14 avril 2011 relative à la garde-à-vue.

558 L'article 706-88 du Code de procédure pénale dispose désormais que « *l'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* ».

559 Outre le report de l'intervention de l'avocat en garde-à-vue, le régime d'enquête applicable aux infractions commises en bande organisée prévoit des mesures d'investigations intrusives non contradictoires telles que les interception de conversations téléphonique hors instruction préparatoire, la fixation et la transmission furtive d'image et de conversation et la surveillance à distance d'ordinateurs ; *infra* n°371.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

soumettant le justiciable concerné à un indiscutable arbitraire. Si la plupart des mesures d'enquêtes particulièrement intrusives qui peuvent être ordonnées pour la constatation et l'instruction des infractions commises en bande organisée sont aujourd'hui soumises à un contrôle juridictionnel, son affaissement est manifeste en matière postsentencielle. En ce sens, au delà d'une tendance générale à la rigidité répressive, la mise en place progressive d'un régime procédural spécifique pour les infractions à caractère sexuel s'est notamment traduite par l'introduction de sanctions pénales automatiques et en particulier par la systématisation de l'injonction de soins⁵⁶⁰.

En posant ainsi les jalons vers la constitution d'un régime pénal alternatif, la multiplication et la banalisation des procédures dérogatoires ouvre une brèche particulièrement menaçante dans l'ordre pénal républicain.

B) La construction d'un régime répressif alternatif.

170. Comprendre par quels chemins nous en sommes aujourd'hui arrivés au « *contingement progressif du procès pénal de droit commun* »⁵⁶¹ nécessite d'analyser de façon plus approfondie le sens qu'il convient de donner à la montée en puissance des procédures d'exception. L'accession à la norme constitue le devenir possible de tout régime juridique d'exception et il ne manque pas d'exemples de régimes de droit commun dont le domaine se trouve progressivement réduit à la portion congrue. Ce type de phénomène revêt cependant une importance toute particulière dans le champs pénal. Le conflit normatif systémique qui travaille la matière depuis la codification impériale met aux prises un ordre juridique officiellement consacré avec une force de résistance implicite à sa réalisation effective⁵⁶².

Aussi, la création de régimes répressifs dérogatoires, où la norme antagoniste va pouvoir se déployer, constitue-t-il un terrain d'expression privilégié pour ce mode spécifique d'opposition. Derrière l'apparence de la sauvegarde formelle du modèle répressif républicain peut ainsi prospérer une logique répressive antagoniste dont l'importance s'affirme à mesure que le régime de droit

⁵⁶⁰ *Infra* n°417.

⁵⁶¹ Jean-Paul JEAN, « Le système de justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.250.

⁵⁶² *Supra* n°56 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

commun se trouve vidé de sa substance. En pratique, deux dynamiques sont susceptibles de nourrir un tel basculement. Il s'agit d'abord de la multiplication des procédures spécifiques à certaines catégories d'infractions qui tend, de fait, à marginaliser la procédure de droit commun (1). Il s'agit ensuite de la définition de critères d'application du régime dérogatoire suffisamment extensifs pour y inclure l'essentiel des poursuites (2).

1°) La marginalisation du régime de droit commun.

171. Lorsque le Code de commerce a été entièrement recodifié en septembre 2000, seuls subsistaient cinq articles du texte originel – l'essentiel des dispositions étant contenues dans des lois particulières⁵⁶³. Semblable sort apparaît aujourd'hui menacer le Code de procédure pénale tant le nombre d'infractions soumises en tout en partie à un régime dérogatoire n'a cessé de croître.

Une telle forme de marginalisation, quantitative, du régime de droit commun s'appuie d'abord sur la multiplication des procédures spécifiques à tel ou tel type de crimes ou de délits qui toutes réservent au justiciable en cause un statut pénal moins protecteur – notamment en matière de garde-à-vue et de détention provisoire.

Ce mode de dérogation trouve son origine dans la procédure applicable aux (nombreuses) infractions de la compétence de la Cour de Sécurité de l'Etat, qui se caractérisait notamment par l'extension de la durée initiale de garde-à-vue à 48h, la possibilité de la prolonger jusqu'à cinq jours et la faculté de procéder à des perquisitions de nuit⁵⁶⁴. Après l'abrogation de cette juridiction d'exception par la loi n°81-737 du 4 août 1981, ce mode de dérogation resurgit rapidement et connaît de nos jours un développement exponentiel. D'abord limité aux infractions de terrorisme⁵⁶⁵ puis de trafic de stupéfiants et de proxénétisme⁵⁶⁶, il a ainsi connu une extension considérable avec l'adoption d'un régime propre à l'ensemble des infractions commises avec la circonstance de bande organisée⁵⁶⁷.

563 Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

564 Articles 16 et 17 de la loi n°63-23 du 15 janvier 1963.

565 Loi n°86-1021 relative à la lutte contre le terrorisme.

566 Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

567 Loi n°204-2004 du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice pénale aux évolutions de la criminalité ; *Infra* n° 371.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Le contingentement quantitatif de la procédure de droit commun s'appuie également sur la multiplication des modes de poursuites alternatifs à l'audience pénale classique qui, de la même façon, se traduisent par un affaïssement des droits de la défense. La création et le développement exponentiel des procédures dites « simplifiées » que sont la comparution immédiate, l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ont ainsi progressivement réduit le domaine d'application du procès pénal pleinement contradictoire⁵⁶⁸. Ainsi, à mesure que se renforcent les droits de la défense dans la procédure de droit commun, se développent parallèlement des dérogations qui viennent sensiblement réduire la portée de ces avancées.

172. De façon plus insidieuse, la marginalisation du régime de droit commun peut également revêtir une dimension qualitative, en voyant progressivement échapper à son domaine les infractions les plus importantes dans l'échelle des incriminations. Or, plus l'atteinte à la cohésion sociale est élevée, plus il est à craindre une réaction disproportionnée des pouvoirs publics et plus il importe, en conséquence, de préserver l'individu de leur arbitraire. Plus il y a lieu, également, de prendre toutes les précautions pour s'assurer que la constatation et la répression de tels actes soit menée dans des conditions garantissant véritablement le rétablissement de l'équilibre social. Pourtant, c'est d'abord en direction des infractions les plus sévèrement réprimées que se développent, depuis l'avènement du droit pénal moderne, les procédures d'exception visant à priver en tout ou en partie les personnes mises en cause des garanties du procès équitable.

Sous l'empire, le recours à la Justice d'exception constitue ainsi l'instrument privilégié d'un gouvernement soucieux de conserver toute latitude répressive dans la poursuite des crimes et délits qui lui paraissent menacer la Sûreté de l'Etat⁵⁶⁹. Alors même que la magistrature se trouve placée sous la tutelle directe de l'exécutif, ce sont également des juridictions d'exception qui seront mises en place par le régime de Vichy pour réprimer ce qu'il qualifie d'actes de terrorisme⁵⁷⁰. De la même façon, c'est pour juger des « *crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat* » qu'est instituée en 1963 la Cour éponyme⁵⁷¹. Selon un procédé analogue, le recours à la juridiction d'exception pour restreindre le droit à la Sûreté du justiciable se donne enfin à voir dans l'instauration d'un singulier tribunal

568 *Infra* n°374.

569 *Supra* n°51.

570 *V.* Alain BANCAUD, « une exception ordinaire, les magistrats et les juridictions d'exception de Vichy », *in* AFHDJ, *La Justice des années sombres*, p.29 à 74 ; *V.* aussi Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE et Bruno DUBOIS, *op.cit.*, p.949 à 996.

571 Article 698 du Code de procédure pénale dans sa rédaction issu de la loi n°63-22 du 15 janvier 1963.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

correctionnel pour mineurs par la loi n°2011-939 du 10 août 2011⁵⁷².

Si, à chaque fois, la dérogation ne concerne formellement qu'un nombre réduit d'infractions, la propension parallèle du législateur à rendre plus ou moins extensif son domaine d'application ne peut que contribuer à éroder l'ordre pénal républicain.

2°) L'extension du régime dérogatoire.

173. Bien évidemment, ce sont d'abord les critères d'application du régime d'exception, c'est-à-dire les éléments constitutifs des infractions qui y sont soumises, qui conditionnent ses virtualités hégémoniques. Aux termes de l'ancien article 698 du Code de procédure pénale, la Cour de Sûreté de l'Etat était compétente pour connaître non seulement des crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat mais également à certaines infractions « *en relation avec une entreprise individuelle ou collective consistant ou tendant à substituer une autorité illégale à l'autorité de l'Etat* » ainsi qu'aux infractions connexes. L'appréciation du lien entre les faits et l'entreprise subversive et surtout la définition de cette subversion étant laissée à la discrétion d'une juridiction qui n'offrait que peu de garantie d'indépendance envers l'exécutif⁵⁷³, elle ouvrait la voie à une extension indéfinie de son domaine de compétence. Or, au rang des dix-sept catégories d'infractions de droit commun énumérées par la loi, on trouvait des délits particulièrement courants tels le vol, l'escroquerie, le recel, l'extorsion ou encore les coups et blessures volontaires.

Semblable propension à l'extension mécanique du régime dérogatoire réapparaît avec la création en 2004 du régime d'exception applicable aux crimes et délits commis en bande organisée. Cette notion connaît en effet une définition légale particulièrement tautologique, étant présentée comme « *tout groupement ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions* »⁵⁷⁴. Cette définition est en outre strictement identique à celle du délit d'association de malfaiteurs, alors même que ce dernier permet de poursuivre des

572 Articles 24-1 à 24-4 de l'Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945.

573 En vertu de l'article 2 de la loi n°63-23 du 15 janvier 1963, les magistrats composant la Cour de sûreté de l'Etat sont directement nommés pour deux ans par le premier ministre, sur avis simple du Conseil supérieur de la Magistrature. Par ailleurs l'article 1er de la loi dispose que la Cour comprend un officier général ou supérieur pour le jugement des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat.

574 Article 132-71 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

actes préparatoires à la commission de délits sans réelle organisation délictueuse⁵⁷⁵. Elle apparaît particulièrement lacunaire si on la compare à celle proposée par la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, qui vise « *un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel* »⁵⁷⁶.

174. Devant une définition légale aussi évasive, l'effectivité du contrôle de l'autorité judiciaire de la proportionnalité des moyens d'investigations dérogatoires employés s'avère ainsi particulièrement importante, ainsi que le précise d'ailleurs le Conseil constitutionnel dans sa décision validant par ailleurs l'économie générale du régime applicable à la bande organisée⁵⁷⁷. Or les dispositions applicables à la phase d'enquête du procès pénal laissent encore aujourd'hui une grande marge d'appréciation aux services de police dans le recours aux différentes mesures coercitives⁵⁷⁸. Ainsi peut s'étendre le domaine d'application du régime dérogatoire au delà des seuls faits qui, par leur gravité relative et leur complexité effective, justifient la mise en œuvre de dispositifs d'investigations exorbitants.

Le caractère extensif du domaine d'application de ces procédures particulières a ainsi pour conséquence de réduire le périmètre de protection effective de la Sûreté du citoyen. Il contribue en outre à édifier une norme pénale alternative et bientôt concurrente au régime de droit commun. Plus le critère d'application du régime d'exception est imprécis, plus il apparaît conditionné par la sensibilité de l'époque et ainsi d'un usage potentiellement universel – a fortiori lorsque la dérogation se fonde sur l'excuse de gravité. Est-il laissé à la relative discrétion du pouvoir répressif, qu'il lui offre deux modèles strictement antagonistes, un choix entre la logique répressive républicaine et la logique répressive sécuritaire.

L'essor des régimes dérogatoires à l'époque contemporaine constitue ainsi l'un des outils privilégiés de l'affirmation d'un ordre répressif concurrençant directement le modèle républicain⁵⁷⁹. Expression

575 Article 450-1 du Code pénal.

576 Article 2a de la Convention de Nations Unies Contre La Criminalité Transnationale Organisée.

577 CC. Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004.

578 *Supra* n°149.

579 *Infra* n°370.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

maximaliste de la tendance générale à l'atténuation de ses différentes déclinaisons au nom du bon sens, la démarche dérogatoire est à l'origine d'une résistance tout à la fois plus intense en ses manifestations et plus radicale en sa portée. Elle n'épuise pas pour autant les différentes formes d'érosion de l'ordre pénal républicain qui se cachent derrière l'invocation du bon sens répressif. Aux côtés de cette pression constante à la modération des garanties du justiciable, il existe une force générale de contournement de la norme officielle qui, elle aussi, se déploie depuis l'origine du Droit pénal moderne.

CHAPITRE 2 : UNE FORCE DE CONTOURNEMENT DE LA NORME

175. Prolongement inconscient d'une philosophie répressive totalement opposée au projet pénal républicain, c'est d'abord dans le champs pénal *stricto sensu* que la résistance à sa mise en œuvre apparaît à l'observateur. La nature implicite et diffuse de l'antagonisme nourrit cependant des modes d'opposition qui débordent largement la simple pression constante à la modération de l'encadrement juridique du pouvoir répressif. Dans une propension générale à réfréner autant que possible la progression des différentes formes de protection de la Sûreté du citoyen, la restriction de son domaine d'application effectif constitue une forme de résistance au moins aussi importante.

Autrement dit, plutôt que de chercher à amoindrir les expressions juridiques de ses principales déclinaisons, il s'agit d'y soustraire totalement ou partiellement des situations qu'elles ont vocation à régir. Il s'agit de faire artificiellement sortir du champs pénal l'action coercitive des pouvoirs publics à l'égard de comportements perçus comme heurtant la cohésion sociale et qui, à ce titre, pourraient et souvent devraient faire l'objet d'une incrimination pénale et qu'il convient de qualifier, en conséquence, de quasi infractions. Ainsi s'organise une mise à l'écart des principes supposés encadrer l'action des pouvoirs publics d'autant plus étendue qu'elle n'est pas toujours perçue comme telle.

Une telle dynamique de contournement de l'ordre pénal officiel recouvre toutefois deux hypothèses bien distinctes. Elle s'observe d'abord dans la vaste nébuleuse juridique de l'ensemble des procédures organisant la suspension plus ou moins avancée de l'Etat de droit. Sous des formes variées, elles autorisent en effet le pouvoir répressif à s'affranchir, parfois dans des proportions considérables, des différentes limites posées à son action, jusqu'à une véritable mise entre parenthèses du droit à la Sûreté. Cette première forme de contournement ne favorise toutefois pas nécessairement l'érosion de l'ordre pénal républicain, dont elle contribue même, sous certains aspects, à prolonger la logique.

La seconde forme de contournement de la Sûreté se constitue de l'ensemble des dispositions organisant ou facilitant l'exercice d'un pouvoir répressif en dehors du cadre judiciaire. Pour

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

méconnue qu'elle soit, elle n'en porte pas moins une atteinte particulièrement vive à l'idée de Sûreté, en ce qu'elle soumet le citoyen non seulement à l'arbitraire potentiel des pouvoirs publics, mais également à celui des différents pouvoirs privés. Elle prospère en outre d'autant plus aisément qu'elle ne s'inscrit pas dans le champs pénal.

C'est pourquoi, avant de mettre en évidence à quelles conditions et selon quelles modalités les différents régimes de suspension de la légalité peuvent exprimer une hostilité à l'idée de Sûreté (Section 2), il convient d'analyser plus en détails les différentes manifestations de ce singulier pouvoir répressif extra-judiciaire (Section 1).

SECTION 1 : LE POUVOIR RÉPRESSIF EXTRA-JUDICIAIRE.

176. L'existence de dispositifs organisant la sanction d'actes en tous points assimilables à des infractions en dehors de tout cadre judiciaire ou même en dehors de tout cadre pénal ne choque sans doute guère le juriste contemporain. L'énoncé de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est pourtant sans équivoque quant à sa portée, soumettant toute forme de répression des actes définis comme « nuisibles à la Société » au respect des garanties fondamentales protégées. Un siècle et demi plus tard, les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui les reproduisent en substance, sont tout aussi catégoriques sur l'universalité de leur domaine d'application⁵⁸⁰. C'est pourquoi la Cour de Strasbourg a développé une acception autonome de la notion « *d'accusation en matière pénale* », qui lui permet d'appréhender toutes les formes d'exercice du pouvoir répressif⁵⁸¹.

L'influence croissante de cette dernière invite toutefois à observer un regard nuancé sur la réalité de ce contournement de l'autorité judiciaire. L'examen des diverses formes de procédures répressives extra-judiciaires montre qu'elles peuvent connaître un régime qui tend à offrir aux personnes mises en causes des garanties similaires à celles du justiciable, en particulier en ce qui concerne le droit au contradictoire. Il faut à cet égard distinguer nettement les dispositifs répressifs qui s'exercent dans un cadre privé de ceux qui demeurent sous l'autorité des pouvoirs publics.

La survivance de certaines formes de privatisation de la réponse pénale depuis la naissance du droit pénal moderne constitue une véritable anomalie historique qui, par hypothèse, fonde une répression étrangère à toute idée de Sûreté. La conduite de procédures pénales ou para-pénales par l'autorité administrative renvoie en revanche à une réalité protéiforme, qui voit cohabiter différentes formes de quasi procès pénal avec des dispositifs directement hérités de l'absolutisme pénal. Aussi importe-t-il d'étudier les diverses expressions de ce pouvoir répressif administratif (1), avant de mettre en évidence de quelle façon peut persister jusqu'à nos jours un pouvoir répressif privé (2).

580 *Supra* n°13.

581 F SUDRE, *op.cit.*, p. 35.

§ 1 : Le pouvoir répressif administratif.

177. Prolongement logique de l'intention d'un retour à l'ordre plus ou moins autoritaire qui présida à la codification impériale, le poids considérable de l'Administration dans la conduite du procès pénal s'impose durablement dans notre système répressif dès les fondations du droit pénal moderne. Dès les débuts de l'empire, se met en place une pratique d'internement administratif à l'encontre de toutes les personnes jugées dangereuses pour le régime, les décisions étant prises non seulement par l'empereur et son ministre de la police, mais également par les préfets⁵⁸². D'abord totalement arbitraires, ces décisions reçoivent un embryon de réglementation avec le décret du 3 mars 1810 qui en fixe la procédure tout en préservant leur caractère discrétionnaire⁵⁸³. Le texte sera abrogé à la Restauration tout en laissant subsister une pratique d'internement extra-judiciaire qui ne cessera vraiment que sous la monarchie de juillet.

C'est sur ces bases que s'est développé, jusqu'à nos jours, un véritable pouvoir répressif administratif. Il s'appuie d'une part sur l'essor d'un « *droit pénal administratif [...] concrétisé par l'adjonction de sanctions pénales, principalement contraventionnelles, à de nombreuses législations techniques ou administratives* », d'autre part sur « *la création d'un droit administratif pénal* » poursuivant l'application de sanctions qualifiées d'administratives⁵⁸⁴. Si pouvoir proprement pénal de l'Administration dans le cours même du procès demeure limité (A), ses attributions para-pénales de poursuite et de sanction d'un nombre croissant quasi infractions n'ont cessé de s'étendre et de se renouveler (B).

A) Le pouvoir répressif pénal de l'Administration.

L'immixtion de l'administration dans la conduite du procès pénal s'appuie d'abord sur une ingérence indirecte, déclinaison particulière de l'hégémonie institutionnelle de l'Exécutif sur le pouvoir judiciaire (1). Mais elle prend aussi un tour direct, à chaque fois que le pouvoir administratif se trouve en tant que tel en charge de la réponse pénale (2).

582 Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.461.

583 En vertu de l'article 1er du décret, la détention dans une prison d'Etat est prononcée par un « *conseil privé* », présidé par l'Empereur, pour une durée d'un an renouvelable indéfiniment.

584 Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p.29.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Une immixtion indirecte.

178. L'ingérence de l'Administration dans le cours de la procédure pénale se révèle si importante et si évidente qu'il faut, à titre liminaire, rappeler en quoi elle constitue une parfaite incongruité au regard des exigences de la Sûreté. La juridictionnalité de la répression constitue en effet l'un des corollaires des principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité⁵⁸⁵. Il ne suffit pas d'exiger du pouvoir répressif qu'il se conforme à un cadre légal prédéfini pour prémunir le citoyen de son arbitraire potentiel. Encore faut-il se donner les moyens d'un contrôle effectif du respect de ces prescriptions, ce qui impose d'instituer à cet effet une autorité strictement indépendante des agents en charge de la constatation des infractions.

L'existence d'un contrôle et même d'une direction proprement judiciaires de la répression des infractions constitue, en outre, la seule véritable garantie contre un éventuel détournement de la politique pénale par les pouvoirs publics. En son absence, rien n'interdit aux autorités répressives, au moyen d'une interprétation extensive ou tronquée des textes, d'instrumenter le procès pénal au service de politiques publiques données – sans même évoquer l'hypothèse de la satisfaction d'intérêts privés. Tout empiètement de l'Administration sur les prérogatives propres de l'autorité judiciaire ne peut en conséquence qu'être analysé comme la marque d'une opposition plus ou moins assumée à l'idée de Sûreté.

179. En pratique, une telle ingérence s'exprime de deux façons principales. Il faut d'abord mentionner les effets qu'induit sur la conduite du procès pénal la faiblesse structurelle du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif depuis le premier empire. Celui-ci peut en affecter le cours de la répression par l'influence considérable qu'il exerce sur ses conditions matérielles d'exécution. L'architecture constitutionnelle lui octroie en effet un poids déterminant dans la définition des moyens budgétaires affectés à la Justice⁵⁸⁶. Au sein de cette « enveloppe » globale, c'est encore le Ministre de la Justice qui, seul, détermine le montant affecté à chaque juridiction, mais également le nombre de postes de fonctionnaires et de magistrats qui y sont localisés. En conséquence, l'adéquation des moyens de la justice avec l'étendue de ses missions demeure, pour une large part,

⁵⁸⁵ *Supra* n°18.

⁵⁸⁶ Rappelons que la Constitution du 4 octobre 1958 confère au gouvernement un rôle primordial dans l'élaboration des lois, en particulier des lois de finances. En vertu de ses articles 39 et 47, il maîtrise non seulement l'initiative des textes débattus, mais également le calendrier parlementaire et, dans une certaine mesure, l'organisation des débats.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

laissée à la discrétion du pouvoir exécutif.

Son positionnement joue tout autant un rôle décisif sur l'indépendance effective de l'institution judiciaire dans la mesure où il conserve une tutelle non négligeable sur ses membres. Celle-ci s'exerce d'abord sur la carrière des magistrats. Héritage de la culture politique autoritaire du premier empire qui les incluait sans équivoque dans l'Administration⁵⁸⁷, les attributions du Ministre de la Justice, même amoindries par les réformes successives intervenues depuis, demeurent aujourd'hui particulièrement étendues, qu'il s'agisse de la formation, la discipline ou le déroulement de la carrière des juges et procureurs⁵⁸⁸. De façon plus marquée encore, la dépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du ministre de la Justice se donne à voir dans la survivance singulière de sa fonction, directement héritée de l'ancien régime, de Garde des sceaux. Réaffirmée avec force à l'époque contemporaine⁵⁸⁹, elle l'institue autorité hiérarchique directe de l'ensemble des membres du ministère public, destinataires à ce titre de ses instructions générales mais également particulières d'action publique. Elle confère, dès lors, au pouvoir exécutif une influence considérable sur l'exercice quotidien de la Justice pénale, d'autant plus significative que les attributions du ministère public gagnent parallèlement en importance⁵⁹⁰.

180. La deuxième forme d'ingérence indirecte du pouvoir administratif tient à la tutelle qu'il exerce sur les services de police judiciaire. L'autorité concrète que le pouvoir judiciaire est en mesure d'exercer sur les agents en charge de constater et élucider les infractions conditionne directement l'étendue de son contrôle et, par voie de conséquence, l'effectivité du respect du cadre juridique de leur intervention. Dès lors, l'influence primordiale qu'exerce aujourd'hui l'autorité administrative sur la carrière et les conditions matérielles de travail des agents et officiers de police judiciaire réduit d'autant la portée du contrôle judiciaire de leur action. La plus ou moins grande possibilité laissée au pouvoir judiciaire de diriger réellement la police judiciaire a ainsi une incidence directe sur le degré de protection effective de la Sûreté du citoyen.

587 V. Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE et Bruno DUBOIS, *op.cit.*, p.524 et suivantes.

588 Le décret n°72-355 du 4 mai 1972 place ainsi l'Ecole Nationale de la Magistrature et son Directeur sous l'autorité exclusive du ministre de la Justice. En vertu des articles 27-1, 28-2, 50 et 58-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ce dernier conserve en outre un rôle primordial dans la nomination des magistrats et demeure leur autorité de poursuite disciplinaire.

589 La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 a ainsi introduit dans le Code de procédure pénale un article 34 relatif aux « attributions du Garde des sceaux, Ministre de la Justice ».

590 *Infra* n°375.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Le poids institutionnel de l'Administration dans les structures du système répressif lui permet une immixtion potentiellement considérable sur le cours du procès pénal, affectant d'autant l'effectivité du contrôle juridictionnel de la répression. Mais son périmètre peut se trouver encore davantage érodé par les attributions proprement pénales qui sont en outre directement conférées au pouvoir administratif.

2°) Une immixtion directe.

181. Au milieu des années 1960, des auteurs de référence pouvaient encore écrire que, « *comme on l'a fait remarquer avec beaucoup de raison, l'intervention du préfet, notamment du préfet de police à Paris, souvent averti le premier, est une garantie d'efficacité* »⁵⁹¹. Le fait que le pouvoir administratif se trouve en situation de conduire, en pleine autonomie, tout ou partie d'une procédure pénale relève ainsi d'une longue tradition, s'appuyant là encore sur un souci apparent de pragmatisme. Il faut en effet attendre la loi du 7 février 1933 pour que soit osée une première abrogation de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, qui conférait aux préfets des pouvoirs équivalents à ceux du Procureur de la République et du Juge d'instruction⁵⁹². Rétabli pour les seuls crimes et délits contre la Sûreté de l'Etat dès 1935⁵⁹³, ce pouvoir ne sera définitivement supprimé qu'avec la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale – avant que ne se développent, à l'époque contemporaine, de nouvelles formes d'ingérence du préfet dans le cours du procès pénal⁵⁹⁴.

182. Si l'on réserve le cas particulier du garde des sceaux, le maire constitue la seconde autorité administrative dotée, là encore depuis le Code d'instruction criminelle, de pouvoirs propres dans la répression des infractions. S'exerçant d'abord, comme l'ensemble de ses autres prérogatives, sous le

591 BOUZAT et PINATEL, *op.cit.*, p.852.

592 Cet article disposait en effet que « *les préfets des départements, et le préfet de police à Paris, pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir* ».

593 La loi du 25 mars 1935, tout en les rétablissant, limite dans le temps les pouvoirs judiciaires du préfet en prévoyant l'intervention obligatoire du Procureur de la République ou du juge d'instruction à l'issue d'un délai de vingt-quatre heures. Les pouvoirs judiciaires du préfet sont maintenus à l'article 30 du Code de procédure pénale, qui porte à 48h le délai pendant lequel il peut les exercer sans intervention de l'autorité judiciaire.

594 *Infra* n°410.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

contrôle direct du préfet⁵⁹⁵, ses attributions pénales, confirmées par le Code de procédure pénale de 1958 et l'ensemble de ses modifications successives, ont pris davantage d'importance à partir du moment où ont disparu celles de son autorité de tutelle. Si la qualité d'officier de police judiciaire qui lui est attribuée par les textes le place, en théorie, sous l'autorité du Ministère public⁵⁹⁶, il n'en est pas de même, tant s'en faut, de son positionnement institutionnel. A mesure que se développe le rôle de la police municipale dans le champs proprement pénal, le maire s'inscrit, au moins potentiellement, comme une autorité répressive concurrente⁵⁹⁷. Par ailleurs, au moins en matière contraventionnelle, le maire cumule les fonctions d'autorité d'incrimination et, par délégation aux policiers municipaux, de constatation des infractions pénales⁵⁹⁸.

A cette confusion il faut encore ajouter celle d'autorité de jugement, à chaque fois qu'il est fait usage, dans son domaine de compétence, de la procédure dite de l'amende forfaitaire. Introduite par la loi n°72-5 du 3 janvier 1972 *tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions*, ce dispositif permet de sanctionner directement l'auteur de l'infraction relevée par une peine d'amende fixée selon un tarif préétabli⁵⁹⁹. Certes, l'agent verbalisateur agit en principe sous le contrôle du Procureur de la République et ne dispose d'aucune marge de manœuvre quant à la détermination de la peine. Le condamné peut en outre toujours contester la sanction en soumettant l'affaire au juge de police, réservant ainsi sa place au contrôle juridictionnel⁶⁰⁰. Il reste qu'une telle procédure, s'ajoutant aux pouvoirs de police judiciaires du Maire, peut conduire à lui octroyer un poids considérable dans la répression de certaines infractions.

183. Cette reconnaissance au profit de l'Administration d'un pouvoir propre de constatation, de poursuite voire de répression des infractions, en ce qu'elle affaiblit la portée et l'effectivité du contrôle juridictionnel de l'action des autorités répressives, constitue une forme d'érosion de l'ordre pénal républicain aussi évidente qu'insensible. Plus délicate à mesurer s'avère, en revanche, l'atteinte que peut nourrir le rôle joué par le pouvoir administratif dans les différentes politiques de prévention de la délinquance. De nombreuses actions peuvent être menées par le pouvoir exécutif, en particulier au niveau local, pour réduire les facteurs criminogènes ou même pour mettre en place

595 Articles 97 et 99 de la Loi du 5 avril 1884.

596 Article 16 du Code de procédure pénale.

597 *Infra* n°408.

598 Article 21 du Code de procédure pénale.

599 Articles 529 et suivants du Code de procédure pénale.

600 Articles 530 et suivants du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

des dispositifs spécifiques de prévention du passage à l'acte. Ce type de politique ne saurait, en soi, être considérée comme trahissant une méconnaissance des prérogatives du pouvoir judiciaire, qui n'est sensée intervenir qu'après la commission de l'acte incriminé. Il est cependant des actions menées par l'autorité administrative au nom de la prévention de la délinquance qui révèlent, sinon une hostilité, du moins une méconnaissance certaine de l'idée de Sûreté⁶⁰¹.

Plus insensibles encore mais tout aussi profondes s'avèrent, à cet égard, les différentes formes de répression para-pénale exercées par l'Administration.

B) Le pouvoir répressif para-pénal de l'Administration.

184. Les différentes types de procédures para-pénales conduites par l'Administration portent à l'ordre pénal républicain une atteinte d'un genre particulier. Certes, la Sûreté est une notion universelle ayant vocation à encadrer l'ensemble des mesures restrictives ou privatives de droits dans une collectivité donnée et notamment les procédures coercitives proprement administratives, notamment en matière de santé publique ou de police des étrangers⁶⁰².

Mais, à partir du moment où les faits auxquels elles s'appliquent présentent un caractère quasi-infractionnel, les procédures administratives para-pénales ont nécessairement pour effet d'amoinrir l'effectivité du principe de juridictionnalité de la répression. Il convient toutefois de distinguer entre les deux formes principales que prennent ces procédures.

En effet, si les règles gouvernant l'action des entités répressives dites « indépendantes » se rapprochent grandement de celles applicables au procès pénal (2), les entorses aux exigences de la Sûreté résultant d'un usage ambiguë de la police administrative apparaissent sensiblement plus importantes (1).

601 *Infra* n°404 et suivants.

602 *Supra* n°13.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) L'ambivalence de la police administrative.

185. Ensemble particulièrement vaste et hétérogène, la police administrative recouvre toutes les mesures restrictives ou privatives de droits et de libertés prises par les autorités administratives en vue d'assurer « *l'ordre, la tranquillité, la salubrité et la sécurité publique* »⁶⁰³. Rares sont les auteurs, publicistes ou pénalistes, qui trouvent à redire à une telle définition. Pour la distinguer de la police judiciaire, la police administrative est ainsi présentée comme ayant une finalité essentiellement préventive, avant toute commission d'infraction⁶⁰⁴. L'ambivalence des notions qui la définissent est pourtant à l'origine d'un problématique chevauchement entre le champs administratif et le champs pénal.

L'ordre public constitue en effet un concept d'usage particulièrement répandu dans le domaine pénal. Il s'agit, d'abord, d'un critère autorisant le recours à certaines mesures coercitives au cours de la phase présentencielle du procès pénal, qu'il s'agisse des contrôles d'identité ou de la détention provisoire en matière criminelle⁶⁰⁵. Il s'agit également d'un des critères devant guider le juge dans la détermination de la sanction pénale mais également des modalités de son application⁶⁰⁶. Il s'agit, enfin, d'un motif d'incrimination récurrent au cours du processus législatif, en particulier à l'époque contemporaine⁶⁰⁷. Or, en matière de police administrative, « *la délimitation exacte du contenu de la notion – essentiellement contingente et évolutive – d'ordre public [...] est impossible* »⁶⁰⁸.

La sécurité devient aujourd'hui une seconde notion dont l'ambivalence autorise l'empiètement de la police administrative sur le domaine judiciaire. Plus encore que l'ordre public, la souci d'accroître la sécurité du citoyen constitue, en effet, un objectif très fréquemment affiché par le législateur au

603 Issue de la jurisprudence du Conseil d'Etat (*V.* CE 19 février 1909, Abbé OLIVIER Rec. 181, CE, 8 août 1919, LABONNE, Rec. 737 et CE, 19 mai 1933, BENJAMIN, Rec. 541) cette définition est désormais codifiée à l'article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

604 *V.* George DUPUIS, Marie-José GUESDO et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2002, p.479.

605 Articles 78-2-4 et 144 du Code de procédure pénale.

606 Articles 132-24 du Code pénal et 712 du Code de procédure pénale.

607 *V.* par exemple les propos de l'auteur de la proposition de loi *renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, quand il évoque, au soutien de la nouvelle incrimination créée par le texte, « *les casseurs qui s'infiltrèrent dans une manifestation dans le simple but de troubler l'ordre public* », in Assemblée nationale, proposition de loi n°1641 de la treizième législature, Paris, 5 mai 2009, p.3.

608 George DUPUIS, Marie-José GUESDO et Patrice CHRETIEN, *op.cit.*, p. 478.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

soutien de la transformation du système répressif⁶⁰⁹. A partir du moment où la sécurité devient un critère d'incrimination et de définition des prérogatives du pouvoir répressif, rien n'empêche plus l'autorité administrative d'adopter, au nom de son pouvoir de police, des mesures de nature essentiellement répressive. Qu'ils soient appréhendés au nom de l'ordre public ou de la sécurité publique, les comportements prohibés par l'autorité de police d'administrative peuvent ainsi parfaitement s'analyser en de quasi-infractions.

186. Cet empiètement potentiel de la police administrative dans le champs pénal vient éroder l'ordre pénal républicain de différentes façons. Il conduit tout d'abord à un relâchement considérable du contrôle juridictionnel de la répression. Certes, les mesures de police administrative doivent respecter les mêmes exigences de légalité, de nécessité et de proportionnalité que les mesures pénales⁶¹⁰. Le contrôle du respect de ces principes par le juge administratif s'avère cependant sensiblement moins élevé que celui opéré par le juge judiciaire. Non seulement il s'agit d'un contrôle occasionnel, n'intervenant qu'en cas de recours formé contre le texte réglementaire instituant la mesure, mais il s'agit également d'un contrôle indirect. Alors que l'autorité judiciaire se trouve normalement en situation d'apprécier immédiatement l'action des services de police, l'examen de la régularité de la mesure de police par le juge administratif n'a lieu, en pratique, que de nombreux mois après son entrée en vigueur⁶¹¹.

Or, de telles mesures ne se limitent pas à créer des contraventions réprimant la violation des règles édictées par l'autorité administrative – ce qui a pour effet, avec les réserves déjà mentionnées, de basculer leur exécution sous l'autorité du pouvoir judiciaire⁶¹². Elles servent en outre de fondement à l'exercice de mesures privatives ou restrictives de droit à l'égard du citoyen, et notamment de restriction à sa liberté d'aller et venir. Ainsi le préfet dispose-t-il du pouvoir de requérir directement la force publique pour l'exécution de ses arrêtés, et, ce faisant, de faire user, sous sa seule autorité de la coercition à l'égard des contrevenants⁶¹³. Certes, le maire ne bénéficie pas de telles prérogatives, les policiers municipaux n'ayant, en leur qualité d'agent de police judiciaire adjoints, pas plus de

609 *Infra* n°295.

610 V. CE 19 février 1909, Abbé Olivier, R.181 ; CE 19 mai 1933, Benjamin, R.541 et CE 22 juin 1951 Daudignac, R.362.

611 Les mesures de polices administratives prises par arrêté sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, sachant que de délai moyen qui sépare aujourd'hui le dépôt d'une requête de son jugement est d'un an devant le Conseil d'Etat et de 18 mois devant le Tribunal administratif ; cf. www.conseil-etat.fr

612 *Supra* n°182.

613 Article L2215-1 du Code général des collectivités territoriales

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

pouvoir coercitif que le simple citoyen⁶¹⁴. Cependant, à mesure que se développe l'engagement de la police municipale dans la nébuleuse des politiques de sécurité, elle se trouve en situation de prendre des mesures plus ou moins coercitives à l'égard des contrevenants sur le seul fondement des arrêtés municipaux⁶¹⁵.

Dans un cas comme dans l'autre, l'empiètement virtuel de la police administrative sur le champ pénal a pour conséquence d'exposer potentiellement le citoyen à une répression sensiblement plus arbitraire que celle se déployant sous l'autorité du pouvoir judiciaire. Par comparaison, le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes offre davantage de garanties aux personnes mises en cause.

2°) Les autorités répressives « indépendantes ».

187. On désigne classiquement par « autorités administratives indépendantes », l'ensemble des institutions *ad hoc*, dotées de la personnalité morale, ayant vocation à contrôler le bon respect des règles de droit applicables à un domaine d'activité précis et, pour certaines d'entre elles, à en sanctionner la méconnaissance⁶¹⁶. Leur développement remarquable à l'époque contemporaine nous interroge bien au delà de la question pénale, en particulier sur les ressorts de cette propension persistante du législateur à faire échapper, au moins indirectement, certains contentieux à la connaissance du juge. Toutes ces autorités administratives ne sont cependant pas dotées des mêmes attributions. Certaines ne possèdent aucun autre de pouvoir de sanction des éventuelles violations constatées que celui d'en rapporter auprès du public et du gouvernement⁶¹⁷. D'autres disposent au contraire du pouvoir de poursuivre et de réprimer les atteintes constatées et, quand elles connaissent de quasi-infractions, sont amenées à exercer un pouvoir répressif para-pénal qui affecte

614 Ainsi, leur pouvoir d'interpellation est-il, en application de l'article 73 du Code de procédure pénale, subordonné à l'existence d'un crime ou un délit flagrant et limité à la seule mise à disposition de l'officier de police judiciaire de la personne arrêtée.

615 *Infra* n°408.

616 V. George DUPUIS, Marie-José GUESDO et Patrice CHRETIEN, *op.cit.*, p.191 et s.

617 Il s'agit, pour l'essentiel, des autorités administratives indépendantes en charge de veiller au respect de certains droits fondamentaux, à savoir le contrôleur général des lieux privatifs de liberté institué par la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 et le défenseur des droits, qui, aux termes de la loi n°2011-334 du 29 mars 2011, concentre désormais les attributions anciennement dévolues à la Haute autorité de lutte contre les discriminations, au défenseur des enfants, au médiateur de la République et à la commission nationale de déontologie de la sécurité.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

potentiellement la Sûreté du citoyen⁶¹⁸. Tel est en particulier le cas de l'Autorité de la concurrence et de l'Autorité des marchés financiers, respectivement chargées de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles⁶¹⁹ et « *les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations* »⁶²⁰. Ce type de pratiques est en effet susceptibles de recevoir également une qualification pénale, qu'il s'agisse d'infractions financières tel le délit d'initié ou d'infractions plus communes tels l'abus de confiance ou l'escroquerie⁶²¹.

188. Certes, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, les principes directeurs du droit pénal, qu'il s'agisse du principe de légalité des délits et des peines, du principe de non-rétroactivité ou du principe du contradictoire, se retrouvent globalement dans les procédures applicables devant cette catégorie d'autorités administratives indépendantes⁶²². En outre, l'ensemble des sanctions qu'elles prennent s'exercent sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, fut-il indirect. Une indéniable partialité objective caractérise en revanche la procédure répressive appliquée par ces différentes autorités⁶²³. Cette exigence de la Cour de Strasbourg a conduit tant le législateur que la Cour de cassation à garantir l'impartialité fonctionnelle de la procédure en interdisant à un juge qui a, d'une façon ou d'une autre, déjà connu une affaire, de siéger lors de l'audience de jugement⁶²⁴. Dans les limites de leurs attributions, les entités répressives indépendantes concentrent pourtant les fonctions de constatation, d'instruction, de poursuite et de

618 Nous pouvons inclure dans cette catégorie le Conseil supérieur de l'audiovisuel régi par les articles 4 et suivants de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, l'autorité des marchés financiers, régie par les articles L.621-1 du Code monétaire et financier, l'Autorité de la concurrence, régie par les articles L.461-1 et suivants du Code de commerce, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, régie par les articles L.331-1 et suivant du Code de la propriété intellectuelle, l'Autorité de contrôle prudentiel (des activités bancaires), régie par les articles L.612-1 du Code monétaire et financier et de l'Autorité de régulation des jeux en ligne régie par les articles 34 et suivants de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

619 Article L.420-1 du Code de commerce.

620 Article L.621-9 du Code monétaire et financier.

621 Respectivement incriminées par les articles L.465-1 du Code monétaire et financier, 314-1 et 313-1 du Code pénal.

622 Dans sa décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que les exigences du droit à la Sûreté doivent s'appliquer « *à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* ». Se référant plus précisément à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat veillent également au respect des différents aspects du droit à un procès équitable au sein de ces procédures para-pénales ; *V.* notamment Cass, AP., 5 février 1999, bull.99, n°1 et CE, 3 décembre 1999, Didier, AJDA2000.126.

623 *V. F. Sudre, op.cit., p.99.*

624 L'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose ainsi que le procès pénal « *doit garantir la séparation des autorités de poursuite et des autorités de jugement* », tandis que les articles 49 et 137-1 du même Code précisent que le Juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention ne peuvent « *à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont [ils ont] connu* ». Depuis un arrêt du 12 octobre 1983, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, par ailleurs, été conduite à se prononcer très régulièrement sur la possibilité pour certains magistrats ayant connu de l'affaire, de participer à son jugement.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sanction des quasi-infractions relevant de leurs domaines de compétence⁶²⁵. La plupart d'entre elles participent en outre de façon plus ou moins étroite à l'élaboration des normes dont elles ont vocation à contrôler la bonne application⁶²⁶. Une telle confusion ne peut que créer pour la personne mise en cause, sinon la réalité, du moins l'apparence d'un pré-jugement de son affaire.

189. La réalité de l'indépendance de ces entités répressives *ad hoc* pose en outre question. De la même façon que l'ingérence organique du pouvoir exécutif dans le déroulement de la carrière des membres du pouvoir judiciaire ne peut qu'affaiblir la portée de leur contrôle, les conditions de nomination des membres des autorités administratives indépendantes s'avèrent déterminantes de leur capacité à respecter effectivement les garanties fondamentales de la personne mise en cause. Or, sans aucune exception, leur désignation et celle de leurs collaborateurs est en tout ou en partie laissée, dans la limite des corps appelés à composer ces entités, à la discrétion du pouvoir exécutif⁶²⁷. Au delà de leur indépendance formelle de fonctionnement, de telles institutions s'inscrivent ainsi dans la vaste nébuleuse juridique du droit répressif administratif. Son développement a pour effet d'amoinrir les garanties de l'individu mise en cause au titre de la violation de quasi-infractions mais également de toutes infractions pour lesquelles le pouvoir administratif dispose d'une latitude répressive en dehors du contrôle de l'autorité judiciaire.

Plus importante encore se révèle l'atteinte que porte à la Sûreté du citoyen l'existence parallèle d'un pouvoir répressif privé.

625 Articles L.463-1 à L462-3 du Code de commerce s'agissant de l'Autorité de la concurrence, L.612-30 à L.612-38 du Code monétaire et financier s'agissant de l'Autorité de contrôle prudentiel et L.621-9 et suivants, L.621-15 et suivants du Code monétaire et financier s'agissant de l'Autorité des marchés financiers.

626 Articles L.462-1 et L462-2 du Code de commerce s'agissant de l'Autorité de la concurrence, L621-6 et suivants du Code monétaire et financier s'agissant de l'Autorité des marchés financiers.

627 Article L621-2 du code monétaire et financier s'agissant de l'Autorité des marchés financiers, L612-5 du Code monétaire et financier s'agissant de l'Autorité de contrôle prudentiel et L461-1 du Code de commerce s'agissant de l'Autorité de la concurrence.

§ 2 : Le pouvoir répressif privé.

190. Dans ses fameuses *Institutes au droit criminel*, Muyart de Vouglans citait, au titre des faits justificatifs admis par l'ancien droit pénal « *la juste douleur que celle d'un mari ou d'un père qui tuerait celui qu'il trouverait en flagrant délit avec sa femme ou sa fille ou l'affection naturelle, telle que celle d'un parent ou ami qui tuerait quelqu'un pour sauver la vie, l'honneur, ou les biens de son parent ou ami ou la juste crainte, telle que celle d'un homme qui en tuerait un autre qu'il trouverait de nuit dans sa maison* »⁶²⁸. C'est notamment en réaction à cette forme de modération répressive que les Constituants vont donner au droit à la Sûreté une dimension universelle, en cherchant à retirer aux puissances privés les attributions répressives plus ou moins étendues qu'elles exerçaient à l'égard de certains sujets sous l'ancien régime⁶²⁹.

Fort logiquement, ce pouvoir répressif privé ressurgira dans les marges de l'ordre pénal républicain lors de la fondation du droit pénal moderne pour se développer jusqu'à nos jours sous des formes diverses et renouvelées. Il se distingue du rôle conféré dans le procès pénal à la partie civile et plus généralement à la victime. La confusion persistante entre action publique et action civile n'est certes pas sans effet sur le degré de protection des garanties fondamentales du justiciable, qui ont tendance à décliner à mesure que se développe le poids procédural de la victime. Mais la victime apparaît, chez les tenants du bon sens répressif et plus encore du réalisme répressif, moins comme l'objet d'une préoccupation en soi que comme l'instrument d'un déchaînement de la répression et ne sert donc pas directement à justifier ou tolérer une privatisation de la justice pénale⁶³⁰.

Il existe en revanche la reconnaissance d'un véritable pouvoir répressif privé dans la tentative récurrente de conférer à des autorités privées la responsabilité de la constatation, de la poursuite voire même de la sanction d'infractions pénales. Titulaires d'une véritable délégation répressive (A), les mêmes autorités privées vont, corrélativement, bénéficier d'une bienveillante modération du pouvoir répressif institué (B).

628 Pierre-François Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux en ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du royaume*, Paris, 1757, p.6 et 7.

629 V. Pierre Noël, Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUMES, *Au nom de l'Ordre, une histoire politique du Code pénal*, *op.cit.*, p. 190

630 *Infra* n°243 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La délégation répressive.

Il y a délégation répressive à chaque fois que les autorités pénales confient tout ou partie de leurs attributions et prérogatives à des personnes privées. La plupart du temps, une telle délégation apparaît de façon implicite, dans le silence ou l'inaction du pouvoir répressif public. Mais elle peut également être explicite, par l'association officielle d'autorités privées à la constatation et, dans une certaine mesure, à la sanction d'infractions ou de quasi-infractions.

Menée au nom d'un souci de pragmatisme ou d'efficacité plus ou moins affirmé, la délégation répressive constitue un facteur non négligeable d'érosion de l'ordre pénal républicain. S'exerçant non seulement en dehors de tout cadre judiciaire mais encore en dehors de tout cadre juridique, elle interdit par hypothèse tout contrôle sur la conduite de la répression. Elle réalise en outre la confusion en une seule autorité, non seulement de l'ensemble des fonctions pénales, mais aussi, dans certaines hypothèses, de la qualité de partie offensée et de celle de partie poursuivante.

En pratique, la délégation de prérogatives répressives au pouvoir privé s'observe essentiellement dans la sphère domestique (1) et dans la sphère économique (2).

1°) Les attributions répressives du pouvoir domestique.

191. Le pouvoir répressif domestique est celui qui peut être dévolu au chef de famille pour la répression des infractions commises au sein de son foyer. Il ne s'agit évidemment pas d'affirmer que tous les actes susceptibles de recevoir une qualification pénale commis au sein de la *domus* doivent faire l'objet d'une procédure judiciaire, sous peine de nourrir cette propension à l'hégémonie de la régulation pénale qui constitue une autre forme d'érosion de l'ordre pénal républicain⁶³¹. Il s'agit, en revanche, de mettre en lumière au sein des diverses formes d'exercice de l'autorité au sein de la sphère domestique et, notamment, de la cellule familiale, celles qui ont pour effet de soumettre certains individus à l'arbitraire du *pater familias* pour la sanction d'infractions ou de quasi-infractions. S'exerçant sur des personnes placées, par hypothèse, dans une relation de subordination à son égard, un tel pouvoir peut ainsi s'analyser en une véritable délégation répressive.

631 *Supra* n°140.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Certes, une telle hypothèse peut aujourd'hui apparaître incongrue ou, du moins, particulièrement anecdotique, a fortiori dans un temps où la judiciarisation des rapports intra-familiaux n'a jamais été aussi élevée. Il faut pourtant se souvenir que jusqu'à la loi du 4 juin 1970, le représentant légal des enfants mineurs disposait à leur égard d'un pouvoir de « correction » qui, à maints égards, s'apparentait à un véritable pouvoir répressif. En vertu de cette prérogative, le père de famille se voyait ainsi conférer toute latitude, au delà des châtiments corporels, pour sanctionner les comportements déviants, le cas échéant constitutifs d'infractions pénales, des mineurs placés sous son autorité, en particulier en obtenant leur internement dans un établissement disciplinaire⁶³².

Si la disparition de la correction paternelle ne laisse subsister d'autre pouvoir de remontrance du père de famille à l'égard des gens de sa maison que celui que tolèrent les pouvoirs publics, l'idée d'un pouvoir répressif familial n'a cependant pas disparu de notre système répressif et sa réactivation régulière nous renseigne utilement sur le degré de résistance à la mise en œuvre du projet pénal républicain. La position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à partir de la fin des années 1970 pour qualifier, sous certaines conditions, de traitements inhumains et dégradants les châtiments corporels infligés au sein de la famille ou d'institutions scolaires révèle, en creux, la persistance de cette forme de répression privée⁶³³. Nous la retrouvons aujourd'hui dans la propension contemporaine à vouloir engager la responsabilité pénale des représentants légaux à raison des actes commis par leurs enfants mineurs, incitation à peine voilée à la réhabilitation d'un droit de sanction pénal proprement familial⁶³⁴.

192. Le droit de propriété privée constitue le second domaine d'élection du pouvoir répressif domestique. Particulièrement favorisé par le Code civil de 1804, le propriétaire se présente, aux côtés du père de famille, comme l'un des corps intermédiaires privés ayant vocation à incarner les fameuses « masses de granit » de l'ordre social du premier empire⁶³⁵. Le code pénal de 1810 institue ainsi un régime répressif particulièrement sévère à l'égard du domestique⁶³⁶. Au delà, le propriétaire

632 V. Michel MANCIAUX, Marceline GABEL, Dominique GIRODET, Caroline MIGNOT, Michelle ROUYER, *Enfances en Danger*, Paris, Fleurus, 2002.

633 V. CEDH, 25 avril 1978, TYRER c. ROYAUME-UNI et CEDH 25 février 1982, CAMPBELL ET COSANS c. ROYAUME-UNI

634 V. C. VIENNOT, « Punir les parents ? » in Pierrette PONCELA (dir.), *Délinquances des jeunes. Quels actes ? Quelles réponses juridiques ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 165-184

635 V. Louis BERGERON et Guy CHAUSSINAND-NOGARET, *Les masses de granit, cent mille notables du premier empire*, Paris, Touzot, 1979.

636 Ainsi le vol commis par un domestique est-il qualifié de crime par l'article 386 du Code pénal de 1810, au même titre que le vol avec armes ou le vol par effraction commis de nuit.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

se voit reconnaître une délégation plus ou moins étendue de prérogatives dans la constatation, la poursuite et, sous certains aspects, la sanction des infractions commises sur son domaine, qui se manifeste, en particulier, dans la présomption de légitime défense établie par l'article 329 du Code pénal de 1810, dont le caractère réfragable ne fut admis par la Cour de cassation qu'en 1959⁶³⁷. En justifiant par principe l'infraction commise par la personne ayant agi « *pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité* »⁶³⁸, le droit pénal reconnaît, au moins implicitement, un pouvoir répressif purement privé au profit de l'individu réputé défendre sa propriété.

Contrairement à ce que pourrait suggérer un rapide panorama de la situation actuelle, cette forme de répression ne constitue pas encore un cas d'école, même si le pouvoir pénal privé s'épanouit aujourd'hui de façon bien plus spectaculaire dans la sphère économique.

2°) Les attributions répressives du pouvoir économique.

193. Le pouvoir répressif susceptible d'être délégué aux différentes entités exerçant un pouvoir plus ou moins étendu dans la production et de la circulation des richesses reste aujourd'hui bien moins connu et étudié que la modération répressive dont elles continuent de bénéficier⁶³⁹. De nombreux travaux ont de longue date mis en évidence le pouvoir souvent considérable, légal ou non, qu'exercent ces entités sur la vie économique et sociale des individus affectés par leur action⁶⁴⁰. Peu d'études pointent en revanche le pouvoir proprement répressif qu'elles sont amenées à exercer du fait de cette même position dominante.

Leurs attributions répressives sont d'abord internes, s'appliquant dans les rapports entre l'employeur et ses salariés. Dressant un parallèle significatif entre le chef d'entreprise et le père de famille, l'ordre pénal napoléonien avait en effet conféré au premier un pouvoir exorbitant dans la constatation et la poursuite des infractions commises par ses employés. Il s'agissait, en premier lieu,

637 Crim. 19 février 1959, Bull. Crim. N°121.

638 Selon la formulation de l'actuel article 122-6 du code pénal, transposition de l'article 329 du Code pénal de 1810.

639 *Infra* n°197.

640 *V.* notamment John Kenneth GALBRAITH, *Anatomie du pouvoir*, Paris, Seuil, 1985 ou, pour la situation française, Jacques SAPIR *Les Économistes contre la démocratie*, Albin Michel, Paris, 2002 ou encore à Frédéric LORDON, *Jusqu'à quand ? Raisons d'agir*, Paris, 2008.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de la force probatoire supérieure attribuée aux allégations du chef d'entreprise par rapport à celles de ses ouvriers dans les litiges les opposant – qu'ils aient ou non une dimension pénale – notamment en matière de vol⁶⁴¹. Il s'agissait, plus encore, du pouvoir disciplinaire considérable que lui conférait le livret ouvrier qui, supprimé sous la Révolution, fut opportunément rétabli par Bonaparte par la loi du 22 germinal an XI (12 mars 1803) et l'arrêté du 9 frimaire an XII (1^{er} décembre 1803). Outre que ce dernier conférait indirectement à l'employeur la charge de veiller au respect de l'interdiction des « *coalitions d'ouvriers* »⁶⁴², il le plaçait en situation d'attenter directement à la liberté d'aller et venir de ses employés, puisque ceux-ci ne pouvaient librement quitter l'entreprise sans ce document, qui restait en possession du « maître » durant la totalité de l'exécution du contrat⁶⁴³.

194. Mais la propension à associer les pouvoirs privés directement intéressés à la répression de certaines infractions à leur constatation ou à leur poursuite se manifeste également dans la reconnaissance aux entreprises d'attributions répressives s'exerçant, potentiellement, à l'égard de l'ensemble des citoyens. La proclamation de l'Etat de droit républicain devait en principe entraîner la consécration définitive du monopole public de la coercition⁶⁴⁴. Pourtant, au delà du pouvoir général d'interpellation conféré à tout citoyen en cas de crime ou délit flagrant⁶⁴⁵, s'observe la tentation récurrente du législateur à octroyer, au nom d'un pragmatisme plus ou moins assumé, un véritable pouvoir de police judiciaire ou para-judiciaire aux entreprises intervenant dans l'espace public. Les différentes concessions de domaine public octroyées aux grandes compagnies ferroviaires au XIX^{ème} siècle et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle s'accompagnent ainsi d'une délégation répressive plus ou moins étendue et explicite sur la base de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer⁶⁴⁶. Loin de se réduire, ce pouvoir de police judiciaire privé connaît à l'époque contemporaine une extension significative⁶⁴⁷.

641 Article 1781 du Code civil, abrogé en 1868.

642 Dont la réalisation constituait, en vertu de l'article 413 du Code pénal de 1810 et jusqu'à la loi du 25 mai 1864, un délit passible de peines de un à cinq ans d'emprisonnement, quand la coalition entre employeurs n'était sanctionnée que d'une peine d'amende et d'emprisonnement n'excédant pas un mois et six jours.

643 Articles 4 et 5 de l'arrêté du 9 frimaire an XII.

644 *Supra* n°13.

645 Article 73 du Code de procédure pénale.

646 L'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 octroie ainsi aux « *ingénieurs des ponts et chaussées et des mines, [...] conducteurs, gardes-mines, agents de surveillance et gardes nommés ou agréés par l'administration et dûment assermentés* » un pouvoir de constatation des contraventions, de relevé d'identité des contrevenants. V. François CARON, Histoire du chemin de fer en France, Fayard, Paris, 1997.

647 *Infra* n°382.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

L'érosion de l'ordre pénal républicain se nourrit parallèlement des pouvoirs qui – au delà de la question de l'admission au cours d'une procédure pénale des éléments de preuve recueillis par les parties⁶⁴⁸ – peuvent être délégués à certaines personnes privées dans la recherche active et la constatation d'infractions ressortissant à leur domaine d'activité. S'exerçant d'abord dans l'ombre de la loi⁶⁴⁹, ce pouvoir d'investigation connaît aujourd'hui une singulière consécration juridique, notamment en ce qui concerne les infractions à la propriété intellectuelle⁶⁵⁰. Qu'il soit ou non expressément reconnu, les éléments ainsi recueillis peuvent ainsi fonder une poursuite pénale à l'occasion de laquelle nous retrouvons généralement la personne à l'origine de l'enquête en qualité de partie civile. Dans un cas comme dans l'autre, une telle délégation autorise une répression qui s'exerce en dehors de tout cadre judiciaire, privant de la sorte le justiciable potentiel de toute espèce de garantie.

Mise en parallèle avec la modération de la répression dont peuvent bénéficier ces mêmes entités au titre des infractions qu'elles commettent elles mêmes, elle contribue à faire du pouvoir répressif privé s'impose une forme d'atteinte non négligeable au droit à la Sûreté du citoyen.

B) La modération répressive.

L'idée de Sûreté postule par principe un domaine d'application universel. Autant qu'elle prohibe l'arbitraire des pouvoirs publics, elle exprime le refus de toute forme d'oppression privée, a fortiori lorsque celle-ci émane d'une personne occupant une position dominante. En d'autres termes, l'exigence d'une répression mesurée que portent les principes de nécessité et de proportionnalité ne saurait être confondue avec l'hypothèse d'une répression plus ou moins paralysée devant un pouvoir privé que l'on autorise à s'affranchir du respect de la loi pénale.

Les différentes formes de modération de la répression s'exerçant au bénéfice d'autorités privées ne

648 Selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie, la Cour de cassation admet la recevabilité d'éléments de preuve obtenues par les parties, à la double condition qu'ils aient été obtenus de façon loyale et qu'ils aient été soumis à la contradiction ; V. par exemple Crim., 15 juin 1993, bull. Crim., n° 2010 ou, pour une décision récente, Crim. 27 janvier 2010, Bull. Crim. n°16.

649 V. Dominique KALIFA, Histoire des détectives privés en France (1832-1942), Paris, Nouveau Monde éditions, 2007.

650 *Infra* n°383.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

peuvent dès lors que contribuer à l'effritement de l'ordre pénal républicain, qu'elle s'exercent dans la sphère domestique (1) ou dans la sphère économique (2).

1°) La modération répressive dans la sphère domestique.

195. La modération répressive constitue le corollaire évident de la délégation répressive. C'est d'abord parce que certains pouvoirs privés se voient chargés d'exercer certaines attributions pénales dans leurs domaines d'influence, que le pouvoir répressif public va observer une relative tolérance à l'égard des infractions qu'ils peuvent commettre, en cette occasion comme en d'autres. La légitime défense de principe reconnue au profit du maître des lieux constitue ainsi à la fois la consécration d'un pouvoir de répression des infractions liées à l'intrusion dans son domaine et une garantie d'impunité à l'égard des infractions qu'il peut lui même commettre à ce titre. De la même façon, le pouvoir de correction paternel reconnu au représentant légal des enfants mineurs permettait de justifier les différentes infractions qu'il pouvait commettre à leur égard, en particulier les actes susceptibles d'être qualifiés de coups et blessures volontaires en application des articles 309 et suivants du Code pénal de 1810. C'est encore la puissance maritale reconnue par le Code civil au profit de l'homme marié qui explique que l'homicide « *commis par l'époux sur son épouse* » soit considéré comme « *excusable* » « *dans le cas d'adultère [...] à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale* »⁶⁵¹. Le même raisonnement peut enfin être observé en ce qui concerne l'encadrement progressif du châtement corporel des enfants dans la seconde moitié du XXème siècle⁶⁵².

196. Dans une moindre mesure, les différentes immunités familiales instituées par le Code pénal napoléonien pour écarter la responsabilité pénale en matière de vol des membres en ligne directe d'une famille constitue une autre illustration de cette propension à la modération répressive dans la sphère domestique⁶⁵³. Tout se passe comme si le droit pénal avait vocation, pour certaines catégories

651 Article 324 du Code pénal de 1810. Le caractère « excusable » d'un crime entraîne alors la réduction des peines encourues en application de l'article 326 du Code pénal.

652 *Supra* n°191.

653 L'article 380 du Code pénal de 1810 dispose « *Les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres ascendants, par des pères et mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants ou par des alliés aux mêmes degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles* ». Ces dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article 311-12 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'infractions, à s'arrêter aux portes du foyer pour céder place à une régulation purement privée. Toutefois, dès lors qu'elle s'applique non seulement en faveur du père de famille mais aussi en faveur des personnes placées sous son autorité, une telle forme de modération de la répression ne peut plus être véritablement assimilée à l'expression d'une opposition à l'idée de Sûreté. Elle témoigne également de la prise en compte de la difficulté pratique à établir la propriété respective des biens au sein d'une même famille. Elle témoigne aussi d'une prise en compte de l'intimité du lien entre l'auteur et la victime de l'infraction, laquelle tend, du moins pour les actes les moins graves, à rendre l'intervention de l'autorité publique plus dommageable qu'autre chose.

Ainsi, la démocratisation et la judiciarisation subséquente des rapports intra-familiaux que connaît aujourd'hui notre ordre juridique tend à rendre marginale la modération de la répression dans la sphère domestique. L'époque se caractérise au contraire par une nette propension à la sur-pénalisation des conflits au sein de la famille et, notamment, au sein du couple⁶⁵⁴. La quasi disparition de la fonction sociale du père de famille comme autorité intermédiaire en charge de la pérennité de l'ordre social explique celle de son autonomie répressive. A l'inverse, l'emprise constante d'autorités privées disposant d'un pouvoir économique plus ou moins importante sur l'organisation et le devenir de la Société explique la persistance d'une indéniable modération répressive à leur profit.

2°) La modération répressive dans la sphère économique.

197. L'existence d'une impunité plus ou moins grande accordée à certains pouvoirs privés dépend largement de leur degré d'influence. C'est ainsi que la modération potentielle de la répression à l'égard des différents pouvoirs économiques s'avère d'autant plus élevée que leur poids dans le cours de la vie sociale est important. La tendance à limiter la pénalisation de la vie des affaires telle qu'elle s'observe depuis la fondation du droit pénal moderne n'apparaît jamais aussi marquée que dans les périodes où s'affaïsse la volonté politique d'un réel encadrement des relations économiques. Déjà sous l'ancien régime, l'effectivité de la répression des infractions commises par les acteurs du pouvoir économique va vite se heurter à la communauté d'intérêts qui les lient au pouvoir royal. Instituée en 1685 pour tenter d'endiguer le détournement de fonds publics par les grands commis de

⁶⁵⁴ *Infra* n°324.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'Etat – le délit de péculat – la chambre de Justice spéciale cessera de fonctionner dès 1716 car « *les investigations judiciaires s'arrêtaient à l'approche des amis du Régent et des transactions intervenaient en faveur des grands financiers* »⁶⁵⁵.

En vérité, l'essor d'un véritable droit pénal économique et financier est indissociable de l'affirmation, en particulier sous la III^{ème} République, d'un véritable gouvernement économique. En d'autres termes, « *l'industrialisation et le développement d'un capitalisme financier ont été accompagnés d'une importante réglementation publique qui accorde une place non négligeable au pénal comme soutien, en fait plus symbolique que concret, aux interventions étatiques* »⁶⁵⁶. Pour autant, le relâchement du contrôle public de l'activité des grandes sociétés entre les deux guerres se traduit aussitôt par une mansuétude certaine du pouvoir répressif à l'égard des cartels et autres forme d'abus de position dominante. Ainsi la loi du 24 décembre 1926 vient-elle, au nom du patriotisme économique, dépénaliser certaines formes d'entente sur les prix pratiquées par les grandes entreprises sidérurgiques françaises⁶⁵⁷.

198. Certes, l'incrimination de toute les formes d'abus de position dominante du pouvoir économique ne saurait être préconisée sans verser dans la tentation hégémonique de la régulation pénale évoquée plus haut. Il existe en effet des modes de régulation juridique alternatifs à la pénalisation qui, en vertu du principe de nécessité des délits et des peines, ne sauraient trop être privilégiés aux poursuites, en particulier les sanctions prévues par le Code de la consommation, le Code de commerce et le Code du travail⁶⁵⁸. En revanche, une véritable modération répressive s'observe à chaque fois qu'il s'avère impossible de poursuivre sur la base des textes répressifs existants une atteinte élémentaire à la cohésion sociale ne pouvant, par nature, être commise que par une puissance économique privée. Par exemple, seul le délit de banqueroute – aujourd'hui incriminé par les article L.654-1 et suivants du Code de commerce – permet de saisir pénalement les diverses malversations pouvant être commises par un chef d'entreprise en état de cessation de paiement. C'est en ce sens qu'il constitue, tout au long du XIX^{ème} siècle, une infraction

655 Jean-Marie AUGUSTIN, « Introduction historique au droit pénal des affaires », RPDP 2002, n° 1, p.11.

656 Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *Les grandes phases d'incrimination, 1810-1945, op.cit.* p.102.

657 Jean-Marie AUGUSTIN, *op.cit.*, p.14.

658 *V.* par exemple les article L132-1 du Code de la consommation qui répute « *non écrite* » toute clause abusive imposée par le vendeur professionnel et l'article L.311-48 du même Code qui sanctionne de la déchéance des intérêts le manquement par le prêteur professionnel à ses obligations d'information lors de la conclusion du contrat de crédit.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

emblématique dans la construction progressive d'un véritable ordre public économique et financier⁶⁵⁹. Son absence laisserait sans réponse propre l'atteinte spécifique à la collectivité dans son ensemble que constitue la dissimulation d'un état de déconfiture.

199. Mais la modération de la répression des infractions commises par le pouvoir économique s'appuie avant tout sur l'existence de règles de procédure ou d'une politique pénale qui interdisent, de fait, toute action publique conséquente. Le degré d'indépendance effective des autorités de poursuite et d'instruction à l'égard des autres pouvoirs influe largement sur leur aptitude à conduire une procédure pénale conséquente en matière économique et financière. La proximité idéologique, culturelle et économique qu'entretiennent les milieux d'affaires avec le pouvoir exécutif ne peut que rejaillir sur la propension d'une institution judiciaire qui ne serait pas suffisamment indépendante à son égard à poursuivre et sanctionner effectivement les délits économiques⁶⁶⁰. Les travaux novateurs de Pierre Lascoumes sur la délinquance économique et financière ont ainsi mis en évidence la persistance jusqu'à nos jours de représentations assimilant les transgressions commises par les élites à des erreurs et non – à l'instar du commun des mortels – à des fautes⁶⁶¹.

Les conditions matérielles et institutionnelles de la poursuite apparaissent également déterminantes. Par hypothèse, la délinquance d'affaires est occulte et souvent technique. Sa constatation ne résulte guère de l'action quotidienne des services de police mais suppose des investigations longues et parfois complexes. Dès lors, l'existence d'unités policières et judiciaires spécialisées et dotées de moyens suffisants conditionne directement l'effectivité de la réponse pénale qui peut y être apportée. L'institution de modes de poursuites centrés sur une réponse pénale rapide au détriment d'investigations plus fouillées limite aujourd'hui sérieusement la possibilité même d'une réponse pénale adaptée aux infractions économiques et financières les plus graves et les plus complexes⁶⁶². En toute hypothèse, la relative impunité pénale dont bénéficie de la sorte le pouvoir économique vient directement amoindrir la protection de la Sûreté du citoyen. En livrant ce dernier à l'arbitraire d'autorités privées dont l'influence ne cesse aujourd'hui de s'étendre, la mansuétude à l'égard des

659 V. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre NOËL, *op.cit.* p.104 à 107.

660 V. Monique PINÇON-CHARLOT, Michel PINÇON, *Les Ghettos du Gotha : comment la bourgeoisie défend ses espaces*, Payot, Paris, 2009

661 Pierre LASCOUMES, *Élites irrégulières, essai sur la délinquance économique et financière*, Gallimard, Paris, 1997. V. aussi, du même auteur, *Une démocratie corrompible, arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Seuil coll. la République des idées, Paris, 2011.

662 *Infra* n°259.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

délinquance d'affaires lui porte une atteinte qui ne saurait être négligée.

Aussi variées que relativement méconnues, les différentes formes de répression extra-judiciaire contribuent ainsi puissamment, derrière l'invocation d'une intention prétendument pragmatique, à l'érosion de l'ordre pénal républicain. Plus ambiguë à cet égard se révèle l'influence des différents régimes de suspension de la légalité successivement mis en place depuis l'avènement de l'Etat de droit.

SECTION 2 : LA SUSPENSION AMBIVALENTE DE LA SÛRETÉ

200. Contrairement à ce qu'un regard superficiel pourrait suggérer, l'ensemble des dispositions organisant la suspension plus ou moins avancée de l'ordre légal ne portent pas la marque intrinsèque d'une opposition à l'idée de Sûreté. Certes, elles ont toutes pour conséquence d'accroître temporairement l'arbitraire des pouvoirs publics, en matière pénale comme ailleurs. Ce qui a pour conséquence, en particulier, de valider l'ensemble des mesures coercitives temporaires déployées à l'égard d'individus sans que les actes ou le comportement de ces derniers ne soit préalablement incriminés. Certains auteurs estiment d'ailleurs pouvoir saisir le sens de l'évolution contemporaine du système répressif en concentrant leur propos sur le développement des régimes d'exception⁶⁶³.

L'analyse oblige cependant à adopter un regard plus nuancé. L'ensemble des dispositions autorisant aujourd'hui les pouvoirs publics à s'affranchir des règles et procédures fondant leur action forment en effet un ensemble hétéroclite et parfois incohérent. Aux dispositifs constitutionnels étendant et dérèglementant les pouvoirs de l'exécutif en temps de crise⁶⁶⁴, s'ajoutent non seulement des régimes d'ordre légal⁶⁶⁵, mais aussi d'origine purement prétorienne⁶⁶⁶, visant à dispenser l'Administration du respect de certaines des dispositions fondant et encadrant son intervention.

Les ressorts de la suspension de l'ordre légal sont en outre particulièrement ambivalents. Certes, les différents régimes présentent en apparence un fondement analogue. Qu'il s'agisse de sauvegarder « *les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire* »⁶⁶⁷ ou, de façon bien moins précise, de répondre à des « *atteintes graves à l'ordre public* » ou à « *des événements présentant [...] le caractère de calamité publique* »⁶⁶⁸, la suspension est toujours fondée sur l'invocation d'un péril national d'une importance et d'une imminence telle, qu'il apparaît

663 Jean-Claude PAYE, *La fin de l'Etat de droit : La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, La Dispute, Paris, 2004.

664 L'article 16 de la Constitution institue ainsi une véritable dictature, au sens juridique du terme, au profit du président de la République, tandis que l'article 36 fixe les conditions de la mise en place de l'état de siège prévu par la loi du 9 août 1849, désormais codifiée aux articles L2121-1 à L2121-8 du Code de la défense.

665 Il s'agit avant tout de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 organisant l'état d'urgence, ainsi que des textes relatifs à l'organisation des pouvoirs publics en temps de guerre.

666 Nous évoquons ici les théories jurisprudentielles des « circonstances exceptionnelles », posée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Heyries du 28 juin 1918, et, dans une moindre mesure, de « l'urgence ».

667 Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

668 Article 1er de la loi du 3 avril 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

compromettre la continuité des pouvoirs publics.

201. Mais, alors que la résistance à la mise en application du projet pénal républicain s'exprime d'abord dans une pression implicite à la modération des garanties du justiciable, le relâchement explicite et étendu du cadre légal de l'action témoigne, sous certaines conditions, d'un attachement paradoxal à l'idée de Sûreté. Celle-ci ne commande en effet le strict respect du cadre légal que dans la mesure où celui-ci permet effectivement de protéger la liberté de l'individu en Société. Depuis la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le corolaire évident du principe de légalité n'est autre que le droit de résistance à l'oppression⁶⁶⁹. Dans le même ordre d'idées, la volonté de lutter contre l'arbitraire ne saurait impliquer un attachement rigide au cadre légal si celui-ci a pour effet de compromettre, à terme, la pérennité des structures de l'Etat de droit. Il s'agit, en d'autres termes, d'organiser et de régler un état de nécessité public, dans lequel la suspension temporaire et exceptionnel de la légalité peut être justifiée dès lors qu'elle poursuit le même objectif du primat de l'ordre légal.

Dans le même temps, il est bien évident que le relâchement du cadre légal offre aux tenants du bon sens répressif l'occasion privilégiée de promouvoir la latitude du pouvoir répressif au delà de ce qui s'avère indispensable à la sauvegarde de l'Etat de droit. Il importe ainsi d'étudier les différents régimes de suspension de la légalité sous ce double rapport, en veillant à départir ce qui relève d'une prise en compte juridique de certaines circonstances exceptionnelles auxquelles peuvent être confrontés les pouvoirs constitués et la sempiternelle invocation, en tout état de cause, des « nécessités de la répression ». Selon que les conditions du recours au régime d'exception seront plus ou moins imprécises, selon que les attributions conférées aux pouvoirs publics seront plus ou moins étendues et contrôlées, les différents aménagements apportés à l'ordre légal s'analyseront, tantôt, comme la tentative de construire un état de nécessité public (1), tantôt comme une poussée en faveur d'un arbitraire conçu comme nécessaire (2).

⁶⁶⁹ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

§ 1 : L'ébauche d'un état de nécessité public.

202. L'état de nécessité ne peut justifier un fait délictueux commis par une personne privée, c'est-à-dire, lui ôter tout caractère infractionnel, qu'à trois conditions⁶⁷⁰. Il faut, en premier lieu que le péril que l'on prétend combattre en commettant un délit soit à la fois illégitime et imminent. Il faut, en deuxième lieu, que l'intérêt que l'on entend protéger de la sorte soit, réciproquement, légitime. Il faut, enfin, qu'il existe une proportion entre les moyens employés pour faire cesser le péril et sa gravité relative, ce qui implique, pour certains auteurs, que l'intérêt menacé soit nécessairement supérieur à l'intérêt protégé par l'incrimination⁶⁷¹.

En transposant ces exigences à la suspension de l'ordre légal, les différentes formes de violation du droit à la Sûreté n'apparaissent justifiables par un état de nécessité public qu'à deux conditions. L'exigence de légitimité de l'intérêt protégé et celle, symétrique, d'illégitimité du péril, se trouvent englobées dans un impératif de sauvegarde de la légalité à terme, qui seul peut justifier sa suspension temporaire (A). Il importe, en outre, que les différentes formes de suspension de la légalité n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser le péril (B).

A) Un impératif de sauvegarde de la légalité.

Pour paradoxal que cela puisse paraître, le simple souci d'organiser et de réglementer l'action des pouvoirs publics par temps de crise témoigne de la volonté d'assurer, à terme, la pérennité de l'ordre juridique.

Cette volonté ne se laisse toutefois entrevoir qu'à deux conditions. D'abord, le régime de suspension doit malgré tout sauvegarder une base inaliénable de légalité (1). Ensuite, il doit poursuivre sans équivoque l'objectif d'un rétablissement le plus rapide de l'Etat de droit (2).

670 Article 122-7 du Code pénal.

671 *V.* en ce sens Philippe CONTE et Patrick MAISTRE du CHAMBON, *op.cit.*, p.147.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Le maintien d'un socle inaltérable de légalité.

203. La condition préalable à la reconnaissance de la nécessité de la suspension de l'ordre légal est bien évidemment qu'elle soit prévue par un texte. Tout acte extra-légal des pouvoirs publics qui ne pourrait être rattaché à l'un ou l'autre des régimes d'exception en vigueur ou qui serait adopté sans que les procédures prévues par ceux-ci n'aient été respectées ne saurait être justifié. La mise à l'écart de la légalité ne peut, dans un Etat de droit, qu'être partielle et limitée. Il s'agit moins d'une suspension proprement dite que d'un relâchement, autorisant les pouvoirs publics à s'affranchir du respect de certaines règles, dont l'observation rigide est réputée menacer la continuité des pouvoirs publics en temps de crise.

Cette exigence implique, en premier lieu, que la valeur normative du texte organisant l'aménagement de l'ordre juridique soit au moins égale à celle des dispositions ainsi suspendues. En théorie, seule des dispositions de nature constitutionnelle devraient pouvoir justifier la violation de règles supra-légales, les dispositions de nature législative ne pouvant dispenser du respect que de mesures légales et les dispositions réglementaires ne pouvant autoriser la violation que de règles elle-même réglementaires. Ainsi, c'est la Constitution en son l'article 16 qui seule devrait autoriser le pouvoir exécutif – en l'occurrence, le président de la République - à cumuler en sa personne l'ensemble des pouvoirs, au point qu'en faire, comme le soulignent certains auteurs, un véritable « *dictateur* »⁶⁷². En revanche, les prérogatives de l'autorité judiciaire se trouvent également amoindries, parfois dans des proportions considérables, par des régimes d'exception de nature purement légale⁶⁷³.

Par ailleurs, alors que seule la loi devrait pouvoir l'en affranchir, la théorie jurisprudentielle des « *circonstances exceptionnelles* » permet de dispenser le pouvoir administratif du respect de certaines prescriptions légales en dehors de toute base textuelle : « *l'urgence autorise l'administration à faire, sans excès de pouvoir, des actes qui, pris à toute autre époque, auraient été reconnus illégaux ou même qualifiés de voies de fait* »⁶⁷⁴. La place toute particulière occupée par les décisions du Conseil d'Etat dans la construction du droit administratif jusqu'à la fin du XXème

672 Gilles LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'homme, Armand Colin, Paris, 2001, p 182.

673 *Infra* n°214.

674 M. LONG, P WEIL, G BRAIBANT, P DEVOLVE et B GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2011, p.197.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

siècle nous invite toutefois à tempérer la portée de cette entorse à l'exigence de textualité⁶⁷⁵.

204. La seconde conséquence de cette exigence de sauvegarde d'un socle élémentaire de légalité réside dans l'impossibilité de s'affranchir, quelles que soient les circonstances, du respect des garanties les plus importantes. Les mesures d'exception n'étant justifiées qu'autant qu'elles visent à rétablir l'ordre légal, elles ne peuvent en aucun cas se traduire par la violation des fondements les plus élémentaires de l'Etat de droit. En la matière, le droit interne reste pourtant relativement silencieux. Si les lois relatives à l'état d'urgence ou l'état de siège fixent de façon limitatives les prérogatives conférées aux pouvoirs publics, la dictature constitutionnelle n'appose au contraire aucune limite à l'action du chef de l'Etat⁶⁷⁶.

Cependant, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme vient aujourd'hui corriger cette lacune en réglementant précisément les atteintes qui peuvent être portées par les Etats aux droits garantis⁶⁷⁷, affirmant en particulier que rien ne saurait justifier la violation des articles prohibant le recours à la torture et la rétroactivité de la loi pénale et posant ainsi les germes d'un noyau dur de préservation de la Sûreté du citoyen européen⁶⁷⁸. En d'autres termes, l'aménagement de la légalité dans un Etat de droit n'est légitime que dans la seule mesure où il vise à garantir à terme la pérennité de l'ordre juridique.

675 V. George DUPUIS, Marie-José GUESDO et Patrice CHRETIEN, *op.cit.*, p.55.

676 Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

677 Article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose ainsi « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

678 Article 15.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) La volonté d'assurer la pérennité de l'ordre légal.

205. En des termes analogues, l'objectif affiché par l'ensemble des régimes d'exceptions est d'assurer la continuité de pouvoirs publics confrontés à une crise politique d'une particulière intensité⁶⁷⁹. En soi, un tel but ne saurait être assimilé à la volonté de garantir la pérennité de l'ordre légal qui, seule, permet de justifier le relâchement temporaire de la légalité. L'état de nécessité public ne pourra être retenu qu'à deux conditions supplémentaires, qui tiennent d'une part à la nature du fait justificatif, d'autre part à la finalité des mesures d'exception. La nature du péril invoqué en conditionne en effet directement la légitimité. Rapportée au principe directeur de l'ordre pénal républicain qu'est la Sûreté, l'illégitimité de la menace ne peut résulter de la seule déstabilisation du gouvernement. Elle doit conduire à remettre en cause la pérennité des structures étatiques de façon si importante que la possibilité même de garantir à terme l'ordre légal s'en trouve compromise. En conséquence, les critères permettant le recours à tel ou tel régime d'exception se révèlent déterminant pour apprécier l'existence d'un réel état de nécessité public.

Ainsi, le recours à la dictature constitutionnelle n'est-il possible que si la menace pèse directement sur « *les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux* »⁶⁸⁰. Si les critères permettant de recourir à l'état de siège ne contiennent pas de telles précisions, l'existence d'une menace similaire apparaît de façon implicite dans la mesure où ce régime d'exception ne peut être décrété qu'en cas de guerre étrangère ou de guerre civile⁶⁸¹. De la même façon, le conseil d'Etat ne retient l'existence de circonstances exceptionnelles, outre les situations de conflit armé ci-dessus, qu'en cas de catastrophes naturelles⁶⁸². En revanche, l'état d'urgence se contente d'évoquer l'existence d'un péril national, de surcroît d'une façon particulièrement imprécise qui autorise tous les détournements⁶⁸³.

206. Le péril ne peut, en outre, justifier la suspension de la légalité que s'il présente un caractère avéré et imminent. Il ne peut, en effet, y avoir nécessité, que dans la seule mesure où les pouvoirs publics sont confrontés à une situation dans laquelle ils n'ont pas d'autre choix que de s'affranchir de certaines règles légales pour assurer leur continuité. A cet égard, il faut relever que tous les régimes

679 L'article 16 de la Constitution vise ainsi l'interruption du « *fonctionnement régulier des pouvoirs publics* ».

680 Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

681 Article 1er de la loi du 9 août 1849.

682 M. LONG, P WEIL, G BRAIBANT, P DEVOLVE et B GENEVOIS, *op.cit.*, p.198.

683 Article 1er de la loi du 3 avril 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'exception étudiés posent une telle condition d'imminence à la mise en œuvre d'un relâchement de l'ordre juridique⁶⁸⁴.

Dans la continuité de cette exigence d'actualité du péril, l'état de nécessité public ne pourra enfin être retenu que si les différentes mesures de suspension de la légalité ont pour seule finalité le rétablissement le plus rapide possible de l'Etat de droit. Il ne suffit pas de constater l'illégitimité et l'imminence du risque institutionnel pour justifier les mesures d'exception. Encore faut-il que ces mesures n'aient pour seul objet que de le conjurer au plus vite et restaurer ainsi pleinement l'ordre légal. A cet égard, l'existence, ou non, d'une véritable exigence de proportionnalité quant à leur modalités et leur contenu apparaît déterminante de leur réelle nécessité dans une Société démocratique.

B) L'exigence de proportionnalité.

Dans un Etat de droit, les mesures d'exception ne peuvent être justifiées que si les différentes formes de relâchement de la légalité qu'elles induisent s'avèrent strictement proportionnées à la gravité relative du péril institutionnel.

Aussi importe-t-il d'analyser d'une part sur le degré d'encadrement de ces mesures (1), d'autre part la qualité et l'effectivité d'un contrôle de leur exécution (2).

1°) L'encadrement juridique des mesures d'exception.

207. La première façon de garantir la proportionnalité des mesures organisant la suspension de la légalité consiste évidemment à réglementer leur mise en œuvre. Si une telle exigence peut, de prime abord, paraître contradictoire avec la raison d'être du régime d'exception, l'existence d'un socle intangible de légalité constitue, dans un Etat de droit, une condition *sine qua non* de la justification des mesures prises. La liste des actes pouvant être pris par les pouvoirs publics doit donc être précisément et limitativement définie par le texte organisant le régime de suspension. La typologie

⁶⁸⁴ Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qui concerne la dictature présidentielle, article 1er de la loi du 3 avril 1955 en ce qui concerne l'état d'urgence, article L2121-1 du Code de la défense en ce qui concerne l'état de siège.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

des mesures d'exception dessine, en creux, celle des atteintes potentielles aux différentes déclinaisons de la Sûreté. Il convient, dès lors, de prévenir le risque d'une mesure qui porterait une violation des droits fondamentaux du citoyen d'une intensité telle qu'elle ne saurait en aucune hypothèse être justifiée dans un Etat de droit.

C'est la raison pour laquelle les lois régissant l'état de siège et l'état d'urgence définissent chacune le types de mesures pouvant être adoptées par les pouvoirs publics. Le premier a pour principale conséquence de transférer aux autorités militaires les pouvoirs de constatation, de poursuite et de sanction d'infractions limitativement énumérées⁶⁸⁵. Le second étend sensiblement les attributions répressives du pouvoir administratif, ce qui a certes pour conséquence d'autres atteintes potentielles aux différents modes de protection de la Sûreté, mais également le mérite de poser des bornes au pouvoir d'exception.

La dictature constitutionnelle offre sous ce rapport infiniment moins de garanties contre une poussée démesurée de l'arbitraire. L'article 16 de la Constitution dispose en effet que l'état de crise institutionnel autorise le chef de l'Etat à prendre toutes les « *mesures exigées par les circonstances* », sans autre limite que celles de « *l'imagination présidentielle* »⁶⁸⁶. Cette absence de tout garde fou nous incite d'autant plus à la réserve que la première et unique mise en œuvre de la dictature fut l'institution, en avril et mai 1961, de juridictions militaires d'exception dont les statuts contournaient le principe de non-rétroactivité de la loi pénale en prévoyant des sanctions spéciales et aggravées pour les crimes en cause⁶⁸⁷. Il est vrai qu'à l'époque, la Convention européenne des droits de l'homme, qui prohibe expressément la violation de cette garantie fondamentale, n'avait pas encore été ratifiée par la France⁶⁸⁸.

208. L'exigence de proportionnalité commande, en second lieu, que les mesures d'exception soient

685 Reprenant les dispositions de l'article 7 de la loi du 9 août 1849, l'article L2121-2 du Code de la défense dispose ainsi que « *l'état de siège déclaré, les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et la police passent tout entiers à l'autorité militaire. L'autorité civile continue à exercer ses attributions* », l'article L2121-2 du même Code précisant que « *les juridictions militaires peuvent être saisies quelle que soit la qualité des auteurs principaux ou des complices de la connaissance des infractions prévues et réprimées par les articles 224-1 à 224-5, 322-6 à 322-11, 410-1 à 413-12, 432-1 à 432-5, 432-11, 433-1 à 433-3, 433-8, alinéa 2, 442-1 à 442-3, 443-1, 444-1, 444-2 et 450-1 du code pénal.* ».

686 Gilles LEBRETON, *op.cit.*, p. 186.

687 La décision du 27 avril 1961 institue le Haut tribunal militaire et celle du 3 mai 1961 le tribunal militaire, juridictions connaissant une procédure particulièrement expéditive et dont les jugements se trouvent en outre insusceptibles de recours.

688 Elle ne le sera que le 3 mai 1974.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

strictement limitées dans le temps. C'est en ce sens que les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme ont prévu l'obligation – demeurée largement virtuelle – faite au gouvernement dérogeant aux droits garantis « *d'informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application* »⁶⁸⁹. La suspension de la légalité ne pouvant avoir pour objet, dans une Société démocratique, que le rétablissement le plus rapide d'un fonctionnement institutionnel garantissant la pérennité de l'Etat de droit, elle ne saurait durer indéfiniment.

C'est ainsi que les mesures d'exception adoptées au titre de l'état d'urgence par l'exécutif ne peuvent excéder douze jours, leur éventuelle prolongation étant soumise à l'approbation du Parlement⁶⁹⁰. Si aucune durée maximale n'est fixée par les dispositions encadrant l'état de siège, elles imposent cependant au décret l'instituant d'en fixer la durée ; en outre ce dernier ne peut, par hypothèse, être maintenu qu'autant que perdure le conflit armé l'ayant justifié⁶⁹¹. En revanche, la dictature présidentielle se distingue là encore par la faiblesse des garanties apportées à l'octroi des pleins pouvoirs du chef de l'Etat, puisqu'aucune limite temporelle n'est apportée à leur exercice. Certes, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a institué le Contrôle du conseil constitutionnel, de façon facultative après trente jours de dictature et de plein droit après soixante jours. Mais son intervention se limite alors à un simple avis, sans aucune incidence sur la poursuite de l'état d'exception⁶⁹². La réalité du contrôle opéré sur les mesures d'exception s'avère en effet tout autant déterminant de l'effectif du respect l'exigence de proportionnalité par les pouvoirs publics.

689 Article 15.3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

690 Article 2 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

691 Articles L2121-1 et L2121-3 du Code de la défense.

692 Article 6 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, dite « *de modernisation des institutions de la Ve République* », modifiant l'article 16 de la Constitution.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) Le contrôle des mesures d'exception.

209. De la même façon que la suspension de l'ordre légal nécessite, dans une Société démocratique, le respect d'un socle intangible de légalité, elle ne peut caractériser un état de nécessité public que dans la mesure où les mesures prises restent soumises à un contrôle minimal par une autorité indépendante du pouvoir exécutif. Sous ce rapport, l'absence de tout contrôle réel des mesures prises au cours de la dictature constitutionnelle jusqu'en 2008 constitue, en soi, une carence manifeste. Mais, au delà, le contrôle existant dans les autres régimes d'exception ne peut être regardé comme respectant suffisamment l'exigence de proportionnalité qu'à certaines conditions.

En premier lieu, le statut de l'autorité appelée à exercer ce contrôle et, corrélativement, la nature de son intervention apparaissent déterminantes. L'examen de la nécessité et de la proportionnalité des mesures d'exception adoptées par l'exécutif ne peut être considéré comme effectif que s'il constitue un préalable à la décision d'autoriser, ou non, la poursuite de la suspension de la légalité. Ce qui implique que l'autorité de contrôle présente une position institutionnelle au moins aussi importante que celle du pouvoir d'exception. C'est dans cette perspective que les lois relatives à l'état de siège et à l'état d'urgence prévoit l'examen obligatoire par le Parlement du bien fondé du régime d'exception mise en œuvre par le gouvernement. L'examen de la réalité des circonstances exceptionnelles offre des garanties similaires dans la mesure où, par hypothèse elle ne trouve à s'appliquer qu'à l'occasion d'un examen de légalité par le juge administratif. A l'inverse, le caractère simplement consultatif de l'avis du Conseil constitutionnel sur la légitimité de la dictature présidentielle prive de toute portée pratique son intervention.

210. L'état d'exception ne pouvant être proclamé pour une durée indéterminée, le moment du contrôle s'avère tout aussi important. Certes, la situation de crise intense à laquelle le pouvoir exécutif se trouve confronté étant par hypothèse imprévisible, il apparaît difficile d'exiger *a priori* un contrôle de nécessité et de proportionnalité de la suspension de l'ordre légal. C'est le propre de l'état de nécessité que de placer l'agent dans une conjoncture où il n'a pas d'autre choix que d'agir, c'est-à-dire, pour l'Administration, d'adopter des mesures formellement illégales. Pour autant, l'intervention de l'autorité de contrôle ne saurait être différée trop longtemps sous peine de priver de toute portée son intervention.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Cette exigence de brièveté s'impose d'autant plus à la dictature présidentielle, à l'état de siège et à l'état d'urgence, régimes d'exception qui ne se limitent pas à un acte isolé mais qui ont pour objet d'étendre de façon générique l'emprise du pouvoir exécutif sur les citoyens. Pourtant, aucune durée minimale n'est posée à la proclamation de l'état de siège⁶⁹³. Par ailleurs, si le contrôle du bien fondé de l'état d'urgence par le pouvoir législatif intervient de façon relativement rapide compte-tenu des contraintes de la procédure parlementaire, elle laisse cependant prospérer pendant douze jours l'état d'exception sans qu'aucun autre contrôle ne soit exercé. La dictature présidentielle peut, quant à elle, se prolonger pendant soixante jours avant que « *l'avis* » du Conseil constitutionnel, au demeurant purement indicatif, ne s'impose.

L'ensemble de ces dispositifs souligne, en creux, l'absence criante d'un contrôle proprement juridictionnel des mesures d'exceptions⁶⁹⁴. Certes, celui du juge administratif conserve une certaine place, non seulement pour l'appréciation des circonstances exceptionnelles, mais également à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir qui peut toujours être formé à l'encontre des actes administratifs pris sous le régime d'exception. En revanche, aucune disposition ne prévoit l'intervention du juge judiciaire, alors même que les mesures d'exception ont potentiellement pour conséquence un accroissement sensible du pouvoir des autorités répressives. La suspension de la légalité offre aussi l'occasion d'une poussée de l'arbitraire qui n'a que peu de chose à voir avec un état de nécessité public.

693 L'article L.2121-1 du Code de la défense se borne à affirmer que le décret l'instituant doit en fixer la durée, sans prévoir aucun maximum.

694 *Infra* n°214.

§ 2 : La tentation de l'arbitraire.

211. Présentant le projet de loi prorogeant l'état d'urgence mis en place par les décrets n° 2005-1386 et n°2005-1387 du 8 novembre 2005, son rapporteur au Sénat soulignait, au soutien de son adoption, que « *l'état d'urgence offre des outils supplémentaires aux forces de l'ordre et à la justice. Ainsi, le non-respect du couvre-feu constitue un délit permettant l'interpellation et le placement en garde-à-vue* »⁶⁹⁵.

L'effritement de l'ordre pénal républicain se présente ici selon une configuration voisine de celle qui se retrouve dans une certaine pratique des régimes dérogatoires⁶⁹⁶. En prenant argument de la particulière gravité du péril menaçant la collectivité, les tenants du bon sens répressif revendiquent un relâchement de l'encadrement du pouvoir répressif qui trahit en réalité leur attachement à l'idée d'un arbitraire nécessaire à la bonne conduite du procès pénal.

Une telle opinion trouve d'abord à s'exprimer dans le contenu même des mesures de suspension de légalité, en jouant de la faiblesse de l'encadrement textuel et juridictionnel (A). Mais elle trouve plus un terrain d'élection plus vaste encore dans l'usage extensif de certains états d'exception qu'autorise l'imprécision de leurs critères d'application (B).

A) L'arbitraire dans la nature de la suspension.

Par sa nature même, la situation de crise institutionnelle crée un espace de flottement juridique propice à l'expression de tendances répressives habituellement contenues par l'ordre juridique officiel. Toujours présente, la tentation de l'arbitraire va donc trouver à s'exprimer dans les lacunes du cadre d'intervention du pouvoir d'exception.

C'est ainsi que l'arbitraire répressif va se nicher d'une part dans l'insuffisance des limites posées à l'exercice des mesures d'exception (1), d'autre part dans l'extrême faiblesse de leur contrôle juridictionnel (2).

695 Sénat, Rapport n°84 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, novembre 2005, p 14.

696 *Supra* n° 163 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) L'arbitraire par insuffisance de limites.

212. Condition indispensable à la reconnaissance d'un véritable état de nécessité public, l'exigence de sauvegarde d'un socle élémentaire de légalité implique qu'aucune mesure d'exception ne puisse être ordonnée sans que ses modalités d'exécution ne soient un minimum définies. Ainsi, l'absence de toute précision quant aux mesures pouvant être prises dans le cadre de la dictature présidentielle autorise une poussée de l'arbitraire excédant largement les dispositions strictement nécessaires au rétablissement des structures de l'Etat de droit. Mais celle-ci se trouve également à s'exprimer dans le régime particulièrement souple des mesures pouvant être adoptées au titre de l'état d'urgence.

Régulièrement mis en œuvre depuis sa création⁶⁹⁷, ce dernier offre en effet à l'autorité administrative un pouvoir coercitif paradoxalement bien plus important que celui conféré aux autorités militaires par l'état de siège. Si l'un et l'autre permettent de procéder à des perquisitions de jour comme de nuit, d'ordonner la remise d'armes ou d'interdire des réunions « *de nature à provoquer ou à entretenir le désordre* »⁶⁹⁸, le premier confère en outre à l'Exécutif un pouvoir de restriction de la liberté d'aller et venir des citoyens considérable et qui s'apparente, pour partie, à un pouvoir de sanction proprement pénal. La proclamation de l'état d'urgence permet ainsi au préfet « *d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules* », d'instituer des « *zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé* » mais aussi et surtout d'interdire de séjour dans le département « *toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics* »⁶⁹⁹. Le ministre de l'intérieur dispose, pour sa part, du pouvoir d'assigner à résidence « *toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics* » d'une circonscription territoriale donnée⁷⁰⁰.

213. Un tel pouvoir de restriction des libertés offre aux tenants du bon sens répressif l'occasion privilégiée d'un renforcement de la latitude du pouvoir répressif qui excède largement ce qui apparaît strictement nécessaire au rétablissement de l'Etat de droit. Si le pouvoir d'interdiction de la

697 Adoptée à l'occasion de la guerre d'Algérie, la loi du 3 avril 1955 y fut immédiatement appliqué jusqu'au 1er décembre 1955. L'état d'urgence fut à nouveau proclamé dans le cadre de ce conflit du 17 mai au 1er juin 1958 et du 23 avril 1961 au 24 octobre 1962. Il fut ensuite appliqué du 12 janvier 1985 au 30 juin 1985 en Nouvelle Calédonie et, enfin, du 9 au novembre 2005 au 4 janvier 2006.

698 Dispositifs respectivement prévus par les article 8, 9 et 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et l'article L2121-7 du Code de la défense.

699 Article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

700 Article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

circulation ou d'institution de zones de protection s'avère relativement encadré, les conditions de fond permettant le recours aux mesures d'interdiction de séjour et d'assignation à résidence les assimilent ainsi à un pouvoir répressif de nature para-pénale⁷⁰¹. D'abord parce qu'elles visent à sanctionner un comportement qui, perçu comme dangereux ou dirigé contre les pouvoirs publics, est réputé troubler gravement l'ordre public et qui peut, à cet égard, être considéré comme une quasi-infraction. Les mesures restrictives de liberté, qui ne peuvent être prises que par l'autorité judiciaire en temps normal, s'assimilent quant à elles à de quasi sanctions pénales. Pourtant, aucune motivation n'est exigée du pouvoir administratif pour y recourir, alors que les critères utilisés pour caractériser l'acte répréhensible sont définis de façon suffisamment lâche pour embrasser une variété infinie de comportements.

En d'autres termes, l'état d'urgence autorise l'exercice d'un pouvoir répressif qui s'affranchit sensiblement des principes de nécessité, de proportionnalité mais également de légalité de part l'extrême imprécision des conditions d'application de ses mesures. L'absence, au même titre que les autres régimes d'exception, de tout véritable contrôle juridictionnel de sa mise en œuvre renforce encore la tentation de l'arbitraire.

2°) L'arbitraire par insuffisance de contrôle.

214. Si la nature même de la situation de crise autorisant la mise en place du régime d'exception rend pratiquement impossible l'exercice d'un contrôle juridictionnel a priori, ce dernier devrait en revanche intervenir de façon rapide et effective pour garantir la nécessité et la proportionnalité des mesures extralégales. Pourtant, l'intervention juridictionnelle dans le déroulement des différents état d'exception s'avère d'une extrême faiblesse. Quel qu'il soit, la proclamation d'un régime d'exception a même toujours pour effet de renforcer encore l'hégémonie du pouvoir exécutif sur le judiciaire⁷⁰².

Certes, si l'on excepte le régime, particulièrement défaillant à cet égard, de la dictature présidentielle, les mesures prises sous couvert de l'état de siège et de l'état d'urgence peuvent toujours faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir devant le juge administratif. Il convient

701 *Supra* n°177 et suivants.

702 *Supra* n°180.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

toutefois de rappeler qu'un tel contrôle, qui n'intervient, par hypothèse, que plusieurs mois après l'édition de la mesure, ne permet aucun examen utile de sa nécessité et sa proportionnalité effectives. Ainsi, une personne frappée d'une interdiction de séjour ou d'une assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence doit elle d'abord solliciter la levée de cette mesure auprès d'une commission avant de pouvoir, en cas de décision défavorable, saisir le tribunal administratif ou le Conseil d'Etat⁷⁰³.

215. Moins justifiable encore s'avère la récurrente mise à l'écart pure et simple de l'autorité judiciaire. Celle-ci n'a ainsi aucune prise sur les différentes mesures restrictives ou privatives de liberté sanctionnant de quasi infractions prises par le pouvoir exécutif, civil ou militaire, au titre de l'état d'urgence ou de l'état de siège. Cette éviction du juge pénal est similaire à celle que permet l'existence du pouvoir répressif para-pénal de l'Administration, avec les conséquences déjà exposées sur l'effectivité du respect des garanties élémentaires du justiciable⁷⁰⁴.

Mais ces régimes d'exception ont également pour effet de retirer au pouvoir judiciaire des prérogatives qui lui sont propres, en particulier le contrôle des opérations de perquisitions. L'état de crise motivant l'état d'exception peut justifier l'extension de cette mesure coercitives au delà des heures légales limitant habituellement son exécution⁷⁰⁵. Il ne peut en revanche expliquer le transfert à l'autorité administrative du contrôle de cette mesure. L'évolution récente du droit pénal démontre suffisamment, s'il en était besoin, qu'il existe des modes d'intervention du ministère public comme du juge pénal parfaitement adaptés aux situations d'urgence⁷⁰⁶. En conséquence, l'éviction du pouvoir judiciaire n'a pour seule conséquence que de priver le citoyen de tout véritable contrôle de nécessité et de proportionnalité des mesures coercitives prises à son encontre. Elle témoigne à ce titre d'une hostilité particulièrement vive à l'idée de Sûreté. Chaque lacune affectant le régime des mesures d'exception offre au bon sens répressif un terrain d'expression particulièrement propice. Le flou juridique entourant les critères permettant le recours aux régimes d'exception, en particulier l'état d'urgence, vient démultiplier cette tentation de l'arbitraire répressif.

703 Article 7 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

704 *Supra* n°187.

705 Les articles 56 et du Code de procédure pénale disposent ainsi que la perquisition ne peut en principe avoir lieu après 21 heures le soir et avant 6 heures le matin.

706 *Infra* n°259.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) L'arbitraire dans le recours à la suspension.

Si l'insuffisant encadrement de certaines mesures d'exception expose le citoyen à une poussée de l'arbitraire des autorités répressives, l'imprécision des conditions d'application des différents régimes de suspension de la légalité nourrit le risque d'une véritable mise en pièces de l'ordre pénal républicain. Le pouvoir d'exception octroyé à l'exécutif s'avère effet considérable, qu'il s'agisse, bien sûr, de l'exercice de la dictature présidentielle, mais également des différentes restrictions à la liberté d'aller et venir pouvant être adoptées au titre de l'état de siège et de l'état d'urgence.

Dans une telle perspective, une définition trop générale des conditions permettant le recours à tel ou tel état d'exception offre, en quelque sorte, aux pouvoirs publics la faculté de décider d'une clause générale d'arbitraire. La Sûreté du citoyen s'en trouve menacée non seulement par le risque d'une application abusive de ce régime de suspension de la légalité (1), mais également dans le renforcement de l'excuse de gravité chère aux tenants du bon sens répressif (2).

1°) L'abus de l'état d'exception.

216. Si son régime d'exécution laisse grandement à désirer, les critères d'application de la dictature présidentielle s'avèrent en revanche relativement restrictifs, puisqu'elle ne peut être décidée qu'à la double condition de la survenance d'un péril menaçant les structures les plus élémentaires de l'Etat et susceptible d'entraver la continuité des pouvoirs publics⁷⁰⁷. L'état de siège ne peut, quant à lui, être proclamé qu'en cas de conflit armé avéré, ce qui limite en pratique considérablement son champs d'application. Le fait justificatif des circonstances exceptionnelles ne pouvant justifier un acte extra-légal qu'a posteriori, il ne peut, par hypothèse, permettre un réel détournement du pouvoir d'exception. A l'inverse, les critères permettant au pouvoir exécutif de proclamer l'état d'urgence s'avèrent pour le moins extensifs. La mise en œuvre du régime d'exception peut être décidée « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »⁷⁰⁸.

La latitude ainsi offerte au pouvoir exécutif apparaît considérable. D'une part, les motifs de l'état

⁷⁰⁷ Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁷⁰⁸ Article 1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'urgence présentent un caractère éminemment subjectif, autorisant un basculement dans le régime d'exception conditionné, en dernière analyse, à la plus ou moins grande sensibilité des responsables publics à telle ou telle situation de crise. L'ordre public, en particulier, constitue une déclinaison privilégiée de l'excuse de gravité régulièrement mobilisée par les promoteurs du bon sens répressif au soutien d'un affaïssement général de l'encadrement du pouvoir répressif⁷⁰⁹. D'autre part, aucune condition tenant à la déstabilisation institutionnelle des pouvoirs publics n'est posée par le texte. En d'autres termes, l'incapacité des institutions à faire face à la situation avec les voies de droit ordinaires n'est pas exigée.

217. En définitive, toutes ces lacunes offrent au pouvoir exécutif la faculté de décider, dans le champs pénal, d'une clause générale d'arbitraire sans autre forme que la mise en avant de la gravité supposée de l'atteinte à l'ordre public. Sans autre justification, une telle marge de manœuvre permet de renforcer de façon totalement démesurée la latitude du pouvoir répressif. D'abord, en autorisant la mise en œuvre des mesures répressives para-pénales précédemment analysées. Ensuite, en permettant aux autorités policières et judiciaires, via l'incrimination de la violation de l'interdiction de séjour, d'appréhender et de poursuivre un individu sans autre motif que sa présence en un lieu donné⁷¹⁰. Ce faisant, l'état d'urgence permet aux autorités répressives de s'affranchir totalement du respect des principes de nécessité et de proportionnalité supposés encadrer leur action en temps normal. L'absence d'une définition suffisamment précise des conditions de proclamation de l'état d'urgence est à l'origine d'une mise en cause virtuelle des déclinaisons les plus élémentaires du droit à la de Sûreté particulièrement aigüe. La légitimation de l'excuse générale de gravité qu'elle porte vient encore aggraver l'atteinte.

⁷⁰⁹ *Supra* n°69 et 165.

⁷¹⁰ Article 10 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) Le renforcement de l'excuse générale de gravité.

218. Invitant ses collègues à autoriser la poursuite de l'état d'urgence décrété le 9 novembre 2005, le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi autorisant sa prolongation indiquait que ce dernier permettait de répondre « *à la situation de trouble grave et continu apporté à l'ordre public dans certains secteurs urbains du pays depuis la fin du mois d'octobre* »⁷¹¹. En liant indéfectiblement le relâchement de l'encadrement du pouvoir répressif à l'acuité de l'atteinte à l'ordre public, le dispositif de l'état d'urgence contribue ainsi à conforter l'opinion selon laquelle la particulière gravité du péril autorise un véritable déchaînement de la répression.

L'imprécision notable de ses critères d'application place en effet sur le même plan la justification des mesures d'exception prises sous couvert de l'état d'urgence et celle des régimes répressifs dérogatoires. Une telle convergence offre aux tenants du bon sens répressif l'instrument d'une mise en pièces généralisée de l'ordre pénal républicain. De la même façon qu'il autorise l'extension progressive des régimes répressifs exorbitants à un nombre toujours plus grand d'infractions⁷¹², le recours à la notion de gravité comme seul critère d'accroissement des prérogatives du pouvoir répressif favorise la banalisation de la logique d'exception. Dès lors que la simple mise en exergue de l'intensité supposée de l'atteinte à l'ordre public autorise, au titre de l'état d'urgence, une suspension particulièrement étendue des garanties élémentaires du justiciable, qu'est ce qui, fondamentalement, empêche qu'il en soit de même à chaque fois que ce critère de gravité est relevé par les autorités répressives ?

219. En rendant possible de pareils amalgames, le flou juridique qui entoure les conditions d'instauration de l'état d'urgence dissimule en réalité un foyer particulièrement actif d'opposition à la mise en œuvre du projet pénal républicain. Il apporte aussi un éclairage saisissant sur sa grande vulnérabilité contextuelle⁷¹³. En laissant aux pouvoirs publics la faculté de s'affranchir du respect des déclinaisons de la Sûreté les plus importantes au seul motif de la gravité qu'ils attribuent de façon purement discrétionnaire à la situation de crise, il prive le citoyen de la protection juridique qu'il est justement en droit d'attendre dans pareilles circonstances.

711 Assemblée nationale, rapport n°2675 de la douzième législature, Paris, novembre 2005, p.12.

712 *Supra* n°173.

713 *Supra* n°121 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Derrière les multiples expressions du bon sens répressif, se dissimule ainsi une force de résistance ininterrompue à la préservation effective de la Sûreté du citoyen, se nichant dans tous les espaces lui permettant de promouvoir l'arbitraire des autorités de police et de poursuite. Les formes par lesquelles il y poursuit ce travail d'érosion doivent être soigneusement gardées à l'esprit. Appliquées à l'époque contemporaine, elles nous permettent de comprendre de quelle façon, sous l'effet d'une redéfinition radicale des fonctions assignées au procès pénal, la mise en cause de l'héritage républicain va s'exprimer non plus comme une simple force de modération, mais comme l'expression d'un système normatif concurrent. Se glissant dans les failles creusées dans l'ordre pénal républicain au nom du bon sens, le réalisme répressif contemporain peut désormais émerger comme l'instrument de sa déconstruction.

**LE RÉALISME RÉPRESSIF, UNE FORCE DE
DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PÉNAL RÉPUBLICAIN.**

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

« En vérité, depuis la promotion publicitaire de la loi Sécurité et Libertés et la montée de la délinquance liée au chômage, notamment des jeunes, l'opinion était acquise à l'idée selon laquelle la délinquance devait être combattue à coup de lois toujours plus dures. Même si l'arsenal législatif était déjà suffisant, l'angoisse de l'insécurité, grandissante dans une Société frappée par le chômage, la précarité et la violence accrue des rapports sociaux offrait des fonds inépuisables à la démagogie sécuritaire »⁷¹⁴.

220. L'incessant mouvement de réformes que connaît le droit pénal depuis près de deux décennies, son caractère de plus en plus brutal et désordonné, ne sont jamais rien d'autre que les derniers avatars du conflit normatif mis à jour au cœur de notre système répressif. Mais si cette grille de lecture permet de saisir les véritable enjeux des bouleversements normatifs qui secouent aujourd'hui notre ordre pénal, il faut encore déterminer quels sont les ressorts qui expliquent le passage d'une dynamique d'érosion à une dynamique de déconstruction.

Le mouvement de balancier qui conditionne l'évolution du droit pénal moderne depuis sa fondation connaît en effet aujourd'hui un rythme et une ampleur proprement inédites. Il s'agit d'abord de textes n'ayant pour d'autre fonction que d'étoffer, sans aucune considération de nécessité, le champs infractionnel. Ainsi en est-il de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, des lois n°2006-385 du 4 avril 2006 et n°2010-769 du 9 juillet 2010 renforçant la répression des violences conjugales, la loi n°2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la répression des violences de groupe ou encore de l'éphémère loi n°2010-121 du 8 février 2010 visant à incriminer l'inceste⁷¹⁵.

Depuis la loi n°93-2 du 4 janvier 1993, qui signe une avancée notable des droits du justiciable dans la phase présentencielle du procès pénal⁷¹⁶, nous observons en outre une tendance très lourde au renforcement de la latitude du pouvoir répressif. En moins de vingt ans, ce ne sont pas moins de douze lois qui vont ainsi accroître de façon plus ou moins mesurée les prérogatives des autorités de

714 Robert BADINTER, « Les épines et les roses », in La revue socialiste n°42, deuxième trimestre 2011, p.50.

715 *Infra* n°326.

716 *Supra* n°142.

police et de poursuite⁷¹⁷.

Alors que le Code pénal de 1994 est en vigueur depuis moins de cinq ans, six lois vont parallèlement bouleverser l'économie de la phase postsentencielle du procès pénal, d'une part en amenuisant considérablement les possibilités d'individualisation de la peine, d'autre part en instituant une surveillance pénale toujours plus grande des condamnés réputés « dangereux »⁷¹⁸. Dans le sillage des lois n°2002-1094 du 29 août 2002 et n°2007-297 du 5 mars 2007 se dessine enfin une singulière politique de prévention répressive de la délinquance⁷¹⁹.

221. Quelques lois ont certes, au cours de la même séquence législative, contribué au contraire à renforcer les droits du justiciable. Ainsi en est-il, en matière présentencielle, de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et la protection des victimes, de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 relative à l'équilibre de la procédure pénale et de la loi n°2011- du 14 avril 2011 portant réforme de la garde-à-vue. Ainsi en est-t-il aussi, en matière postsentencielle, de certaines dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 et de la loi du n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite pénitentiaire.

Mais les apports de ces différents textes apparaissent très insuffisants pour contrebalancer un tant soit peu la tendance inverse. Ils s'inscrivent dans un mouvement normatif si rapide et désordonné qu'ils ne sont guère en mesure d'influencer durablement l'évolution de l'ordre pénal. Tout se passe comme si, se faisant le relais sinon l'artisan d'une offensive d'une rare intensité contre les déclinaisons les plus élémentaires du droit à la sûreté, le législateur ressentait le besoin de réaffirmer, ponctuellement, son attachement aux fondements de l'ordre pénal républicain. Derrière

717 Lois n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale, n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation pour la sécurité, n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, n°99-515 du 23 juin 1999 relative à l'efficacité de la procédure pénale, n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, n°2002-307 du 4 mars 2002 portant modification de la loi du 15 juin 2000, n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la Justice, n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, n°2003-495 du 12 juin 2003 de lutte contre la violence routière, n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité et n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure.

718 Lois n°98-468 du 17 juin 1998 relative aux infractions sexuelles et à la protection des mineurs, n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement (sic.) de la récidive des infractions pénales, n°2007-1198 du 10 août 2007 relative à la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°2010-242 du 10 mars 2010 relative à l'amointrissement du risque de récidive criminelle.

719 *Infra* n°404.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'apparence d'une évolution brouillonne et contradictoire, se fait jour une recrudescence particulièrement violente du conflit normatif qui travaille le droit pénal moderne.

222. Dernière expression du bon sens répressif, le mouvement contemporain de mise en cause de l'ordre pénal républicain n'est pas davantage conscient ou, à tous le moins, pleinement assumé en tant que tel⁷²⁰. Ainsi nous mène-t-il à une « *déconstruction du droit pénal existant sans véritable réflexion d'ensemble dans une évolution obéissant essentiellement à des considérations d'ordre pragmatique et sans perspective de long terme* »⁷²¹. Pour autant, loin de l'action modératrice et diffuse qui caractérisait habituellement la résistance à la mise en musique du projet pénal des Constituants, c'est désormais un antagonisme bien plus cohérent et même conquérant qui lui fait face.

Il ne s'agit plus seulement de réduire la portée de l'encadrement des autorités répressives, mais bien de promouvoir un modèle pénal concurrent. On oppose désormais sans ambages, comme deux objectifs clairement distincts voire antagonistes, « *le respect de la liberté individuelle* » et l'efficacité de la répression⁷²². S'en suit le souci, de plus en plus affiché, d'atteindre à l'équilibre entre ces deux exigences⁷²³. S'en suit également, la revendication sans complexes de cette nouvelle finalité d'efficacité répressive comme contrepoids à la promotion du droit à la sûreté. S'affirmant désormais sous la bannière du réalisme et non plus seulement du bon sens, elle autorise à dénoncer dans la défense des droits du justiciable une « *position dogmatique, irréaliste et immobiliste* »⁷²⁴.

L'analyse des ressorts du glissement du bon sens au réalisme répressif apparaît ainsi primordiale. Le rôle attribué au droit pénal dans la conduite des politiques publiques joue à cet égard un rôle décisif. Réduite à un simple instrument au service d'une gestion punitive de la déviance et d'une promotion symbolique de la victime, la régulation pénale est progressivement soumise à une exigence toute économiste « d'efficacité ». Cette réduction autorise alors l'émergence d'une doctrine globale opposant à l'échec supposé d'un modèle répressif républicain trop exigeant une posture qui se veut

720 *Supra* n°30.

721 Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI, *op.cit.*, p.27.

722 Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, n° 30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.2. *V.* aussi projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n° 362 de la session ordinaire 2001-2002, enregistré au Sénat le 17 juillet 2002.

723 *Supra* n°105.

724 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n°508 de la douzième législature, Paris, décembre 2002, p.22.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

réaliste. Ainsi les ferments de la résistance au projet pénal républicain peuvent-ils s'élever au rang de fondements d'un véritable ordre répressif antagoniste (Titre 1).

Dès lors, les tendances qui nourrissent l'opposition à l'idée de Sûreté depuis la codification impériale vont s'exprimer dans toute leur radicalité. Porté à son paroxysme, le conflit normatif fondateur du droit pénal moderne atteint aujourd'hui une intensité telle qu'il nous porte au seuil d'un basculement systémique. Attaquant sans exception ni limites les principes directeurs les plus élémentaires de l'ordre pénal républicain, le réalisme répressif menace celui-ci d'une véritable implosion (Titre 2).

TITRE 1 : DU BON SENS AU RÉALISME RÉPRESSIF

« Plus elles sont grandes, plus elles sont internationalisées, plus les organisations criminelles sont résistantes, difficile à désorganiser, à réprimer. Nous savons aussi qu'à ce jour, hélas, nulle de ces entités n'a été détruite pour de bon. Face à ce très réel péril, le réalisme doit derechef s'imposer »⁷²⁵.

223. Déterminer ce qui mène d'une force de modération de la norme s'exprimant sous les atours pragmatiques et discrets du bon sens à une force de déconstruction s'affirmant comme un nouveau réalisme, ne peut se faire sans analyser le contexte politique de production de la règle de droit pénal. A cet égard, l'apport de la sociologie des institutions répressives s'avère d'un grand secours pour comprendre le rôle désormais assigné par les pouvoirs publics au procès pénal.

A la faveur de la progression du projet politique néolibéral dans la sphère économique et sociale, se dessine, en effet, une nouvelle configuration du système répressif visant à répondre aux divers troubles consécutifs à la progression de l'insécurité sociale. De la définition de la norme répressive aux modalités de sa mise en application, celle-ci trace les contours d'un droit pénal que l'on tend peu à peu à réduire à un simple instrument de gestion de la délinquance (Chapitre 1).

224. Désormais conçu comme un simple outil au service de politiques publiques données, elles mêmes évaluées en termes essentiellement statistiques, le procès pénal se trouve déformé à la mesure de ses nouvelles finalités. Ici s'opère le croisement entre cette mutation, qui obéit à une logique propre, et la permanence du travail de sape de l'ordre pénal républicain menée au nom du bon sens répressif dans l'élaboration de la norme pénale. La philosophie répressive des Constituants avait élevé le droit pénal au rang d'instrument le plus éminent de la préservation de la liberté de l'homme en Société, faisant du code pénal le véritable *« verso du catéchisme révolutionnaire ; le recto étant constitué par la déclarations des droits de l'homme de 1789 »*⁷²⁶. La volonté

725 Xavier RAUFER et Stéphane QUERE, le crime organisé, Puf coll. Que sais-je ?, Paris, 2003, p.11.

726 Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUMES et Pierre Noël, *Au nom de l'Ordre, une Histoire politique du Code pénal*, op.cit., p.8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

contemporaine de le transformer en un outil de gestion coercitive de la déviance néolibérale tend à lui assigner avant tout une finalité de maintien de l'ordre qui rejoint largement les conceptions de l'absolutisme pénal. Elle tend également à en faire une technique de contrôle des populations, ralliant ainsi les orientations de l'utilitarisme pénal.

Ces deux philosophies répressives étant au cœur de la résistance à la mise en application effective et conséquente du projet pénal républicain⁷²⁷, le bon sens répressif trouve dans cette convergence téléologique une vigueur nouvelle, un surcroît de modernité qui lui permet de s'afficher sans complexes comme l'expression d'un nouveau réalisme. Fondant une doctrine complète à défaut d'être parfaitement cohérente, il devient le mot d'ordre d'un véritable ordre répressif alternatif, construit sur un paradigme concurrençant directement celui de la Sûreté (Chapitre 2).

⁷²⁷ *Supra* n°38.

**CHAPITRE 1 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, PRODUIT D'UNE RÉDUCTION
GESTIONNAIRE DU PROCÈS PÉNAL.**

225. Le sens très particulier donné à l'exigence d'efficacité constamment opposée par les tenants du réalisme répressif à celle de Sûreté ne peut être compris sans déterminer le rôle qu'ils assignent, plus largement, à la régulation pénale. D'une façon générale, prétendre évaluer la règle de droit en terme d'efficacité a en effet quelque chose d'insolite. Dans un Etat de droit, la fonction du droit pénal est de fixer les contours des valeurs sociales fondamentales en sanctionnant les atteintes à la cohésion de la collectivité, non d'influer directement sur le comportement de ses membres. Dans la tradition légicentriste et rationaliste française, le Code pénal a ainsi pour fonction « *d'organiser les grands registres d'atteintes fondamentales au bien commun et déterminer les formes de sanction légitimes* »⁷²⁸.

Derrière l'exhortation contemporaine à accroître l'efficacité, non seulement de son application, mais également de la norme pénale en tant que telle, transparait à l'inverse l'opinion selon laquelle elle devrait produire un effet sinon immédiat, du moins visible sur le comportement appréhendé. Ce qui implique, en aval, une redéfinition plus profonde du rôle social dévolu au procès pénal par les pouvoirs publics. L'analyse minutieuse des ressorts du mouvement normatif de ces deux dernières décennies permet ainsi de mettre en évidence un glissement de la fonction attribuée à la régulation pénale, qui a désormais moins pour objet de définir les contours de l'ordre public que de servir, de façon directement opérationnelle, un projet de Société donné⁷²⁹.

La pénétration continue de l'idéologie néolibérale non seulement dans la sphère économique et sociale, mais aussi dans la manière même de conduire les politiques publiques, ne pouvait qu'affecter durablement le système répressif. Répondant à l'atomisation conflictuelle du corps social que produit le néolibéralisme, le droit pénal tend à être réduit à un simple instrument de gestion coercitive des populations perçues comme déviantes par les pouvoirs publics. De façon concomitante, il devient le vecteur privilégié de la promotion très intéressée de la figure victimaire dans l'espace public. C'est cette double instrumentation qu'il convient en premier lieu de mettre en

⁷²⁸ Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p.11.

⁷²⁹ V. Jean DANET, *op.cit.*, p. 117 à 157.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

évidence (Section 1).

Corrélativement, la généralisation de l'idéologie managériale au sein des institutions publiques depuis la promulgation de la loi organique relative au lois de finances du 6 mai 2001 modifie en profondeur la façon dont est conçue et conduite la politique pénale. Progressivement réduite à un instrument de gestion de flux de procédures pensé et évalué en termes essentiellement statistiques, sa mutation ne pouvait que déformer en retour l'ordre pénal lui même (Section 2).

SECTION 1 : LA RÉDUCTION UTILITAIRE DE LA NORME PÉNALE

226. D'une façon générale, la méconnaissance de la réalité et de la portée du projet néolibéral est à la mesure de l'importance de son influence sur le cours de la vie sociale. Le libéralisme dit classique, qui puise ses préceptes dans l'œuvre d'Adam Smith⁷³⁰ et de Benjamin Constant⁷³¹, postule une allocation optimale des ressources par l'harmonisation spontanée des actions individuelles égoïstes. S'il préconise la neutralité de l'Etat en matière économique – ainsi, on l'oublie souvent, qu'une professionnalisation de la classe politique qui n'a que peu de chose à voir avec la démocratie⁷³² – ce libéralisme reconnaît en revanche toute leur légitimité aux fonctions étatiques les plus éminemment régaliennes, au premier rang desquelles le système répressif.

Le néolibéralisme, qui trouve ses origines et l'essentiel de ses préceptes dans les écrits de Friedrich VON HAYEK⁷³³, ne se fixe pour sa part aucune limite dans sa promotion du supposé « libre jeu du marché » et des moyens d'y parvenir. En d'autres termes, le néolibéral n'exclut a priori aucune sphère de l'activité humaine dans sa vision d'une Société où seule doit prévaloir la mise en concurrence marchande la plus poussée des individus et où seule vaut l'évaluation en termes strictement économiques. Par ailleurs, loin de revendiquer l'inaction de l'Etat, il exige des pouvoirs publics qu'ils s'engagent activement dans la construction de cette Société de concurrence, en commençant par adopter eux mêmes des modes de conduites purement managériaux.

C'est ainsi que l'ordre juridique en général et le droit pénal en particulier, se trouvent sommés de s'intégrer dans cette logique économiste. Répondant au processus de désintégration sociale du néolibéralisme, le procès pénal va ainsi servir d'outil privilégié d'endiguement des conséquences de politiques économiques, sociales et culturelles. En détruisant progressivement toute forme de sécurité sociale et en sur-investissant la responsabilité de l'individu, celles-ci ne peuvent en effet

730 V. Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Londres, 1776.

731 V. Benjamin CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Hoquet, 1815.

732 Dans son discours sur « la liberté des anciens comparée à celle des modernes », Benjamin Constant affirme ainsi que « chez les anciens, l'individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques [...] est esclaves dans tous ses rapports privés. Chez les modernes, au contraire, l'individu, indépendant dans la vie privée, n'est, même dans les États les plus libres, souverain qu'en apparence. », in. *Œuvres politiques*, CHARPENTIER ET Cie, Paris, 1872, p.262.

733 V. Friedrich VON HAYEK, *La Route de la servitude*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2010 (1ère éd. 1944).

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

subsister sans une pénalisation concomitante de la déviance (1).

Dans le même mouvement, au diapason d'une idéologie qui nie toute forme d'interaction entre les individus et disqualifie, en conséquence, toute forme de solidarité, le droit pénal tend à se mettre au service direct, non plus de la collectivité, mais de la Victime, nouvelle icône du législateur répressif (2).

§ 1 : L'instrument d'une gestion punitive de la déviance

Depuis une quinzaine d'années, s'observe dans la dynamique normative répressive une tendance lourde à l'abaissement du seuil intervention pénale, afin de soumettre les comportements présentés comme déviant à une réponse pénale concurrente voire exclusive d'autres modes de régulation.

Pour bien comprendre comment le centre gravité du législateur pénal a pu ainsi basculer vers la petite délinquance de voie publique, il importe d'abord d'analyser la démarche qui conduit à réduire la déviance à un phénomène délictueux (A). Ainsi se comprend une réponse de plus en plus répressive à l'endroit de comportements qui, sans nécessairement attenter directement à la cohésion sociale, sont perçus comme socialement indésirables (B).

A) La réduction de la déviance à un phénomène délictueux.

227. Sans même entreprendre de discuter la réalité de cette déviance que l'on entend aujourd'hui pénaliser, il faut souligner qu'il s'agit d'une notion toute relative et éminemment évolutive dans le temps et dans l'espace. Son accession à la norme dépend moins de son universalité que d'un « *travail spécifique d'énonciation et de formulation publiques, c'est à dire une entreprise de mobilisation d'acteurs maniant des catégories universalisantes* »⁷³⁴.

Il importe en revanche déterminer pour quelles raisons et de quelle façon les actes désignés par les pouvoirs publics comme déviant, sans préjuger de la pertinence de cette catégorisation, sont progressivement appréhendés sous le seul prisme pénal.

⁷³⁴ Laurent BONELLI, *La France a peur, une histoire sociale de l'insécurité*, La Découverte, coll. Cahiers libres, Paris, 2008, p.8.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

S'opérant en rupture avec l'approche humaniste d'après-guerre inspirée de l'école de la défense sociale nouvelle⁷³⁵, un tel glissement ne va pas de soi. Il nécessite non seulement que les différents comportements déviants soient, en tant que tels, réduits à leur éventuelle dimension délictueuse (1), mais également que cette nouvelle forme de délinquance soit présentée comme particulièrement préoccupante (2).

1°) La promotion d'une pénalisation hégémonique.

228. Conséquence mécanique de l'instauration d'une Société de concurrence dans laquelle les différentes structures garantissant à l'individu la satisfaction de ses besoins sociaux fondamentaux sont progressivement démantelées⁷³⁶, l'insécurité sociale toujours plus grande qui s'installe n'est pas sans incidence sur les possibilités réelles d'insertion sociale des populations les plus exposées. En réduisant tant l'accès à un emploi stable et suffisamment rémunérateur que la place des services publics, les politiques économiques néolibérales sont à l'origine de comportements déviants qui vont être confrontés à la régulation pénale par l'effet de l'effondrement ou de la disqualification des autres formes de régulation. En d'autres termes, « *l'affaiblissement de mécanismes disciplinaires pesant antérieurement sur les jeunesse populaires (l'usine et l'école surtout) et la dégradation des équilibres entre familles stables et familles précarisées, qui ont sapé l'autorité des premières pour définir les normes du quartier* »⁷³⁷ ont pour effet de soumettre directement et sans discernement aux autorités répressives l'ensemble des actes troublant, à des degrés divers, l'ordre public.

Ces comportements déviants sont de deux ordres. Il s'agit, d'abord, des formes de délinquance « classique » que favorise à l'envi le nouvel ordre économique, à savoir l'ensemble des infractions associées à l'économie souterraine qui se met en place dans les quartiers populaires (trafic de stupéfiants, d'armes, délinquance d'appropriation) et des atteintes aux personnes associées. Mais il s'agit également des divers comportements rangés dans la catégorie brouillonne des « incivilités » et qui, bien que constituant davantage des atteintes à la tranquillité publique, vont progressivement être considérées comme une forme spécifique de délinquance par le truchement de la catégorie unifiante de « l'insécurité »⁷³⁸.

⁷³⁵ *Supra* n°17 et n°63.

⁷³⁶ V. Pierre BOURDIEU (dir.), *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993 et Serge HALIMI, *Le grand bond en arrière, comment l'ordre néolibéral s'est imposé au monde*, Paris, Fayard, 2004.

⁷³⁷ Laurent BONELLI, *op.cit.*, p.64.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 174 et suivantes.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Dans un cas comme dans l'autre, l'enjeu est de répondre à ces troubles inhérents à la réalisation du projet économique et social néolibéral sans avoir à remettre en question sa légitimité. Il s'agit, en d'autres termes, d'assurer non seulement sa pérennité symbolique – en occultant son rôle causal dans la montée de la déviance – mais aussi sa pérennité matérielle, en endiguant et en neutralisant autant que possible de tels débordements. Ainsi naît, sans constituer en aucune manière un projet politique délibéré, le souci de considérer l'ensemble des actes déviants selon une grille de lecture essentiellement si ce n'est exclusivement répressive⁷³⁹.

229. Une telle orientation n'est rendue possible qu'au prix d'un profond travail sur les représentations de la délinquance et, plus largement, de la déviance. Réduire les différents comportements heurtant de façon plus ou moins importante la cohésion sociale à leur seule dimension délictueuse nécessite, en premier lieu, de dénier toute influence si ce n'est toute réalité aux conditions économiques et sociales de leur survenance. L'acte déviant, qu'il soit ou non constitutif d'une infraction pénale, est présenté comme une réalité en soi, indépendamment du contexte dans lequel il est posé et qui lui donne sens.

Dès lors, l'analyse de son environnement cède progressivement le pas devant une « *approche comportementaliste de la violence* »⁷⁴⁰. Celle-ci peut et même doit en conséquence faire l'objet d'une réponse idoine qui ne peut qu'être répressive. Ainsi est dénié toute existence aux facteurs criminogènes tenant à la faiblesse de l'insertion sociale et culturelle des catégories sociales les plus souvent confrontées à la justice pénale, facteurs pourtant mis en évidence de longue date par la sociologie criminelle⁷⁴¹.

230. Un tel escamotage autorise, dans un second temps, un surinvestissement de la responsabilité individuelle de l'auteur de l'acte, désormais appréhendée comme sa cause exclusive et, partant, comme le seul angle d'attaque des pouvoirs publics. C'est ainsi que naît dans le débat public une

739 Le sociologue Loïc WACQUANT nous rappelle ainsi que « *L'analyse comparée de l'évolution de la pénalité dans les pays avancés durant la décennie passée fait ressortir le lien étroit entre la montée du néolibéralisme comme projet idéologique et pratique gouvernementale mandatant [sic] la soumission au libre marché et la célébration de la responsabilité individuelle dans tous les domaines, d'une part, et le déploiement de politiques sécuritaires actives et punitives, ciblées sur la délinquance de rue et les catégories situées dans les fissures et les marges du nouvel ordre économique et moral qui se met en place sous l'empire conjoint du capital financier et du salariat flexible, d'autre part* » in Punir les pauvres, le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale, Agone, Marseille, 2004, p.21.

740 Laurent BONELLI, *op.cit.*, p.96.

741 V. Jacques FAGET, *op.cit.*, p.52 et suivantes et p.76 et suivantes.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

opposition binaire et simpliste entre une approche individualiste réputée « responsabiliser » le « délinquant » et une approche globale cherchant à comprendre les différents ressorts du passage à l'acte et accusée de justifier l'acte délictueux. Dans une telle perspective, « *l'heure n'est plus à la recherche d'une explication sociale de la délinquance mais à celle de l'action* »⁷⁴².

L'accent mis sur la responsabilité individuelle repose pourtant sur une fausse dichotomie. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, la prise en compte progressive par le juriste puis par le législateur des conditions de commission de l'infraction n'a jamais eu pour corollaire la négation de la responsabilité de l'auteur de l'acte⁷⁴³. Comprendre le processus qui mène au passage à l'acte, ce n'est pas chercher à l'excuser, mais c'est déterminer quel contexte particulier a conduit la personne à se trouver en situation de le commettre. Une telle approche permet d'apprécier la réalité de l'intention délictueuse et ainsi la gravité relative de l'infraction en cause, afin d'y apporter la réponse la plus pertinente. Elle favorise en outre une action sur les différents facteurs criminogènes dans une perspective de prévention de la délinquance et de la récidive.

Aussi, loin d'exprimer le souci de lutter contre un phénomène dont la compréhension paralyserait les pouvoirs publics, le surinvestissement de la responsabilité individuelle vise avant tout à promouvoir non seulement une réponse exclusivement répressive, mais encore une répression suffisamment élevée et intransigeante pour être dissuasive.

742 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.9

743 *Supra* n°17.

2°) La promotion d'une pénalisation démesurée.

231. Le 10 mai 2006, entendu par la commission des lois de l'assemblée nationale sur son projet de loi de prévention de la délinquance, le ministre de l'intérieur mettait solennellement en garde ses opposants en professant que « *si on excuse la violence, il faut s'attendre à la barbarie* »⁷⁴⁴. Gommer les conditions économiques et sociales des différents comportements déviants que nourrit l'insécurité sociale néolibérale ne suffit pas complètement à justifier l'application à leur endroit d'un traitement exclusivement pénal, en particulier pour tout ce qui relève avant tout de l'incivisme. Encore faut-il justifier pour quelles raisons il convient d'apporter au phénomène une réponse immédiate et aussi énergique. A cette fin, se développe dans le champs pénal une rhétorique envahissante qui promeut une pénalisation maximaliste sur un double front. D'une part, elle tient pour indispensable la poursuite pénale de tous les actes susceptibles de recevoir une qualification pénale, quelle que soit leur gravité relative, sous peine d'encourager la commission d'autres infractions. D'autre part, elle souligne la nécessité de mettre en place une pénalisation le plus en amont possible des actes déviants les plus insignifiants afin d'éviter une supposée escalade vers la violence la plus grave.

Parfois confondues, ces deux théories, respectivement dites de la « *tolérance zéro* » et de la « *fenêtre brisée* » trouvent leur origine dans les travaux du politologue Charles Murray et des criminologues James Wilson et George Kelling⁷⁴⁵. Elles inspireront grandement la nouvelle doctrine d'emploi des services de police dont se dotent certaines grandes villes étasuniennes, en particulier celle de New-York, à partir du début des années 1990⁷⁴⁶. Associée aux indicateurs statistiques sur lesquelles ces théories mettent en scène leur supposé succès⁷⁴⁷, cette radicalité confère au mouvement de pénalisation hégémonique de la déviance une force particulière, en assimilant toute politique alternative à une forme de démission face à la délinquance, menaçant la Société tout

744 Assemblée nationale, Rapport n°3436 de la douzième législature sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, p.45.

745 Financés et promus par le Think-tank étasunien Manathan Institute, les écrits de Charles MURRAY que sont *Losing Ground* (New-York, Basis Book, 1984) et *The bell curve* (New-York, Basis Book, 1994) défendent une étiologie purement comportementaliste de la délinquance justifiant une réponse pénale exclusive et expéditive ; la théorie de la fenêtre cassée est quant à elle formulée par James Wilson et George Kelling dans article paru dans la revue *Atlantic Monthly* de mars 1982 sous le titre « *Broken windows : The Police and Neighborhood Safety* » ; V. Loïc WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999, p.12 à 18.

746 Loïc WACQUANT la décrit comme « *une application inflexible de la loi à l'encontre des nuisances mineurs telles que l'ébriété, le tapage, la mendicité, les atteintes aux mœurs, simples menaces et autres « comportements antisociaux associés aux sans-abri » selon la terminologie de Kelling* », *ibid.*, p.19.

747 *Infra* n°251.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

entière d'un effondrement.

232. Selon une phraséologie complémentaire, l'application d'une réponse exclusivement répressive aux comportements déviants va paradoxalement être justifiée par la situation de précarité dans laquelle ils prennent souche. Tout se passe comme si « *la délinquance n'apparaît plus comme une conséquence des inégalités sociales, mais comme un facteur d'aggravation de ces dernières, méritant un traitement en soi et pour soi* »⁷⁴⁸. C'est ainsi que le rapporteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 10 juillet 2002 peut affirmer que la lutte « *sans merci contre l'insécurité* » reviendrait finalement à s'attaquer « *à la première des inégalités puisqu'elle atteint au premier chef les personnes les plus modestes* »⁷⁴⁹. Autrement dit, au prix d'une artificielle distinction entre des individus frappées par les mêmes conditions sociales, on présente la mise en place la nouvelle politique pénale comme d'autant plus urgente que la délinquance touche au premier chef les plus démunis.

233. La transposition de ces doctrines dans notre modèle répressif, si elle n'est pas complètement assumée par le législateur⁷⁵⁰, n'en n'est pas moins réelle. La promesse d'une répression exhaustive du moindre acte virtuellement délictueux irrigue en effet tout le mouvement normatif de ces quinze dernières années. D'un garde des sceaux à l'autre, la promesse de poursuivre « *tous les faits de délinquance* »⁷⁵¹ n'a cessé d'être proclamée, au point que, dès 2004, l'un d'entre eux peut se féliciter de « *l'institution du principe de la nécessité d'une réponse pénale en cas d'infraction commise par une personne identifiée* »⁷⁵².

Parallèlement, se généralise l'opinion selon laquelle seule la pénalisation la plus précoce et la plus rigoureuse des phénomènes déviants, en apparence les plus bénins, permet d'éviter une escalade de la violence. Ainsi le promoteur du projet de loi pour la sécurité intérieure justifie-t-il chacune des nouvelles incriminations de comportements pouvant tout au plus être considérés comme troublant la

748 Laurent BONELLI, *op.cit.*, p. 103.

749 Sénat, rapport n°371 de la session extraordinaire de 2001-2002, Paris, 24 juillet 2002, p. 6.

750 Le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 10 juillet 2002 évoque-t-il ainsi, non l'idée de tolérance zéro, mais « *le principe de l'impunité zéro* », in rapport n° 53 de la douzième législature, p.5.

751 Circulaire relative à la politique pénale en matière de délinquance juvénile n° JUS F 98 500 88 C du 15 juillet 1998, p.1.

752 Circulaire n° JUS D 04 30092C du 14 mai 2004, BOMJ n°94, p.3.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

tranquillité publique⁷⁵³ par l'existence de « réseaux mafieux » dont il ne seraient que la face visible⁷⁵⁴. En fin de législature, le même affirme, de façon plus explicite encore que « *chaque fois que la société démissionne, chaque fois qu'elle fait preuve de faiblesse, et donc de complaisance, la violence franchit un degré de plus. On connaît bien cela à l'école. Le maître est insulté, l'inspection académique ne réagit pas, il est ensuite giflé, puis tabassé, puis filmé en train d'être tabassé* »⁷⁵⁵.

Au bénéfice d'une telle dramatisation, la promotion d'une pénalisation rigoureuse de la déviance, exclusive de tout autre forme de régulation, peut progressivement s'imposer, déformant l'ordre pénal à la mesure de l'impérieuse nécessité supposée la justifier.

B) « *L'adaptation* » de la norme pénale à la répression de la déviance.

Autant que la redéfinition des priorités d'action publique dans le sens d'une réponse pénale ferme et rapide se concentrant sur la délinquance la plus visible⁷⁵⁶, l'essor de la gestion coercitive de la déviance vient modifier directement l'ordre pénal. Aux côtés de la mobilisation des incriminations existantes au service de la nouvelle politique pénale, il s'agit d'adapter « *notre droit afin de mieux appréhender certaines formes de délinquance, causes de graves dommages à notre société et d'inégalités* »⁷⁵⁷.

Sommé d'appréhender les comportements déviants toujours plus en amont de la commission d'actes explicitement antisociaux, le droit pénal va ainsi étendre son emprise sur la Société bien au delà de ce qui apparaît strictement nécessaire dans un Etat de droit. Cette emprise est d'abord symbolique, par l'extension continue du domaine du répréhensible (1). Mais elle est aussi directement opérationnelle, en assouplissant considérablement les conditions permettant aux autorités répressives d'appréhender les populations déviantes (2).

753 *Infra* n° 234.

754 Sénat, Projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.11, 13 et 14.

755 Assemblée nationale, Rapport n°3436 de la douzième législature, p.45.

756 *Infra* n°268.

757 Sénat, Projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.2.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Une emprise pénale symbolique.

234. Si elle ne constitue pas le seul facteur de l'hypertrophie contemporaine du droit pénal⁷⁵⁸, la promotion d'une réponse exclusivement répressive à la déviance contribue grandement à l'inflation du domaine infractionnel. Il s'agit, en premier lieu, de prodiguer au pouvoir répressif la base légale lui permettant de se déployer à l'encontre d'actes qui, sans porter une atteinte directe et explicite à la cohésion sociale, sont perçus comme troublant la tranquillité publique et à ce titre indésirables. Mais il s'agit également d'user de la force symbolique propre au droit pénal afin de redéfinir l'espace du répréhensible. Il ne faut pas mésestimer le rôle que joue dans la reconfiguration de l'ordre pénal, dans un espace professionnel demeurant fortement marqué par une conception relativement étroite du légalisme⁷⁵⁹, la simple incrimination de nouveaux comportements.

Cette extension du champs pénal se matérialise en premier lieu dans la création de nouvelles infractions qui n'ont d'autre fonction que de saisir pénalement des comportements présentés avant tout comme troublant la « *tranquillité* » des « *riverains* »⁷⁶⁰. Ainsi la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 crée-t-elle une série de délits visant à appréhender ces états de déviance directement afférents à la précarité de leurs auteurs en incriminant l'occupation de hall d'immeuble, le racolage de personnes prostituées sans distinction de son caractère actif ou passif, l'occupation illicite de terrain et la demande de fond sous contrainte⁷⁶¹.

Cette dernière infraction est particulièrement riche de significations, dans la mesure où elle éclaire bien le souci du législateur non de combler une lacune dans la prise en compte des atteintes à la cohésion sociale de stigmatiser en soi un état de déviance. Le texte du nouveau délit, qui incrimine « *le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien* » constitue en effet un décalque presque parfait de celui du texte définissant l'extorsion⁷⁶². Il n'a en conséquence pour d'autre finalité que de faire entrer dans l'espace du répréhensible, « *en l'absence de violence à*

758 *Infra* n°319.

759 *Supra* n°23.

760 Sénat, Projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.12 et 13

761 Respectivement réprimés par les articles L.126-3 du Code de la construction et de l'habitation et 225-10-1, 322-4-1, et 312-12-1 du Code pénal.

762 Article 312-1 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'égard des personnes », des « *formes de mendicité ciblées* »⁷⁶³.

235. L'accroissement de l'emprise pénale sur la déviance la moins importante se traduit, en second lieu, par l'élévation de la qualification pénale de certaines infractions qui, de contraventions, accèdent au stade de délits. C'est ainsi que la loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et, à sa suite, les lois n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et n°2008-582 du 20 juin 2008 relative à la protection des personnes contre les chiens dangereux sanctionnent de peines correctionnelles de plus en plus élevées la violation des dispositions réglementaires relatives à l'acquisition et la détention de chiens de première et deuxième catégories⁷⁶⁴. De façon plus emblématique encore, la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne crée un délit de voyage habituel sans titre dans les transports collectifs, infraction dont l'élément matériel présente l'originalité d'être caractérisé par la commission de plusieurs contraventions pour défaut de titre de transport au cours d'une même année⁷⁶⁵. Citons, enfin, l'élévation de la vieille contravention de vente à la sauvette en délit par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011⁷⁶⁶.

Un tel glissement est particulièrement significatif des nouvelles priorités du législateur, qui tend à mettre sur un même pied les actes menaçant directement l'intégrité des personnes et des biens et ceux qui troublent la tranquillité publique. Le critère de gravité pénale se déplace insensiblement de la nature et l'intensité de l'atteinte à la cohésion sociale à sa visibilité dans l'espace public. Le droit pénal se voit ainsi assigner une vocation de plus en plus explicite d'épuration de la voie publique de tous les comportements perçus comme indésirables, qu'ils trahissent, ou non, une véritable démarche antisociale. C'est que l'intégration au champs pénal de la déviance présente également une finalité directement opérationnelle.

763 Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.12.

764 Articles L. 215-1 à L. 215-3 du Code rural.

765 Article L.2242-6 du code des transports.

766 Article 446-1 du Code pénal.

2°) Une emprise pénale opérationnelle.

236. Déclinaison de la théorie de l'escalade inéluctable de la délinquance, l'abaissement continu du seuil d'intervention pénale s'appuie également sur l'amalgame qui est entretenu entre les victimes de certaines catégories d'infractions et leurs auteurs. Se diffuse l'opinion selon laquelle la répression des seconds nécessite, pour être efficace, celle des premières. Ainsi le rapporteur du projet de loi pour la sécurité intérieure indique-t-il que la transformation du racolage passif en un délit permettrait « *de mieux lutter contre les réseaux de proxénétisme grâce aux témoignages des personnes prostituées* »⁷⁶⁷. Dans le même ordre d'idées, le promoteur du texte rattache à « *la même logique* » la pénalisation de « *l'exploitation de la mendicité* » et celle de la mendicité dite « *agressive* »⁷⁶⁸. Bien que nous ne disposions pas d'études en la matière, il nous est toutefois permis de douter de la propension de personnes également perçues comme délinquantes par les pouvoirs publics de collaborer réellement à la poursuite de leurs souteneurs.

237. Au delà de cette singulière assimilation juridique de l'exploité à l'exploiteur, il s'agit surtout « *de donner aux gendarmes et aux policiers les outils juridiques nécessaires pour combattre efficacement des comportements aussi inacceptables que la prostitution galopante, les abus de certains parmi les gens du voyage, la mendicité agressive, l'exploitation de la mendicité ou encore l'occupation des halls d'immeubles par des groupes plus soucieux d'intimider les honnêtes gens que de travailler* »⁷⁶⁹. L'incrimination délictuelle de ces comportements offre l'insigne avantage de conférer aux autorités répressives des moyens coercitifs pour y remédier.

Elle leur permet en particulier, au bénéfice d'une flagrance aisément caractérisable s'agissant d'infractions continues⁷⁷⁰, d'interpeller et de placer en garde-à-vue les auteurs de ces nouvelles infractions⁷⁷¹. Les incriminations visant moins des actes que des états ou des situations, elles constituent avant tout les instruments permettant aux services de police de neutraliser et d'éloigner, au moins temporairement, ces populations troublant la tranquillité publique. En d'autres termes, la poursuite et, le cas échéant, la sanction de ces comportements n'apparaissent pas comme l'objectif

767 Sénat, rapport n°36 de la session extraordinaire de 2002-2003, p.18

768 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.25

769 *Ibid.*, p.15

770 Rappelons qu'aux termes de l'article 56 du Code de procédure pénale, l'infraction flagrante est notamment, celle « *en train de se commettre* ».

771 Articles 73 et 62 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

principal de leur pénalisation.

C'est ainsi que la circulaire d'application de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 précise que « *les nouvelles dispositions permettent notamment de renforcer l'efficacité des enquêtes en matière de proxénétisme ou de traite des êtres humains, dont les victimes prostituées qui auraient commis des faits de racolage public pourront être le cas échéant entendues dans le cadre d'une garde-à-vue* », laissant le soin au Procureur de la République « *d'apprécier avec une particulière attention l'opportunité d'engager des poursuites contre des prostitués* »⁷⁷². De la même façon, c'est avant tout parce que « *les procédures d'expulsion par la voie civile sont coûteuses, en particulier pour les petites communes, longues et peu efficaces* » que l'incrimination de l'occupation illicite du terrain d'autrui est justifiée par le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi pour la sécurité intérieure⁷⁷³. Son auteur lie quant à lui, d'une façon on ne peut plus explicite, la création du délit d'occupation illicite de hall d'immeuble à la nécessité de doter les services de police de moyens coercitifs d'éloignement des auteurs⁷⁷⁴.

Ainsi, la volonté d'apporter une réponse essentiellement répressive à la déviance contribue à t-elle à réduire le droit pénal à un simple instrument coercitif au service d'une politique publique donnée. Cette transformation du sens donné à l'incrimination constitue l'un des facteurs décisifs de l'intensification contemporaine du conflit normatif systémique qui travaille notre ordre répressif⁷⁷⁵. Les mutations induites par l'essor remarquable de la victime dans le procès pénal viennent encore accentuer cette tendance.

772 Circulaire n° JUSD0330082C du 3 juin 2003, BOMJ n°90, p.8

773 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.114

774 « *Les agents de police municipale seront ainsi mis en mesure, en complément des forces de police et de gendarmerie, de faire cesser les troubles en faisant usage des dispositions de l'article 73 du code de procédure pénale autorisant toute personne à appréhender les auteurs de crime ou délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement aux fins de les conduire aussitôt devant l'officier de police judiciaire le plus proche* », in Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, octobre 2002, p.12.

775 *Infra* n°317.

§ 2 : L'instrument d'une satisfaction symbolique de la Victime.

238. Le 16 septembre 1998, suivant une pente qui n'allait cesser de s'incliner, le garde des sceaux élevait au même rang, comme deux finalités potentiellement antagonistes du procès pénal, le renforcement de « *la présomption d'innocence* » et celui « *des droits des victimes* »⁷⁷⁶. Au delà de l'empathie facile et consensuelle pour les victimes d'infraction, une telle équivalence devrait pourtant nous interpeller à un double titre. D'abord, parce qu'en opposant ainsi les droits de la la personne mise en cause à ceux du plaignant, elle porte les germe d'une mise en cause particulièrement aigüe de la présomption d'innocence⁷⁷⁷. Ensuite, parce qu'en tendant à substituer à la traditionnelle opposition entre la Société et l'auteur de l'infraction une opposition entre ce dernier et « sa victime », elle annonce une déformation de l'ordre pénal plus profonde encore⁷⁷⁸.

A maints égards, cette montée en puissance de la figure victimaire va exercer sur l'évolution du droit pénal une influence plus importante encore que celle produite par l'essor traitement coercitif de la déviance. Objectif difficilement contestable en son principe, le souci d'assurer la protection des victimes ne nécessite guère de travail sur les représentations du phénomène délictueux. Par sa dimension universelle, il autorise en outre une entreprise de transformation globale de l'ordre pénal qui puise son dynamisme dans l'évidence de la souffrance victimaire, dans « *le spectacle de l'innocence profanée* »⁷⁷⁹.

Pour en apprécier la portée, il importe, dans un premier temps, d'analyser la signification réelle de cette réhabilitation de la Victime (A). Ainsi peut être mise en évidence l'orientation toute particulière donnée par le législateur à la promotion de ses supposées attentes (B).

776 Assemblée, projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n°1079 de la onzième législature, p.4.

777 *Infra* n°243.

778 *Infra* n°391.

779 Denis SALAS, *La volonté de punir, essai sur le nouveau populisme pénal*, Hachette, Paris, 2005, p.86.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La réhabilitation de la figure victimaire.

L'omniprésence de la victime et de ses aspirations prétendues dans le discours législatif contemporain doit être reçue avec une particulière circonspection, tant elle constitue l'expression d'un autre mythe particulièrement prégnant dans le champs pénal.

L'analyse enseigne en effet que la réhabilitation ostentatoire de la figure victimaire dans le processus normatif répressif joue non seulement de la confusion entre la victime réelle et la victime allégorique, mais également de la confusion entre les dimensions civile et pénale de son intervention dans le procès pénal.

En définitive, c'est à une réhabilitation tout à la fois biaisée (1) et intéressée (2) de la figure de la Victime à laquelle nous assistons.

1°) Une réhabilitation biaisée.

239. A l'origine de toute construction mythique se trouve d'une part une réalité plus ou moins objective ou, du moins, exposée de façon impartiale, d'autre part l'extrapolation de cette donnée pour en tirer une interprétation proprement indiscutable⁷⁸⁰. Le mythe victimaire est ainsi bâti sur la réalité historique d'une marginalisation juridique et pratique de la victime d'infraction en la présentant de telle sorte qu'elle débouche sur la conclusion d'une nécessaire extension de sa place et de ses prérogatives au cours du procès pénal. Certes, les offensés ont pendant fort longtemps été tenus à l'écart de la conduite du procès pénal. Quasiment absents du Code d'instruction criminelle, si ce n'est dans la portion congrue réservée aux parties civiles, Ils ne sont expressément pris en compte par le législateur répressif qu'à partir de 1983⁷⁸¹. Avant cette date « *la victime ordinaire n'est ni visible, ni reconnue. Tout le système pénal est construit historiquement sans elle* »⁷⁸².

Mais depuis une trentaine d'années, l'atomisation sociale consécutive à la montée en puissance du néolibéralisme a profondément changé la donne, en imposant l'image d'un individu « libéré » de

⁷⁸⁰ *Supra* n°81.

⁷⁸¹ La loi n°83-608 du 8 juillet 1983 relative à la protection des victimes d'infraction renforce les prérogatives de la partie civile tout au long du procès pénal et institue la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions ; V. articles 706-4 et suivants du Code de procédure pénale.

⁷⁸² Denis SALAS, *op.cit.*, p. 64

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

toute interaction avec autrui dans le cours de son existence et en amenuisant sans cesse les protections collectives. Dans un contexte où, « *aux solidarités collectives (celles du monde du travail notamment) succède une solidarité victimaire* »⁷⁸³, l'effacement procédural du plaignant n'a cessé d'être perçu comme une carence intolérable, induisant une succession de réformes invariablement justifiées par l'opinion selon laquelle « *les victimes restent trop souvent en retrait des procédures judiciaires* »⁷⁸⁴

240. De ce constat au renforcement du poids de la victime sur le cours de la procédure pénale, le passage ne peut cependant se faire sans une représentation tronquée de cette lacune. L'effacement de la victime au cours du procès pénal recouvre en effet deux réalités bien distinctes. La restriction de ses prérogatives de partie civile durant l'instance répressive n'est que la conséquence de la consécration progressive de l'autonomie du droit pénal comme discipline ayant vocation à régir, en tant que telles, les seules atteintes à la cohésion sociale. De ce point de vue, non seulement la faiblesse procédurale de la partie civile apparaît comme cohérente, mais c'est bien au contraire son maintien qui peut être considéré comme la survivance d'une conception plus ancienne de la justice pénale dans laquelle action publique et action civile ne sont pas nettement différenciées quant à leurs objets ou à leurs titulaires⁷⁸⁵.

D'une toute autre nature est l'effacement matériel et, pour ainsi dire, logistique des victimes d'infractions. Que cette indifférence trouve ou non son origine dans leur effacement théorique et juridique, la façon dont elles peuvent effectivement déposer plainte, être informées des droits associées à la qualité de partie civile et, après-procès, recouvrer les éventuelles réparations civiles allouées, constitue une préoccupation extrêmement récente du législateur⁷⁸⁶. C'est cette marginalisation-ci qui nourrit, avant tout, le sentiment, réel ou projeté par d'autres, d'abandon des victimes d'infractions. Or, y remédier ne nécessite nullement de bouleverser leur statut procédural

783 *Ibid.*, p.79.

784 Sénat, projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Juillet 2002, p.2

785 V. Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.180 à 189.

786 D'abord cantonnée à certaines catégories d'infractions et de préjudices, l'amélioration de l'indemnisation des victimes d'infractions va être réalisée par l'élargissement successif du domaine d'intervention de la commission des indemnisation des victimes d'infraction par les lois n°90-589 du 6 juillet 1990, n°2000-516 du 15 juin 2000 et n°2004-204 du 9 mars 2004. En créant le service d'aide au recouvrement des victimes d'infractions, la loi n°2008-644 du 1er juillet 2008 instaure un véritable droit à l'indemnisation. Parallèlement, l'information des victimes tout au long du procès pénal est très régulièrement étendue par les lois du n°93-2 du 4 janvier 1993, n°2000-516 du 15 juin 2000, n°2002-1138 du 9 septembre 2002 et n°2004-204 du 9 mars 2004.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

au cours du procès pénal. L'amélioration de l'effectivité du droit à l'information et à l'indemnisation de la victime est moins du ressort de la loi que des moyens donnés à son application et, notamment, aux modalités d'accueil des plaignants, aux éventuelles structures d'accompagnement juridique ou psychologique ou à l'accès effectif à la Justice.

Pourtant, si cette dimension n'est pas totalement absente des intentions du législateur contemporain, elle n'excède guère la pétition de principe, tant le développement parallèle d'une politique pénale productiviste privilégiant les modes de poursuite expéditifs contrarie sa réalisation⁷⁸⁷. Elle demeure, en toutes hypothèses, largement secondaire par rapport au renforcement du statut procédural de la victime pénale. Qu'elle soit ou non constituée partie civile, celui-ci constitue en effet une tendance lourde du mouvement normatif contemporain⁷⁸⁸. Il témoigne ainsi du caractère particulièrement intéressé de la réhabilitation de la figure victimaire.

2°) Une réhabilitation intéressée.

241. L'invocation de la figure victimaire au soutien du renforcement de son poids sur le cours du procès pénal permet de toucher du doigt qu'elle « *est aussi une ressource politique. Derrière la victime incarnée peuvent toujours surgir la victime invoquée et l'idéologie victimaire. Le cercle de la plainte s'élargit à l'infini. [...]. Chacun se place sur une sorte de marché où il se prévaut d'un seuil de victimisation toujours plus élevé* »⁷⁸⁹. En d'autres termes, c'est moins la victime réelle qui fonde les orientations actuelles de la dynamique normative répressive, que cette « *victime invoquée* » figure essentiellement apologétique à un double titre.

Il s'agit d'abord d'une victime allégorique, véritable archétype de la souffrance illégitime et de l'innocence souillée. C'est ainsi que le 11 juillet 2007, entendue par la commission des lois de l'Assemblée nationale, le Garde des sceaux défend la systématisation de l'injonction de soins en affirmant que si celle-ci « *peut sauver ne serait-ce qu'un enfant et une victime, elle doit être instaurée* »⁷⁹⁰. De façon plus explicite encore, le rapporteur du projet de loi pour la sécurité

⁷⁸⁷ *Infra* n°374.

⁷⁸⁸ *Infra* n°349.

⁷⁸⁹ Denis SALAS, *op.cit.*, p.65.

⁷⁹⁰ Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°65 de la douzième législature, p.56.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

intérieure à l'assemblée nationale invoque « *les droits des victimes et des innocents* » pour justifier l'extension des prérogatives des services de police⁷⁹¹. Relevons, enfin, les propos de l'auteur de ce projet lors de son audition par la commission des lois, quand il présente la hausse supposée de la délinquance comme un phénomène ayant pour effet « *de bouleverser et de briser de plus en plus de vies, des vies de victimes souvent modestes et démunies, qui n'ont pour seul recours que la protection d'un État qui s'est montré parfois, dans le passé, défaillant* »⁷⁹².

De façon plus édifiante encore, le détournement de la figure victimaire se retrouve dans l'invocation de l'image de la victime putative. Autrement dit, sans trop mesurer l'énormité de l'aporie qui consiste à se faire le défenseur de victimes virtuelles tout en préconisant des mesures censées leur éviter cette condition, l'accroissement de l'emprise du pouvoir répressif est justifié par le souci de protéger de futures victimes d'infraction. C'est ainsi qu'en juillet 2007, le garde des sceaux défend son projet de loi renforçant considérablement la répression des infractions commises en état de récidive légale en affirmant que « *si les personnes poursuivies doivent être traitées avec équité, priorité doit être accordée à la protection des victimes. Le projet est donc un texte dissuasif, la certitude de la sanction étant le premier outil de la prévention* »⁷⁹³.

Dans le même ordre d'idée, un parlementaire peut, lors de l'examen à l'assemblée nationale du principe de l'enfermement préventif de personnes au seul motif des infractions qu'elles risqueraient de commettre, se féliciter « *du fait que le projet de loi prenait mieux en compte les victimes* »⁷⁹⁴.

242. Ce n'est donc pas le souci de la victime réelle – avec toute la complexité et l'ambivalence qui peut la caractériser, qui sous-tend le mouvement normatif actuel – que l'allégorie de l'innocence souillée, invoquée avec d'autant plus de vigueur qu'elle demeure virtuelle. La figure victimaire ainsi déconnectée de toute réalité, elle autorise tout un chacun à parler en son nom. Elle constitue un argument particulièrement redoutable au soutien de la transformation de l'ordre pénal dans le sens d'un accroissement indéfini des prérogatives du pouvoir répressif. Comment, en effet, s'opposer à la volonté de protection de victimes innocentes et démunies ? Comment rester indifférent à

791 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.15.

792 Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.20.

793 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°65 de la douzième législature, p.49.

794 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté (sic.) et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°497 de la treizième législature, p.55.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'imminence d'une victimisation massive et dramatique que l'absence de mesures suffisamment répressives autorise ?

Dans cette perspective, la souffrance de la victime, endurée et plus encore exposée, tend à s'imposer comme un critère de législation pénale supplémentaire si ce n'est concurrent à l'atteinte à la cohésion nationale. Malgré tout ce que son appréciation comporte de subjectivité, elle vient motiver non seulement la création de nouvelles incriminations, mais aussi l'aggravation de celles existantes et l'accroissement des attributions des autorités répressives. Ainsi « *le droit de punir se construit désormais à partir de l'injustice. A la faute pénale qui impute le mal à un auteur se superpose la faute tragique qui frappe injustement un innocent* »⁷⁹⁵.

Ce nouvel étalon de la répression va affecter en profondeur l'économie du droit pénal, en lui conférant des finalités s'inscrivant à contre-courant des principes fondateurs de l'ordre pénal républicain.

B) La promotion des « attentes » victimaires.

Le 20 novembre 2002, entendu par la commission des lois de l'assemblée nationale, le ministre de l'intérieur affirmait, sans être contredit par quiconque, que « *le code pénal est d'abord fait pour protéger les victimes et confondre les délinquants* »⁷⁹⁶. Le 27 mai 2009, l'un de ses successeurs expliquait à son tour que « *tant que le taux d'élucidation [des infractions] n'aura pas dépassé 50%, délinquants et criminels bénéficieront de fait d'un avantage par rapport aux victimes* »⁷⁹⁷.

La collectivité ayant largement cédé le pas devant l'image singulière d'une communauté de victimes comme entité protégée par le droit pénal. Façonnées par et pour le législateur, les attentes supposées de la victime allégorique en font désormais un instrument de réparation de son préjudice (1), ainsi qu'une arme de rétorsion en réponse à l'offense subie (2).

⁷⁹⁵ Denis SALAS, *op.cit.*, p.98.

⁷⁹⁶ Assemblée nationale, Rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.18.

⁷⁹⁷ Assemblée nationale, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure, n°1697 de la treizième législature, p.5.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) La promotion d'un droit pénal de réparation.

243. L'assertion pourrait paraître incongrue dans le paysage législatif actuel, mais il faut cependant rappeler que le droit pénal moderne n'a nullement vocation à réparer le dommage particulier subi par la victime de l'infraction. Ce qu'entend saisir, en propre, la norme pénale, c'est l'atteinte portée à la collectivité, sans préjudice de l'existence ou de l'importance du préjudice subi par les individus impliqués – si ce n'est pour mesurer, parmi d'autres critères, la gravité relative du tort causé à la Société. Sans doute, la déclaration de culpabilité de l'auteur est-elle, d'un strict point de vue psychologique, d'importance pour la victime. Il n'en demeure pas moins que la réparation de son préjudice ne peut, juridiquement, qu'obéir aux règles de la responsabilité civile. Pourtant, le souci d'améliorer la réparation du préjudice subi par la victime constitue désormais une finalité explicitement associée par le législateur au procès pénal en tant que tel⁷⁹⁸.

Certes, la tradition juridique française offre un terrain favorable à un tel retournement. La définition commune d'un droit pénal présenté comme mixte, à la fois privé et public, témoigne d'une réticence certaine à ne voir dans cette discipline juridique que la réglementation de la réaction sociale aux atteintes portées à la cohésion nationale. Concevoir la norme pénale comme ayant vocation, au moins en partie, à régir les rapports individuels, témoigne d'une certaine incapacité à distinguer clairement l'action civile de l'action publique. La séquence normative contemporaine a toutefois quelque chose d'inédit en ce sens que jamais, depuis la fin du XVIIIème siècle, la règle pénale n'avait eu explicitement pour objet de réparer l'atteinte particulière faite à la victime. Aujourd'hui, au contraire, « *tout se passe comme si la peine prononcée était toujours dans un « pas assez » et la volonté de punir dans un « toujours plus »*⁷⁹⁹.

244. La vertu réparatrice que l'on exige désormais de la règle pénale s'entend de deux façons différentes. Il s'agit, en premier lieu, de remédier au préjudice très concrètement subi par l'offensé. L'injonction faite par l'autorité judiciaire à l'auteur d'une infraction de réparer civilement le dommage causé à la victime est d'abord pensée comme une mesure alternative aux poursuites⁸⁰⁰ ou, s'agissant des mineurs, comme une mesure provisoire à caractère éducatif⁸⁰¹. Dans de telles

⁷⁹⁸ *Supra* n°65.

⁷⁹⁹ Denis SALAS, *op.cit.*, p.97

⁸⁰⁰ Article 41-1 du Code de procédure pénale.

⁸⁰¹ Introduite par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993, la mesure dite de « réparation pénale » peut, en application de l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 être décidée par le Procureur de la République comme alternative

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

hypothèse, elle se toutefois concilie aisément avec la finalité de préservation de la cohésion sociale classiquement assignée au droit pénal, qu'elle ne concurrence pas et qu'elle peut même contribuer à renforcer. Ainsi la mesure de réparation pénale pouvant être ordonnée à l'égard d'un mineur vise moins à assurer la réparation du préjudice qu'à assurer la prise de conscience, chez l'auteur, du caractère répréhensible de son geste.

En instituant, au titre des mesures pouvant être proposées par le Procureur de la République à l'auteur de l'infraction dans le cadre de la composition pénale, l'obligation de réparer le préjudice causé, la loi n°99-515 du 23 juin 1999 marque une évolution dans le sens d'une substitution à l'intérêt général de l'intérêt particulier de la victime comme finalité du procès pénal⁸⁰². Si la nature juridique de la mesure de composition pénale demeure incertaine, n'étant pas expressément considérée comme une peine par le Code pénal, l'évolution de son régime juridique tend à lui faire produire les mêmes effets⁸⁰³. Mais la confusion devient totale avec l'instauration, par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, d'une singulière peine de « sanction-réparation », qui n'a d'autre fonction que d'obliger le condamner à réparer le préjudice causé à la victime⁸⁰⁴.

245. En deuxième lieu, on insiste désormais sur une improbable fonction catharsique du procès pénal, lequel aurait pour finalité, entre autres, de permettre aux victimes de faire le deuil de la perte résultant de l'infraction. C'est ainsi qu'au cours des débats parlementaires relatifs au projet de loi instituant la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, nous voyons se multiplier les déclarations insistant sur « *les failles d'une procédure et l'incompréhension des familles des victimes devant un non-lieu qui semble nier l'existence même de leur souffrance* »⁸⁰⁵. La conception d'un droit pénal ayant vocation à appréhender les atteintes les plus importantes à la cohésion sociale commises par des individus doués de leur libre-arbitre ne semble plus intéresser le législateur.

Le droit pénal ainsi dépossédé de sa finalité d'intérêt général au profit d'une fonction indemnitrice

aux poursuites ou ordonnée par le juge des enfants comme mesure provisoire ou même comme mesure éducative prononcée à titre de sanction.

802 Article 41-2 du Code de procédure pénale

803 Depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, la mesure est ainsi inscrite au casier judiciaire de l'intéressé et peut, en particulier, constituer le premier terme d'un état de récidive.

804 V. Elisabeth FORTIS, « Janus et la responsabilité », *in* Etudes offertes à Geneviève VINEY, LGDJ, Paris, 2008, p.451.

805 Assemblée nationale, Rapport n°497 de la treizième législature, p.9.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

voire même thérapeutique, le principe de nécessité de l'incrimination, déjà historiquement faible, menace de perdre toute consistance⁸⁰⁶. A ses côtés, l'exigence de proportionnalité se trouve pareillement mise en cause par la troisième dimension de la vertu réparatrice assignée au droit pénal, qui le dégrade en un instrument de rétorsion.

2°) La promotion d'un droit pénal de rétorsion.

246. Le 28 juin 2006, présentant la nouvelle peine de sanction-réparation comme venant « *combler une évidente lacune de notre droit pénal et de notre procédure pénale* », l'auteur du projet de loi relatif à la prévention de la délinquance précisait que « *les efforts consentis dans ce cadre devront correspondre à la souffrance physique ou morale supportée par la victime* »⁸⁰⁷. Ainsi est promue, d'une façon on ne peut plus explicite, une conception strictement vindicative de la sanction pénale. Réduit au préjudice subi par la victime, le trouble causé par l'infraction n'est réputé pouvoir être réparé que par l'application au condamné d'un mal équivalent, supposé compenser l'offense initiale.

Echo de l'ambiguïté de la fonction rétributive traditionnellement assignée au droit pénal⁸⁰⁸, une telle approche ressuscite l'opinion, héritée de l'absolutisme pénal, selon laquelle la justice pénale ne peut utilement passer sans l'exercice, à l'endroit du condamné, d'une certaine affliction⁸⁰⁹. La figure victimaire, avec toute la portée qu'autorise sa dimension exclusivement allégorique, est ainsi mise au service de la réhabilitation de cette conception proprement réactionnaire. Si la nécessité d'une répression afflictive est rarement défendue de façon aussi explicite qu'au soutien de la sanction-réparation, elle n'en transparaît pas moins derrière l'exhortation récurrente à une plus grande fermeté dans la conception et l'application de la peine.

Promouvoir, en tant que telle, une répression plus rigoureuse comme gage d'une plus grande efficacité du procès pénal, ce n'est jamais que revendiquer comme nécessaire une certaine dureté de la peine. C'est ainsi que l'aggravation des sanctions pénales encourues par les personnes condamnées en état de récidive légale est invariablement justifié par la nécessité « *d'une sévérité*

806 *Infra* n°319.

807 Sénat, Projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, session ordinaire 2005-2006, p.8.

808 *Supra* n°76.

809 *Supra* n°77.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

accrue »⁸¹⁰. De façon tout aussi emblématique, le rapporteur du projet de loi pénitentiaire à l'assemblée nationale, dont l'un des objets principaux est d'améliorer la réinsertion des condamnés, ne peut s'empêcher de préciser, à titre liminaire, que « *bien évidemment, la prison sert à **punir** la commission d'une infraction pénale* »⁸¹¹.

247. Ce retour en force de la rhétorique de l'affliction nécessaire ne peut qu'affecter en profondeur l'ordre pénal. A partir du moment où le procès pénal est réputé avoir pour fonction de satisfaire les hypothétiques aspirations vindicatives de la victime, les principes de nécessité et, plus encore, de proportionnalité, cèdent le pas devant une dynamique répressive qui n'a d'autre étalon de mesure que la souffrance endurée par le plaignant. L'exhortation à la mesure qu'induit l'idée de Sûreté n'a en effet guère de sens dans un modèle pénal dans lequel la répression est réduite à un outil de rétorsion au service des victimes. Une telle perspective nourrit bien au contraire une véritable surenchère répressive, où la pénalité présente un caractère de plus en plus disproportionné à mesure que le préjudice créé par l'infraction et, plus encore, sa mise en scène dans le processus normatif, sont considérés comme particulièrement odieux⁸¹².

Enrôlé au service d'une gestion coercitive de la déviance, bouleversé par une rationalité incriminatrice rivée à la satisfaction des intérêts désignés d'une victime allégorique, le droit pénal ne peut que s'éloigner chaque jour davantage des principes fondateurs de l'ordre pénal républicain. Les mutations concomitantes de la politique pénale achèvent de construire un modèle répressif qui ne peut que contester directement la fonction paradigmatique de la Sûreté.

810 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°65 de la treizième législature, p.27. Dans des termes analogues, le rapporteur à l'assemblée nationale de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales indique qu'il convient « *de sanctionner plus sévèrement les récidivistes* », in rapport n°1979 de la douzième législature, p.8.

811 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pénitentiaire, n°1899 de la treizième législature, Paris, 8 septembre 2009 p 14 (nous soulignons).

812 *Infra* n°369.

SECTION 2 : LA RÉDUCTION MANAGÉRIALE DE LA POLITIQUE PÉNALE.

248. Le 27 mai 2009, présentant les nouvelles orientations assignées aux services de police dans leur mission de « *lutte contre la délinquance* », leur ministre de tutelle indiquait que « *la politique de sécurité intérieure ne saurait s'exonérer d'une obligation, continue et dynamique, de performance. Cette obligation reflète les contraintes qui pèsent sur les finances publiques d'un pays* »⁸¹³. Rien ne saurait mieux exprimer la prégnance contemporaine du tropisme gestionnaire dans la conception et l'application de la politique pénale. A la faveur de l'adoption, au début de ce siècle, d'un nouveau cadre budgétaire applicable à l'ensemble des politiques publiques étatiques, les modalités de constatation, de poursuite et même de jugement des infractions ont progressivement été entièrement repensées à mesure que s'étendait l'influence de l'idéologie managériale.

La loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 soumet en effet l'ensemble des services étatique à une logique, explicitement importée de la sphère marchande, de « *résultat* »⁸¹⁴. Celle-ci se traduit concrètement par un souci de confinement et de rationalisation des dépenses publiques, désormais allouées, « *mission* » par « *mission* », de façon strictement limitative⁸¹⁵. L'octroi de crédits ne se fait plus en fonction des besoins estimés de chaque service public, mais en fonction du respect, sur une année budgétaire, « *d'indicateurs de performance* » essentiellement statistiques⁸¹⁶, selon un raisonnement mécanique qui conduit à diminuer les ressources des services jugés insuffisamment performants – au risque d'accentuer encore leurs dysfonctionnements.

Depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions budgétaires au 1er janvier 2006, les indicateurs de performance retenus pour la détermination des crédits alloués à la « *mission justice* », reconduits par chaque loi de finances, ne sont constitués que du taux de réponse pénale – c'est-à-dire de la proportion, au sein des affaires poursuivables, de celles donnant lieu à réponse pénale – et des taux d'appel en matière pénale et civile. En d'autres termes, c'est sur la base de seules données statistiques que sont allouées aux juridictions l'ensemble de leurs crédits de fonctionnement.

813 Assemblée nationale, projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure, n°1697 de la treizième législature, p.5.

814 Article 1 de la loi organique no 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

815 Article 9 de la loi organique no 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

816 Article 48 de la loi organique no 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

249. Hâtivement qualifiée « d'économique » par certains de ses promoteurs⁸¹⁷, cette nouvelle orientation conduit en réalité, dans le champs pénal, à l'adoption par les autorités répressives de critères essentiellement comptables et statistiques dans la conduite de leur mission. Cette réduction gestionnaire est si prégnante que la finalité première de la politique pénale – apporter une réponse aux infractions constatées qui permette de rétablir effectivement la cohésion sociale – tend à devenir secondaire. Sommés de produire de « bons chiffres » de répression et d'obtenir des décisions de justice suffisamment prévisibles pour ne pas être trop souvent frappées d'appel, les autorités policière et judiciaire sont conduites à modifier en profondeur leur réponse aux infractions constatées.

Aussi, bien qu'elle trouve également son origine dans l'idéologie néolibérale, la transformation de la politique pénale obéit à une logique propre qui vient, mécaniquement plus que délibérément, renforcer la transformation du procès pénal en un outil de gestion coercitive de la déviance et de satisfaction symbolique des victimes. Parce qu'il faut présenter le taux de réponse pénale le plus élevé possible, la constatation et la poursuite des infractions se trouvent de plus en plus affectées par une obsession productiviste (1). Et parce que certaines infractions plus que d'autres permettent de produire de « bonnes statistiques », la politique pénale apparaît chaque jour davantage gouvernée par un principe d'opportunisme répressif (2).

§ 1 : L'essor du productivisme pénal.

250. En 1999, le taux de réponse pénale était de 67,5%. En 2009, il est de 87,5%⁸¹⁸. Certes, cette hausse résulte pour partie d'une indéniable manipulation statistique, consistant à exclure artificiellement du calcul la masse des affaires dites « *non poursuivables* » au rang desquelles figurent en bonne place les infractions pour lesquelles l'action publique ne peut prospérer en l'absence d'identification de l'auteur. Or cette carence constitue en pratique l'une des causes de classement sans suite des procédures soumises au Ministère public raison de l'infructuosité des

817 Selon un biais caractéristique de la pensée économiste dominante, le terme « économique », qui désigne, sans préjudice des orientations politiques, la dimension des activités humaines relative à la production et la circulation des richesses, est assimilé non seulement au terme « marchand », mais encore, de façon plus réductrice encore, à une conception de l'activité marchande se limitant à la maximisation des profits à court terme de l'investisseur.

818 Observatoire de la Justice pénale, Chiffres nationaux 1999-2009, Ministère de la Justice - Direction des affaires criminelles et des grâce, Paris, septembre 2010, p.6.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

recherches. Cet artifice comptable permet ainsi de réduire à la portion congrue la part de classement sans suite officielle et de faire progresser d'autant le taux de réponse pénale.

Il reste qu'en l'espace de dix ans, ce sont pas moins de 450 000 affaires supplémentaires par an qui ont été traitées par l'autorité judiciaire, en particulier par le ministère public, dans la mesure où cette hausse est avant tout imputable à l'accroissement remarquable des alternatives aux poursuites⁸¹⁹. Alors même que le nombre des infractions portées à la connaissance de la Justice est resté stable sur la même période, c'est donc bien à une hausse sans précédent de la « production » répressive que nous avons assisté au cours de la dernière décennie, c'est-à-dire à une augmentation de la réponse pénale sans lien direct avec l'évolution réelle de la délinquance. Menée à moyens quasiment constants, une telle augmentation n'a pu se faire sans une réforme profonde des modes d'intervention de la police et de la justice.

C'est en ce sens que nous pouvons parler d'un véritable productivisme pénal, qui voit les autorités répressives poursuivre tout à la fois l'élévation du niveau de répression (A) et la rationalisation des modes de poursuite (B).

A) L'augmentation de la production répressive.

Le 17 juillet 2002, présentant son projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, le garde des sceaux indiquait que « *la lutte contre la délinquance dépend pour une large part de l'action qui doit être conduite en amont de l'institution judiciaire et particulièrement par les services chargés de la sécurité intérieure* » tout en précisant « *que la justice ne dispose pas de moyens suffisamment adaptés pour assurer avec une pleine efficacité le traitement des affaires qui lui parviennent* »⁸²⁰.

Dans un contexte politique caractérisé par la faiblesse institutionnelle du pouvoir judiciaire, c'est d'abord l'évolution des pratiques et des priorités de l'action policière qui conditionne celle de l'autorité de poursuite et, à travers elle, de l'autorité de jugement⁸²¹. Pour autant, la façon dont le

819 Passées, au cours de la même période, de 214 108 par an à 558 047 par an, *in ibid.* p.6.

820 Sénat, projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Juillet 2002, p.2.

821 *Supra* n°180.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ministère public va s'adapter à cette injonction productiviste revêt également des formes spécifiques. Aussi convient-il d'étudier les ressorts de l'augmentation la réponse policière à la délinquance (1), mais également ceux propres à la réponse judiciaire (2).

1°) L'augmentation de la production policière.

251. Approuvé par la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure constitue l'un des principaux révélateur des transformations profondes de l'action policière au cours des dix dernières années. Il y est ainsi indiqué « *qu'une politique de gestion par objectif sera instaurée. Les résultats obtenus en matière de lutte contre l'insécurité seront régulièrement évalués et comparés aux objectifs fixés. Les responsables locaux de la police et de la gendarmerie rendront compte de ces résultats, chacun pour ce qui les concernent, et il en sera tenu compte dans leur progression de carrière* ». Sans rendre compte de façon exhaustive des modalités et des effets de cette politique du résultat ou plus précisément, du chiffre⁸²², il importe d'en pointer quelques traits saillants qui auront une influence considérable sur l'évolution de l'ordre répressif et l'intensité de la crise systémique qui le traverse aujourd'hui.

252. L'obsession statistique constitue la première caractéristique dominante de ce nouveau productivisme policier. Elle trouve une expression privilégiée dans le rôle central désormais dévolu, dans la définition des priorités et des pratiques des services de police, aux prétendus « chiffres » de la délinquance. La pertinence de cet indicateur est pourtant inversement proportionnelle à l'importance qui lui est donnée. Le nombre de faits recensé par cette statistique, loin de refléter la réalité du phénomène délictueux, ne mesure en fait que la quantité d'infractions constatées par les agents et officiers de police judiciaire, soit d'office, soit sur plainte. Non seulement rien ne permet de dire que cette comptabilisation des faits délictueux est exhaustive, mais rien ne permet d'affirmer que les faits signalés recouvrent véritablement une qualification pénale. Sur les quelques cinq millions de faits portés à la connaissance de l'autorité judiciaire chaque année, seuls 30% d'entre eux sont susceptibles de réponse pénale et sur cette part, à peine la moitié donnent lieu à poursuites

822 Une littérature riche et fournie existe déjà en la matière, qui nous restitue dans toutes ses dimensions et ses conséquences cette dérive statistique ; V. Laurent MUCCHIELLI, « Le « nouveau management de la sécurité » à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007) », Champ pénal/ Penal field [En ligne], Vol. V | 2008, ou encore Laurent BONELLI, *op.cit.*, p.349 et suivantes.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

devant les juridictions de jugement⁸²³. Or seule cette délinquance judiciairement constatée peut être considérée comme suffisamment fiable, tant du point de vue de la réalité des faits dénoncés ou relevés que l'exactitude de leur qualification juridique. Autrement dit il n'existe, pour l'écrasante majorité des faits pris au compte pour l'établissement des « chiffres de la délinquance », aucun élément sérieux permettant d'apprécier leur réalité.

En dépit de ces lacunes rédhibitoires, cet indicateur statistique constitue le critère hégémonique si ce n'est exclusif d'évaluation de l'activité des services de police, depuis les services centraux jusqu'aux brigades de gendarmeries et commissariats locaux les plus modestes. Outre qu'il conduit à rendre la mesure encore un peu moins fiable, en incitant mécaniquement les agents à produire de « bons » chiffres, il va modifier en profondeur leur façon de constater les infractions. La gravité et la complexité des faits potentiellement délictueux portés à leur connaissance cesse d'être un critère de priorité. Seule compte désormais la délinquance visible, en particulier la délinquance routière et la délinquance de voie publique, dont il convient impérativement de faire baisser les chiffres. L'activité de police judiciaire s'éloigne ainsi de toute considération de nécessité et de proportionnalité de la répression au profit d'une logique purement comptable, où seule importe l'apparence du résultat.

253. Deux indicateurs statistiques introduits parallèlement viennent encore accentuer cette tendance. D'abord, l'incitation plus ou moins directe faite aux services de police, au moins jusqu'en 2009, d'augmenter le nombre de garde-à-vues. Ainsi, sans même prendre compte les mesures prises au titre des infractions au code de la route, le nombre de garde-à-vues, après avoir fortement baissé depuis 1998, est passé de 336 718 en 2001 à 580 108 en 2009⁸²⁴. Certains ont pu attribuer cette évolution à l'interdiction faite, depuis la loi du 15 juin 2000 et son interprétation stricte par la Cour de cassation, d'entendre en qualité de témoin une personne tenue à la disposition de l'officier de police judiciaire⁸²⁵. Cette explication ne saurait toutefois qu'être marginale. D'une part, parce que cette décision n'impose le placement en garde-à-vue que des personnes interpellées et ne fait

823 Observatoire de la Justice pénale, Chiffres nationaux 1999-2009, Ministère de la Justice - Direction des affaires criminelles et des grâces, Paris, septembre 2010, p.6.

824 V. Laurent MUCCHIELLI, « Comprendre l'explosion des garde-à-vues », *in* Délinquance, justice et autres questions de société, Site de ressources documentaires et d'analyse critique animé par un réseau de chercheurs en sciences sociales (www.laurent-mucchielli.org), 18 février 2010.

825 Dans un arrêt du 6 mai 2003, la chambre criminelle a ainsi précisé qu'une personne retenue contre son gré par les services de police ne pouvait être entendu que sous le régime de la garde-à-vue, bull.crim., n°93, p.356.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

aucunement obstacle à l'audition simple de personnes se présentant sur convocation. D'autre part et surtout, parce que le nombre de garde-à-vue constitue aujourd'hui, au même titre que le taux de réponse pénale, un « indicateur de performance » de la mission sécurité du ministère de l'intérieur⁸²⁶. Ce qui incite les services de police à placer les personnes en garde-à-vue non en raison « *des nécessités de l'enquête* » – motif applicable jusqu'à la loi n°2011-392 du 14 avril 2011⁸²⁷ – mais uniquement pour satisfaire à cet indicateur d'activité. L'exigence de proportionnalité de la répression s'en trouve amoindrie d'autant.

Second indicateur supposé mesurer la performance des services de police, le taux d'élucidation des infractions va produire des effets semblables. L'injonction faite aux enquêteurs d'accroître la proportion des affaires élucidées dans la masse des faits portés à leur connaissance va très logiquement les conduire à privilégier les infractions les plus simples et, en particulier, celles pour lesquelles la constatation vaut élucidation. Là encore, l'action de la police judiciaire se concentre mécaniquement sur la délinquance la plus visible et la moins complexe, sans autre finalité que celle d'accroître arithmétiquement le taux d'élucidation du service. Au delà du cas particulier des infractions au Code de la route, cette augmentation statistique du nombre des « *infractions révélées par l'action des services* » s'appuie avant tout sur la hausse du nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants et d'infractions à la législation sur les étrangers⁸²⁸.

Cette évolution structurelle des modes d'intervention des services de police ne peut qu'influencer durablement la façon dont est conduite la politique pénale, dont les propres tendances gestionnaires viennent encore renforcer cette pente productiviste.

826 Laurent MUCCHIELLI, *op.cit.* p.4 et 5.

827 *Infra* n°373.

828 Ainsi ce type d'infractions constitue plus de 70% des 359 292 infractions révélées par l'action des services comptabilisées en 2010 – contre 317 422 en 2005 ; V. Bulletin pour l'année 2010 de l'observatoire de la délinquance et des réponses pénales, Paris, janvier 2011, p.42.

2°) L'augmentation de la production judiciaire.

254. Au souci des services de police d'accroître le nombre de garde-à-vues et le taux d'élucidation des infractions constatées correspond celui du ministère public d'augmenter son taux de réponse pénale. L'augmentation sensible de la proportion des affaires faisant l'objet d'une poursuite ou d'une mesure alternative, alors même que le nombre et la structure des faits portés à la connaissance des Procureurs de la République demeure stable et tend même à diminuer légèrement depuis 2005⁸²⁹, ne peut se faire sans une modification substantielle de la façon de l'autorité de poursuites d'appréhender et de traiter les infractions qui lui sont signalées.

L'injonction faite aux magistrats du parquet d'accroître la réponse pénale les conduit alors à considérer les faits portés à leur connaissance non dans leur singularité, mais comme autant de variables d'un tableau statistique d'ensemble. Elle les invite à prendre leurs décisions moins en raison de la gravité ou la complexité relative de l'infraction, qu'en fonction de l'impératif d'une réponse pénale la plus rapide possible à l'ensemble des infractions rapportées. A une logique juridique d'analyse de la qualification pénale et recherche de la « *manifestation de la vérité* »⁸³⁰ tend à se substituer une logique comptable de gestion de stocks et de flux de procédure. L'étude de l'évolution récente de la pratique des parquets met ainsi en évidence « *une tendance générale qui vise à réduire la complexité du système décisionnel* », « *en créant tout un ensemble de normes qui simplifient et tendent à « automatiser » la prise de décision* »⁸³¹.

255. Cette perte progressive du sens du procès pénal, où la forme de la poursuite tend à prendre le pas sur le fond, ne peut se faire sans s'écarter toujours plus de l'exigence de nécessité de la réponse pénale. Certes, l'augmentation remarquable du taux de réponse pénale au cours de la dernière décennie s'explique pour partie par celle de la proportion d'affaires élucidées et donc poursuivables⁸³². Mais elle traduit bien davantage une tendance massive à la pénalisation de comportements qui faisaient auparavant l'objet d'un classement sans suite. C'est ainsi qu'entre 1999

829 Observatoire de la Justice pénale, Chiffres nationaux 1999-2009, Ministère de la Justice - Direction des affaires criminelles et des grâces, Paris, septembre 2010, p.5

830 Selon les termes de l'article 81 du Code de procédure pénale.

831 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, Une Justice dans l'urgence, le traitement en temps réel des affaires pénales, PUF, coll. Droit et justice, Paris, 2007, p.122 et 120.

832 Le taux d'élucidation est ainsi passé de 27,6 % en 1999 à 37,7 % en 2009, le nombre d'affaires poursuivables passant sur la même période de 27,5% à 31,9% ; Observatoire de la Justice pénale, op.cit., p.4 et 6.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

et 2009, la proportion d'affaires classées sans suite est passée de 32,5% à 12,3%, cet effondrement s'expliquant principalement par la baisse des classements sans suite fondés sur la faiblesse du trouble à l'ordre social ou sur la situation de la victime⁸³³.

En d'autres termes, la volonté d'élever sans cesse le taux de réponse pénale de leurs parquets conduit les Procureurs à s'affranchir progressivement de toute considération de nécessité de la poursuite, en apportant une réponse répressive à des comportements sans préjudice de la faiblesse de l'atteinte portée à la cohésion sociale. La pression induite par l'exigence de résultats chiffrés impose l'opinion selon laquelle « *toute situation soumise au parquet devrait recevoir une solution de traitement dès lors qu'un auteur est identifié* »⁸³⁴. Ce faisant, le productivisme répressif apporte un relais particulièrement puissant au souci d'une pénalisation exhaustive affiché de longue date par les tenants du bon sens répressif⁸³⁵.

256. Cette mise en cause du principe de nécessité se prolonge dans une moindre mesure, d'une mise en cause du principe de proportionnalité. L'extension continue de la réponse pénale à l'ensemble des comportements portés à la connaissance du Ministère public aboutit, mécaniquement, à une élévation de l'importance de la réponse pénale sans lien avec la gravité relative des infractions en cause. Le souci d'apporter une réponse graduée aux infractions commises successivement par une même personne conduit, en l'absence de classement suite, à décider de poursuites à l'encontre d'une personne, fut-ce pour des faits d'une particulière insignifiance, au seul motif qu'elle a déjà fait l'objet d'une procédure alternative⁸³⁶. Ainsi, l'exigence d'une répression strictement proportionnée à l'importance relative du trouble causé par l'infraction cède devant celle d'une répression exhaustive, où l'aggravation de la réponse pénale obéit à une logique de plus en plus mécanique.

La « rationalisation » du traitement des procédures pénales que le productivisme répressif induit parallèlement achève d'éloigner notre ordre pénal des expressions les plus élémentaires de l'idée de Sûreté.

833 Observatoire de la Justice pénale, *op.cit.*, p.6

834 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *op.cit.*, p.120.

835 *Supra* n°132.

836 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *ibid.*, p.121 et suivantes.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) La rationalisation de la production répressive.

Si la hausse remarquable du taux de réponse pénale s'opère sans évolution notable du nombre d'infractions signalées à l'autorité judiciaire, elle intervient également dans un cadre budgétaire contraint. La stricte limitation des crédits dévolus à chaque juridiction depuis l'entrée en vigueur de la LOLF incite alors à revendiquer un allègement de règles procédurales jugées trop rigides pour traiter efficacement et dans des délais raisonnables la masse des dossiers transmis aux Procureurs de la République.

Deux voies parallèles vont être utilisées pour parvenir à un tel allègement. Au souci d'une certaine forme de simplification de la procédure pénale (1) s'ajoute celui d'une accélération corrélative de la répression (2).

1°) La simplification répressive.

257. Régulièrement brandie au cours des débats parlementaires, l'exhortation à la simplification du procès pénal pourrait paraître incongrue, si ce n'est déplacée, tant le mouvement normatif contemporain a au contraire considérablement accru la complexité de notre ordre juridique. A la multiplications des modes de réponse pénale s'ajoute l'extension indéfinie du domaine pénal⁸³⁷, le tout au terme d'un processus législatif impulsif qui, à chaque réforme, affecte un peu plus la cohérence et la lisibilité de notre droit⁸³⁸. Mais cette ardeur simplificatrice se comprend mieux dès lors que l'on prend en considération le fait que, dans l'esprit du législateur, la complication qu'il convient de dépasser est strictement identifiée à l'encadrement procédural du pouvoir répressif. Les procédures caractérisées, aux différentes étapes du procès, par un temps plus ou moins important réservé à l'examen contradictoire des faits et par des règles de procédure plus exigeantes sont ainsi réputées incompatibles avec le souci d'exhaustivité de la réponse pénale qui se déploie par ailleurs. Il s'agit non seulement de pouvoir traiter davantage d'infractions, mais également d'augmenter la proportion de poursuites pénales *stricto sensu* sans augmentation significative des moyens alloués.

L'incitation à la simplification concerne donc au premier chef les phases de poursuite et de

837 *Infra* n°320.

838 *Supra* n°110 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

jugement. Au delà de la consécration et l'encouragement ainsi donné aux mesures alternatives aux poursuites par la loi n°99-515 du 23 juin 1999 relative à l'efficacité de la procédure pénale, elle vise surtout à permettre le jugement de crimes et délits sans avoir à satisfaire à la « contrainte » de l'audience contradictoire. C'est ainsi qu'en juillet 2002, le rapporteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice affirme que « *l'instauration d'une forme de « plaider coupable » dans notre droit pourrait permettre de soulager les juridictions correctionnelles d'affaires pouvant être réglées autrement* »⁸³⁹. Le 6 mai 2003, à l'occasion des travaux législatifs qui allaient, entre autres, aboutir à l'adoption de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸⁴⁰, le garde des sceaux indiquait de façon particulièrement explicite que « *la simplification de la procédure pénale liée au développement de la composition pénale et à la création d'une procédure de « plaider coupable » à la française permettra de dégager des moyens pour mettre en œuvre ces nouveaux principes* », au rang desquels « *le principe d'une réponse pénale systématique si l'auteur est identifié* »⁸⁴¹.

258. Mais le souci d'une simplification en forme d'allègement des exigences procédurales du pouvoir répressif concerne également la phase d'application des peines. Selon une approche qui tient bien davantage de la gestion comptable de stocks que de la volonté d'individualisation de la peine, il s'agit, là encore, de permettre une forme de systématisation des aménagements de peines qui permette de limiter la surpopulation carcérale qu'induit la tendance parallèle à la systématisation de l'incarcération⁸⁴². Sans craindre la redondance, le rapporteur du projet de loi pénitentiaire à l'assemblée nationale soutient ainsi l'extension du domaine des procédures d'aménagement de peine non contradictoires conférant au Procureur de la République un rôle prédominant en affirmant qu'il convient « *de promouvoir davantage ces procédures simplifiées par l'extension de leur champ et leur simplification* »⁸⁴³.

Essentiellement motivée par la volonté d'augmenter la nombre de poursuites pénales dans un contexte budgétaire contraint, cette ferveur simplificatrice n'en rejoint pas moins la dénonciation du

839 Sénat, Rapport n°370 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 24 juillet 2002, p.138.

840 Articles à du Code de procédure pénale.

841 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, n°875 de la douzième législature, Paris, 14 mai 2003, p.38.

842 *Infra* n°387.

843 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pénitentiaire, n°1899 de la treizième législature, Paris, 8 septembre 2009, p.333.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

risque de paralysie régulièrement brandie au nom du bon sens répressif. Il s'agit moins d'alléger les autorités répressives de formalités superfétatoires que d'éroder en soi et pour soi leur encadrement procédural et juridictionnel. Même sous l'empire des nouvelles règles de finances publiques⁸⁴⁴, l'élévation du taux de réponse pénale aurait en effet parfaitement pu être réalisée par la hausse des moyens alloués aux autorités répressives.

Certains auteurs considèrent toutefois que le développement des modes de poursuite simplifiés, « *permet une meilleure cohérence dans les réponses* » mais « *favorise aussi une réelle individualisation* » à condition que le prévenu « *ait une connaissance effective de ses droits et puisse être assisté par un avocat* »⁸⁴⁵. Pourtant, à supposer même que le consentement libre et éclairé du prévenu à l'exercice de ce type de procédure puisse être garanti, la généralisation d'une telle justice pénale négociée signe, en soi, une rupture frontale avec l'idée de Sûreté. Parce qu'il est partie au procès, il est faux d'affirmer que le justiciable « *sait aussi bien qu'un juge ce qui est le plus opportun pour lui* »⁸⁴⁶. Préserver le citoyen de l'arbitraire, c'est non seulement lui garantir le respect inconditionnel d'un certain nombre de droits processuels, mais également que l'application effective de la loi républicaine ne soit point contrariée par quelque arrangement entre l'accusation et la défense.

En définitive, s'appuyant sur une rhétorique gestionnaire à l'apparente neutralité, la simplification répressive offre à l'opinion selon laquelle l'efficacité de la répression nécessite un pouvoir répressif désentravé des « lourdeurs procédurales » l'opportunité d'une mise en application d'une ampleur jamais atteinte. La promotion concomitante d'une accélération du temps pénal ne peut qu'aggraver cette tendance.

844 Contrairement à une idée largement reçue, nous devons observer que rien n'impose, dans le texte même de la LOLF, que les crédits alloués soient nécessairement limités. Le souci d'une utilisation optimum des ressources publiques ne signifie nullement qu'il faille faire davantage avec moins de moyens.

845 Jean-Paul JEAN, *op.cit.*, p.266.

846 *Ibid.*

2°) L'accélération de la répression.

259. De façon presque aussi pressante que l'amélioration de l'efficacité de la répression, la volonté d'œuvrer à la « célérité » du procès pénal sous-tend aujourd'hui très régulièrement le mouvement normatif comme l'évolution de la politique pénale⁸⁴⁷. Le souci d'une accélération du cours du procès pénal tend ainsi à devenir une figure imposée du discours législatif, qu'il s'agisse de la phase des poursuites, de celle du jugement ou de celle de l'exécution des condamnations. Il constitue d'abord un motif fréquemment invoqué au soutien du renforcement des prérogatives des autorités de police et de poursuites. En juin 1998, présentant la nouvelle procédure de composition pénale, le rapporteur au Sénat du projet de loi « *relatif à l'efficacité de la procédure pénale* » affirme qu'elle « *devra naturellement être rapide pour présenter une utilité* »⁸⁴⁸. En juillet 2002, défendant son projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, lequel allait notamment élargir considérablement le champs d'application de la comparution immédiate, le garde des sceaux de l'époque affirmait pour sa part vouloir améliorer « *la célérité de la lutte contre la délinquance* »⁸⁴⁹.

Pareille volonté d'accélération prévaut également en matière d'exécution des peines. Ainsi le rapporteur au Sénat du projet de loi *portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité* peut-il affirmer, en septembre 2003, que les « *sanctions rapidement administrées sont mieux comprises et plus efficaces* »⁸⁵⁰. Deux ans plus tard, le rapporteur à l'assemblée nationale de la proposition de loi *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, laquelle tend notamment à rendre inéluctable le prononcé d'un mandat de dépôt à l'audience, affiche pour sa part sa volonté de voir appliquer aux condamnés récidivistes des « *sanctions aggravées mises en œuvre rapidement* »⁸⁵¹.

260. Derrière chacune de ces exhortations, la réduction des délais de jugement des délits et d'exécution des peines est invariablement associée à une adaptation du cadre procédural qui permette en réduisant les exigences assignés aux autorités de poursuite et de jugement, d'apporter

847 V. Camille VIENNOT, le procès pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2012.

848 Sénat, rapport n°486 de la session ordinaire 1997-1998, p.13

849 Sénat, projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Juillet 2002, p.2

850 Sénat, rapport n°441 de la session ordinaire 2002-2003, p.445

851 Assemblée nationale, rapport sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, n°1979 de la douzième législature, Paris, 8 décembre 2004, p. 19

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

une réponse pénale plus rapide aux infractions. Il s'agit moins de donner à la Justice pénale les moyens d'accélérer le cours de la répression que de lui permettre de le faire à budget égal. Aussi, cette exigence intrinsèque de célérité se traduit-elle essentiellement par le renforcement de la latitude du pouvoir répressif, en particulier celle du ministère public, et par l'affaiblissement corrélatif des prérogatives du justiciable, notamment en matière de contradictoire⁸⁵². Elle rejoint ainsi l'attachement, hérité de l'absolutisme pénal, à une répression dont la célérité traduit moins le souci d'un délai raisonnable que le désir d'impressionner et déstabiliser le justiciable⁸⁵³.

261. Parallèlement à cette évolution normative, l'accélération du temps pénal s'appuie sur la redéfinition productiviste de la politique pénale. De la même façon que l'injonction faite aux Procureurs de la République d'accroître leurs taux de réponse pénale les conduit à privilégier des modes de poursuites « simplifiés », elle les incite à traiter plus rapidement les procédures qui leur sont soumises. Depuis le milieu des années 1990, s'est ainsi généralisé à l'ensemble des parquets ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « traitement en temps réel » (sic.) des infractions pénales⁸⁵⁴. Derrière cette appellation dont le modernisme le dispute à l'incongruité, se dessine une réorganisation globale des méthodes de travail des magistrats du ministère public autour d'un schéma idéal dans lequel la décision d'action publique est prise dans le temps le plus proche possible de la commission de l'infraction – en pratique, à l'issue du compte-rendu réalisé par les services de police.

Cette évolution est souvent présentée comme le gage d'une plus grande efficacité de la réponse pénale mais, également, d'un meilleur contrôle du Procureur de la République sur l'activité des services de police en application des prescriptions du Code de procédure pénale⁸⁵⁵. En l'absence de tous moyens supplémentaires et eu égard à la faiblesse institutionnelle du pouvoir judiciaire face au pouvoir exécutif, elle a en réalité pour effet d'éloigner un peu plus l'ordre répressif de ses fondations républicaines. En effet, le souci d'apporter une réponse pénale dès l'issue de l'enquête conduit le magistrat du parquet à se décider sur la seule foi du compte-rendu téléphonique qui lui est fait par

852 *Infra* n°375.

853 *Supra* n°42.

854 D'abord utilisée dans certains tribunaux de la région parisienne, l'expression s'est progressivement étendue à l'ensemble des juridictions jusqu'à être reprise dans les directives d'action publique du Garde des sceaux, notamment dans la circulaire D 0925748 C du 15 novembre 2009 relative aux *Instructions générales de politique pénale*.

855 Les articles 40, 54 et 75-2 du Code de procédure pénale imposent ainsi aux officiers et agents de police judiciaire d'aviser « *sans délai* » le Procureur de la République des crimes et délits dont ils ont connaissance.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'enquêteur. Dans un contexte où la masse des procédures qu'il traite interdit au substitut de procéder à une véritable analyse des données qui lui sont soumises, les services de police se trouvent en situation d'exercer une influence décisive sur la décision d'action publique.

L'essor de productivisme répressif a également pour effet de limiter sensiblement la portée et l'effectivité du contrôle juridictionnel de la répression. L'obsession du Ministère public d'assurer le règlement le plus rapide possible de toutes les procédures portées à sa connaissance le conduit à privilégier des formes de réponse pénale qui tendent à marginaliser l'intervention du juge. D'une part, le développement remarquable des alternatives aux poursuites depuis plus de dix ans autorise la conduite d'une répression échappant totalement à l'examen des magistrats du siège⁸⁵⁶. D'autre part, l'essor des modes de poursuites ou de quasi-poursuites simplifiés vient considérablement restreindre leur marge d'appréciation jusqu'à prédéterminer la décision du juge dans le sens d'une aggravation mécanique des sanctions prononcées⁸⁵⁷.

En outre, la volonté d'accélérer le cours des poursuites conduit le Ministère public à privilégier des voies procédurales qui, telle la comparution immédiate, se caractérisent par un amoindrissement du contradictoire et des possibilités concrètes d'individualisation de la peine, sans considération de la gravité relative des faits. Or, si le principe de proportionnalité n'exclut pas, en soi, de tels aménagements procéduraux, c'est à la condition que la poursuite vise des infractions nécessitant véritablement, par l'importance de l'atteinte portée à la cohésion sociale, une réponse pénale rapide. A défaut, le choix d'un mode de poursuites accéléré ne peut conduire qu'à une répression disproportionnée.

Enfin, cette exigence de célérité vient mécaniquement concentrer l'attention du Procureur de la République et, par voie de conséquence, celle des services enquêteurs, sur les infractions susceptibles de donner lieu à une poursuite rapide, quitte à simplifier artificiellement les faits qui leur sont soumis. Autre trait saillant de cette réduction gestionnaire de la politique pénale, cette tendance à promouvoir une répression qui soit avant tout utile à la construction de l'image d'une politique pénale efficace vient encore accentuer la rupture avec l'ordre répressif républicain.

856 Le nombre d'alternatives aux poursuites est ainsi passé de 214 108 en 1999 à 558 047 en 2009 ; Observatoire de la Justice pénale, *op.cit.*, p.6

857 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *op.cit.*, p.154 ; V. aussi C. VIENNOT, *op.cit.*, p. 339 à 398.

§ 2 : L'essor de l'opportunisme répressif.

262. La notion d'opportunisme répressif permet de rendre compte de la tendance de l'autorité judiciaire à définir les priorités de l'action publique non en fonction de la plus ou moins grande gravité des actes portés à sa connaissance, mais en fonction du plus ou moins grand intérêt qu'il y a à les poursuivre pour construire l'image d'une politique pénale efficace.

Cette tendance s'oppose bien évidemment au légalisme qui, dans un Etat de droit, est supposé guider l'action des autorités répressives. D'abord, parce qu'elle conduit, en pratique, à dénier à certains la protection de la loi au prétexte que la poursuite de l'infraction dont ils sont victimes n'est pas suffisamment « rentable ». Ensuite, parce qu'elle conduit le pouvoir répressif à ignorer les exigences de proportionnalité et de nécessité à chaque fois que la réponse pénale lui paraît servir l'image d'une répression efficace.

Mais cette approche opportuniste doit également être distinguée du principe d'opportunité des poursuites, dont on a vu qu'il n'était jamais que la conséquence du principe de nécessité des délits et des peines⁸⁵⁸. Certes, l'attention croissante portée par les magistrats du parquet à une certaine « rentabilité » répressive conduit le ministère public à négliger la réponse pénale donnée à certaines infractions. Mais elle peut tout autant l'amener à une politique de poursuite systématique de certaines catégories de délits sans considération aucune de leur gravité relative.

Ainsi, le développement de l'opportunisme répressif se traduit-il d'abord par la promotion d'une répression « utile » (A), qui se décline régulièrement en une répression ostentatoire (B).

858 *Supra* n°137.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La promotion d'une réponse pénale « utile ».

Le souci d'utilité de la répression qui se dégage des priorités d'action publique contemporaines doit être clairement distingué de l'exhortation à une répression utile des artisans du libéralisme pénal et de l'humanisme pénal⁸⁵⁹. Loin de réaliser la volonté d'une modération générale de la répression exprimée par Beccaria ou Ortolan, l'opportunisme répressif tend au contraire à délaissier la pénalisation de certains types d'infractions pour mieux concentrer, sans aucun souci de nécessité ou de proportion, la réponse pénale sur d'autres.

C'est ainsi que la redéfinition des priorités d'action publique autour de critères d'opportunité aboutit à une répression tout à la fois intéressée (1) et désincarnée (2).

1°) Une répression intéressée.

263. Le caractère intéressé de la politique pénale contemporaine se donne d'abord à voir à travers une sur-pénalisation de certains types d'infractions qui ne se fonde ni sur la réalité de leur évolution ni sur leur gravité relative.

Il s'agit, en premier lieu, la propension du Ministère public à concentrer progressivement la répression sur la délinquance de voie publique. Afin d'accroître rapidement leurs taux de réponse pénale, les Procureurs sont en effet incités à poursuivre prioritairement les infractions susceptibles de donner lieu à une réponse pénale rapide. Ainsi constatons nous, depuis 2000, une hausse significative des condamnations pour les contraventions et les délits routiers, les violences volontaires, les vols et les infractions à la législation sur les stupéfiants, alors que dans le même temps celles pour infractions à la législation sur les sociétés stagnent⁸⁶⁰. Ne se fondant que très marginalement sur une appréciation fine de l'importance et l'intensité de l'atteinte portée à la cohésions sociale par les faits en cause, cette hausse de la pénalisation présente donc un caractère essentiellement utilitaire. Elle vise avant tout à améliorer les résultats statistiques de l'autorité de poursuite et, en concentrant la répression sur la délinquance la plus visible, à donner l'image d'une

859 *Supra* n°16.

860 Ainsi les condamnations pour infractions en matière de sociétés et de commerce sont elles passées de 8787 en 1999 à 5052 en 2010. Dans le même temps, le nombre de condamnations pour violences volontaires grimpe de 41 726 à 61 246 ; Annuaire statistique de la Justice, édition 2005, p. 149 et édition 2011-2012, p.161 et 191.

justice pénale active et efficace.

Une seconde illustration du caractère intéressé de la politique pénale actuelle se donne à voir dans le développement remarquable d'une répression de soutien à certaines politiques publiques. Sans considération aucune pour le principe de nécessité, l'action publique se trouve ainsi mobilisée pour étayer les priorités de l'action gouvernementale, quelle que soit l'intensité réelle de l'atteinte portée à la cohésion sociale. En d'autres termes, au mépris de sa dimension subsidiaire, le droit pénal se voit enrôlé au service d'objectifs de pure police administrative dans le seul but d'en renforcer l'efficacité.

Régulièrement observée en matière de droit du travail ou de lutte contre la contrefaçon⁸⁶¹, une telle subordination apparaît de façon particulièrement manifeste en matière de police des étrangers. Ainsi, la circulaire du garde des sceaux *relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière* du 21 février 2006 indique-t-elle le sens étroit donné à « *la politique pénale en matière d'immigration irrégulière* ». Il y est en effet expressément indiqué que l'intervention des parquet a pour principal objet de remédier « *aux difficultés procédurales et [aux] risques contentieux particuliers* » que rencontrent les préfectures lors de l'interpellation de personnes étrangères⁸⁶². Les Procureurs de la République sont également invités à « *concourir à la détermination des personnes ciblées en priorité par les procédures d'éloignement, notamment lorsque la procédure administrative ne sera mise en œuvre qu'à l'issue d'une procédure judiciaire permettant le recours à la coercition et à la garde-à-vue* »⁸⁶³. La politique pénale est ainsi explicitement réduite à un simple outil au service d'une politique administrative d'éloignement.

264. Logiquement, le caractère de plus en plus intéressé des priorités d'action publique a également pour conséquence un désintérêt croissant pour les affaires dont la poursuite n'apparaît plus utile à la mise en scène d'une répression efficace. L'opportunisme répressif affecte ainsi particulièrement la poursuite des infractions complexes nécessitant des investigations étendues, mais également celle des infractions dont le trouble apparent à l'ordre public est jugé trop faible. Dès lors que les statistiques relatives aux infractions constatées ne les distinguent pas selon la complexité des faits (notamment en matière de trafic de stupéfiants), les autorités policières et judiciaires ont tout intérêt

861 *Infra* n°345.

862 Circulaire relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, n°JUSD0630020C du 21 février 2006, p.3, BOMJ n°101.

863 Circulaire n°JUSD0630020C du 21 février 2006, p.4

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

à concentrer leurs efforts sur les faits les plus simples, dont la constatation et la poursuite nécessitent le minimum d'investigations. L'augmentation du nombre de procédures rapides et simplifiées et l'effondrement concomitant du nombre de procédure d'information depuis l'année 2000 en sont une illustration édifiante⁸⁶⁴.

De la même façon, il est permis de penser que les infractions d'une faible importance et qui ne causent pas de trouble à l'ordre public apparent se trouvent, en dépit de leur simplicité, de moins en moins poursuivies – même si leur intégration statistique à la catégorie extensive des infractions non poursuivables rend malaisée leur comptabilisation⁸⁶⁵. Dans un contexte budgétaire contraint, l'enjeu en terme de réponse pénale est jugé insuffisant pour justifier la conduite d'investigations et l'engagement de frais de justice, alors même que l'infraction est avérée. Ainsi se mettent officieusement en place dans les Parquets de véritables barèmes de montants de préjudice visant à définir des seuils en deçà desquels les plaintes sont systématiquement classées sans suite. Or l'idée de Sûreté, rappelons le, exprime la volonté de garantir à chaque citoyen la primauté du droit sur toutes les formes d'arbitraire, qu'il soit d'origine publique ou privée. Laisser sans réponse des infractions pénales au seul motif que leur poursuite apparaît insuffisamment « rentable » du point de vue de la statistique policière et judiciaire en constitue une violation manifeste. L'opportunisme répressif nourrit ainsi un décrochage sensible avec les principes directeurs de l'ordre pénal républicain.

2°) Une répression désinhibée.

265. L'essor de l'opportunisme répressif conduit aussi à un affaissement, potentiellement considérable, du respect des garanties les plus élémentaires des justiciables. La prise en compte croissante de considérations de pure opportunité par le Ministère public contribue à éloigner insensiblement la définition et la conduite de la politique pénale des principes de nécessité et de proportionnalité de la répression. Le premier se trouve en effet purement et simplement écarté au profit du souci d'utilité, qui voit la décision d'action publique se fonder moins sur le caractère

⁸⁶⁴ *Infra* n°376.

⁸⁶⁵ Par hypothèse, les infractions pour lesquelles aucune poursuite n'est engagée du fait de l'absence d'investigations nécessaires à leur élucidation seront considérées d'un point de vue statistique comme non poursuivables en l'absence d'auteur connu.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

indispensable de la réponse pénale au regard de la gravité relative des faits que sur la possibilité d'y apporter un règlement rapide. Dans une telle optique, l'exigence d'une répression proportionnée passe également au second plan dès lors que le recours à des procédures coercitives peu contradictoires comme la comparution immédiate ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité obéit à une logique essentiellement gestionnaire.

La disproportion de la réponse pénale qui peut en résulter est particulièrement manifeste s'agissant des poursuites de pur soutien à des politiques administratives. Ainsi la circulaire du 4 décembre 2006 « *d'application relative à la politique pénale en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et le travail clandestin* » enjoint elle expressément les Procureurs de la République à faire « *preuve de fermeté et de célérité dans la mise en œuvre des poursuites, notamment en retenant de manière systématique les qualifications relatives à la législation sur les étrangers de manière à faciliter les procédures d'éloignement du territoire national et à alimenter le casier judiciaire dans l'hypothèse d'une possible récidive* » en précisant que « *le recours à la comparution immédiate[...] s'impose* »⁸⁶⁶. Dans une telle perspective, le choix d'une politique pénale particulièrement coercitive n'a d'autres fonctions que de faciliter la réalisation des objectifs de reconduite à la frontière de l'Administration.

266. L'essor de l'opportunisme répressif renforce par ailleurs significativement l'emprise de l'Administration sur le cours du procès pénal. A partir du moment où l'action publique est expressément enrôlée au soutien de politiques essentiellement administratives, le pouvoir exécutif tend très logiquement à s'immiscer dans sa conduite. Ainsi, quand le garde des sceaux affirme en février 2006 « *que la lutte contre l'immigration irrégulière constitue donc bien une dimension de la politique pénale* », il précise que « *les parquets doivent jouer pleinement leur rôle dans la définition et la réalisation des actions menées localement. Ils le feront dans le cadre des « pôles d'éloignement » (ou dans des structures partenariales similaires) mis en place dans la quasi-totalité des préfectures* ». ⁸⁶⁷

267. L'importance croissante donnée à des considérations de pure opportunité dans la conception et l'application de la politique pénale a enfin pour conséquence un indéniable affaissement de

⁸⁶⁶ Circulaire n° JUSD0630129C du 4 décembre 2006 relative à la politique pénale en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et le travail clandestin, p.3. BOMJ n°104.

⁸⁶⁷ Circulaire n°JUSD0630020C du 21 février 2006, p.4

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'exigence de légalité des poursuites. Celles-ci tendant à perdre leur fonction intrinsèque pour devenir un simple outil au service d'autres politiques publiques, le souci de l'adéquation de la qualification pénale aux faits poursuivis cède devant la nécessité d'apporter, en tout état de cause, une réponse pénale à certains types de comportement. C'est ainsi que le ministère public peut être conduit d'une part à étendre abusivement une qualification infractionnelle à certains faits dans le seul but de mettre en œuvre à leur égard une procédure spécifique. Il est, en outre, incité à poursuivre certaines infractions alors même qu'il ne dispose d'aucun élément suffisant pour asseoir l'accusation⁸⁶⁸. Tout se passe comme si l'essentiel n'était plus d'apporter une réponse pertinente et effective aux infractions signalées, mais une réponse suffisamment visible pour donner l'image de l'efficacité.

B) La promotion d'une réponse pénale ostensible.

268. Le souci d'assurer une certaine publicité à l'exercice de la Justice constitue l'une des caractéristiques majeures du droit pénal depuis son émergence comme discipline propre. A partir du moment où ce sont les atteintes à la Société elle-même dont on encadre la répression, celle-ci se doit d'être visible pour chacun de ses membres.

Le sens donné à cette publicité s'avère cependant très variable selon les époques. Sous l'ancien droit pénal, la publicité du procès pénal, qui se limite aux phases de jugement et d'exécution de la sentence, présente avant tout une fonction d'édification du peuple par une mise en scène visant, littéralement, à terrifier⁸⁶⁹. Sous la Révolution, au contraire, la publicité est intimement associée à l'exigence nouvelle de légitimité démocratique de la justice, qui se doit de fonctionner en toute transparence.

Si ces différentes fonctions de la publicité demeurent présentes à l'époque contemporaine, celle-ci tend à en développer une acception inédite. La publicité relève désormais moins d'une logique pédagogique ou démocratique que d'une logique de marketing⁸⁷⁰. Il ne s'agit plus d'édifier le citoyen ou de lui rendre compte de la légitimité de la justice rendue en son nom que de construire, à

⁸⁶⁸ Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *op.cit.*, p.133

⁸⁶⁹ V. Jean-Marie CARBASSE, *op.cit.*, p.135.

⁸⁷⁰ Jean DANET, *op.cit.*, p. à .

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

destination de ses usagers potentiels, l'image d'une répression efficace.

Il convient donc d'analyser en détails cette conception de la visibilité de la pénalisation (1), qui, en favorisant mécaniquement le glissement vers une répression ostentatoire, vient mettre en cause à son tour les principes fondateurs de l'ordre pénal républicain (2).

1°) Une répression visible.

269. La visibilité de la répression constitue une préoccupation majeure du législateur contemporain. Dans la lignée des conceptions absolutistes, qui y recherchaient l'intimidation, mais également des conceptions humanistes, qui y voyaient davantage une dimension pédagogique, il s'agit d'abord de la finalité édictricielle de la répression à l'égard des personnes mises en cause. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, ce souci d'édification ne concerne pas au premier chef le condamné lui-même – alors même que toute peine se doit, pour présenter quelque utilité dans une société démocratique, d'être suffisamment éducative pour réduire le risque de récidive. L'analyse approfondie du discours législatif actuel enseigne au contraire qu'il s'applique essentiellement si ce n'est exclusivement aux « délinquants » potentiels.

Ainsi la tendance lourde à l'augmentation des sanctions pénales et à l'amointrissement continu du principe de l'individualisation des peines qui caractérise le mouvement normatif actuel sont elles invariablement justifiées par l'effet escompté sur les personnes tentées par un passage à l'acte⁸⁷¹. La croyance en l'effet performatif de la loi pénale étant particulièrement vive à l'époque contemporaine, nous voyons se multiplier les références à l'effet dissuasif de la pénalisation dans les travaux parlementaires. C'est ainsi qu'en mars 2003, le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi *renforçant la lutte contre la violence routière* peut affirmer que l'aggravation de la répression des infractions au code de la route vise à « rendre les sanctions plus lisibles pour les automobilistes »⁸⁷². Dans des termes similaires, le rapporteur au Sénat du projet de loi relative à la lutte contre les violences au sein du couple estime, en mars 2005, que la prise en compte de la qualité de conjoint comme circonstance aggravante du délit de violences joue « un rôle dissuasif à l'égard des délinquants »⁸⁷³.

871 *Infra* n°383.

872 Assemblée nationale, rapport n°689 de la douzième législature, Paris, 12 mars 2003, p.8

873 Sénat, rapport n°228 de la session ordinaire 2004-2005, Paris, 8 mars 2005, p.8

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

270. Cette mise en avant de la dissuasion est particulièrement prégnante en matière de répression de la récidive, servant régulièrement d'argument à l'élévation des sanctions ou, plus encore, à leur croissante automaticité. En février 2005, le rapporteur de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales met ainsi en avant « *l'effet dissuasif* » du bracelet électronique comme sanction encourue au titre de certaines infractions commises en état de récidive⁸⁷⁴. De façon plus explicite encore, défendant en juillet 2007 son projet de loi « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* », le garde des sceaux soutient qu'il « *exprime une politique pénale claire et envoie un signal de fermeté à tous les délinquants* »⁸⁷⁵.

Même s'il renoue, dans une certaine mesure, avec l'attachement de l'absolutisme pénal au caractère intimidant de la peine, ce souci de la visibilité de la répression s'inscrit dans la vision classique d'un droit pénal édificateur. Totalement inédit s'avère, en revanche, la promotion d'une visibilité de la répression à destination non plus des auteurs potentiels d'infractions, mais de leurs victimes. Ainsi s'opère le glissement vers une répression ostentatoire qui ne peut que s'inscrire en opposition aux principes de l'ordre pénal républicain.

2°) Une répression ostentatoire.

271. L'aspiration supposée des « honnêtes gens » à une justice pénale plus rigoureuse et intransigeante constitue en effet un véritable fil rouge des mutations contemporaines de notre système répressif, depuis l'évolution du domaine infractionnel jusqu'à la conduite de la politique pénale. En ce sens, les incriminations nouvelles introduites par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure sont destinées, selon son promoteur, à « *mieux lutter contre certains agissements dont le développement est source d'inquiétude et de légitime exaspération pour nos concitoyens* »⁸⁷⁶. Dans une remarquable continuité, les artisans de l'aggravation de la répression des infractions commises en état de récidive par les lois des 12 décembre 2005 et 12 août 2007 invoquent « *l'incompréhension chez nos concitoyens* »⁸⁷⁷ pour mieux justifier que soient adoptées

874 Sénat, rapport n°171 de la session ordinaire 2004-2005, Paris, 2 février 2005, p.31.

875 Assemblée nationale, rapport n°65 de la treizième législature, p.8

876 Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, 23 octobre 2002, p.3

877 Assemblée nationale, rapport sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, n°1979 de la douzième législature, p.7

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

des « *indications claires quant à la volonté du législateur pour le traitement de la récidive* »⁸⁷⁸.

Cette volonté de démonstration de puissance publique caractérise tout autant la conduite de la politique pénale. Dès décembre 1999, le garde des sceaux de l'époque exprimait son attachement à « *la communication assurée par la Procureur de la République en direction tant des médias que des populations concernées par certains agissements répréhensibles* »⁸⁷⁹. En décembre 2002, l'un de ses successeurs enjoint les Procureurs de la République à « *apporter une réponse cohérente et visible aux faits troublant particulièrement l'ordre public ou portant atteinte aux institutions* »⁸⁸⁰, avant, deux ans plus tard, de recommander aux magistrats du Parquet « *de participer [...] aux actions de communication lorsqu'il s'agira de faire connaître la politique pénale en matière de sécurité routière* »⁸⁸¹.

272. Derrière cette énumération, on note que l'attachement à la visibilité de la répression auprès de la population vient, en tant que tel et sans autre motif, justifier un renforcement des prérogatives du pouvoir répressif. Il ne s'agit même plus de rechercher l'efficacité de la répression, mais uniquement de s'assurer qu'elle apparaisse efficace. Une telle volonté d'affichage répressif ne peut que conduire à écarter les principes de nécessité et de proportionnalité dès lors qu'ils contreviennent aux attentes prétendues de la population. Produit de l'orientation gestionnaire de la politique pénale, l'augmentation continue du nombre de procédures de comparution immédiate jusqu'en 2005⁸⁸² répond également au souci d'étoffer la visibilité de la répression⁸⁸³. Inversement, la promotion d'une répression ostentatoire favorise le délaissement de certains contentieux au seul prétexte que leur poursuite, quelle que soit l'importance de l'atteinte à la cohésion sociale, serait indifférente au public. Ainsi l'exigence de Sûreté cède-t-elle totalement le pas devant l'émergence d'un modèle de procès pénal dans lequel la réalité du processus répressif importe moins que l'image qu'il renvoie.

878 Sénat, Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°333 de la Session ordinaire 2006-2007, Paris, 13 juin 2007, p.3.

879 Circulaire du 15 décembre 1999 relative aux réponses judiciaires aux actes de violence urbaine, p.5.

880 Circulaire n°JUSD0230200C du 13 décembre 2002, p.7.

881 Circulaire n°JUSD043144C du 28 juillet 2004 relative au renforcement de la lutte contre la délinquance routière.

882 Entre 1999 et 2005, le nombre de procédures de comparution immédiate est ainsi passé de 31 427 en 2000 à 44 885 en 2005 ; V. Observatoire de la Justice pénale, *op.cit.*, p.9.

883 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *op.cit.*, p.133

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Exigence d'une répression exhaustive de tous les faits portés à la connaissance du Ministère public, pressions en faveur d'une répression désentravée des supposées lourdeurs procédurales, priorités d'action publiques définies selon une logique utilitaire et essentiellement ostentatoire...La prise en compte croissante de considérations purement gestionnaires dans l'évolution normative du système répressif comme dans la conception et l'application de la politique pénale offre aux déclinaisons du bon sens répressif une expression d'une vigueur jamais atteinte. Dans un tel contexte, l'opposition larvée à la complète mise en œuvre du projet pénal républicain peut s'afficher de façon suffisamment explicite et conséquente pour en menacer les fondements les plus intimes.

**CHAPITRE 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, MOT D'ORDRE D'UN MODELE
RÉPRESSIF CONCURRENT**

« Longtemps tenue en marge, la violence s'est installée au cœur de la Cité. Pas encore en maîtresse - mais ce temps peut venir. Si rien n'est fait pour répondre à l'interpellation qu'elle nous adresse, ce temps viendra sans doute »⁸⁸⁴.

273. La redéfinition radicale du sens et des fonctions du procès pénal à l'époque contemporaine vient, mécaniquement, épouser les lignes directrices de l'opposition à l'ordre pénal républicain menée au nom du bon sens répressif. Par leur essor concomitant, le traitement punitif de la déviance, la promotion de la figure victimaire et d'une approche gestionnaire de la politique pénale ont élevé le conflit normatif sous-jacent au rang de crise systémique. Ces différentes formes d'instrumentation de la répression ne peuvent certes expliquer complètement la dynamique normative contemporaine. Mais, par leur ampleur et leur convergence, elles offrent à la vieille hostilité à l'idée de Sûreté une seconde jeunesse et à la résistance au projet pénal républicain une force inédite.

Avant d'examiner en détails les différentes manifestations juridique de ce regain d'hostilité, il convient donc d'étudier de quelle façon il se traduit dans les représentations d'un système répressif qui demeure officiellement fondé sur les grands principes de l'humanisme pénal. Autrement dit, il nous faut déterminer par quels mécanismes la mise en cause croissante de la Sûreté du citoyen parvient à être justifiée et ainsi rendue, sinon invisible, du moins difficilement perceptible pour l'observateur indolent. Si le mythe de l'équilibre répressif permet d'occulter assez efficacement toute la radicalité du conflit normatif qui travail le droit pénal depuis 1808, c'était une opposition latente et implicite à l'ordre pénal républicain qui se déployait depuis la codification impériale⁸⁸⁵.

Or l'instrumentation gestionnaire qui affecte aujourd'hui la régulation pénale lui offre l'occasion

⁸⁸⁴ *Réponses à la violence*, rapport à M le Président de la République présenté par le comité d'études sur la violence la criminalité et la délinquance, La documentation Française, Paris, 1977, p.18.

⁸⁸⁵ *Supra* n°60.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'une expression qui excède assez largement le seul registre des « nécessités de la répression ». C'est ainsi que l'opposition à la complète mise en œuvre de l'idée de Sûreté va quitter le registre du bon sens pour lui préférer celui du réalisme. Eludant tout autant la dimension axiologique de l'affrontement pour s'inscrire dans une démarche supposément pragmatique, une telle évolution sémantique permet de justifier l'élévation de l'intensité du conflit normatif sans sortir du cadre de l'équilibre répressif.

Bien sûr, cette prétention au réalisme est particulièrement prégnante dans le champs politique, sous-tendant l'ensemble de la production normative de la dernière décennie. Bien qu'elle se présente comme un refus de toute considération idéologique, elle élève en réalité le dogmatisme du bon sens répressif à son acmé. Par son approche « réaliste » le législateur entend regarder sans réserves ni « tabous » le phénomène délictueux. Il affiche, en outre, la volonté d'y apporter une réponse qui assure sa réduction voire sa disparition. Ainsi parée de finalités essentiellement pratiques, la croyance en un arbitraire et une affliction nécessaires à la bonne conduite de la répression trouve un terrain d'élection d'autant plus large qu'elle avance masquée⁸⁸⁶.

Mais la prétention au réalisme concerne tout autant le champs scientifique. Renouvelant la figure du balancier répressif, elle permet de rendre compte de l'évolution du droit pénal sans mettre en évidence les atteintes portées ces dernières années aux fondements de l'ordre pénal républicain. La prise en compte des différentes considérations « réalistes » dans le discours à prétention scientifique permet, en retour, d'offrir à sa formulation dans le processus de création normatif un surcroît de légitimité. C'est donc ce cercle de légitimation réciproque qu'il faut briser pour mettre en évidence la véritable signification de la dernière séquence normative.

Sans qu'il soit possible ni d'ailleurs utile de déterminer qui, du légiste ou savant en est à l'origine, il faut clairement distinguer le champs académique du champs normatif dans la mesure où la mise en scène du réalisme répressif n'y remplit pas les mêmes fonctions. Du point de vue doctrinal, il s'agit de rendre compte de l'évolution du système répressif selon une grille de lecture qui escamote, délibérément ou non, la mise en cause sous-jacente de l'ordre pénal républicain et plus encore son amplification et son durcissement. Le point de vue législatif nous renseigne plus spécifiquement sur les fondements et les principes directeurs de l'ordre répressif concurrent qui s'instille

886 *Supra* n°119.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

progressivement dans notre ordre juridique.

Ainsi convient-il d'étudier dans un premier temps l'essor du réalisme répressif comme école de pensée doctrinale, tant criminologique que juridique (Section 1), avant de mettre en évidence la véritable nature du système répressif, concurrençant directement le modèle républicain, qu'elle tend à occulter (Section 2).

SECTION 1 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, ÉMERGENCE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
ALTERNATIVE

« Les doctrines de politique criminelle en vogue n'ont pas de prise sur le réel. Elles n'offrent pas d'outils intellectuels qui nous permettraient de comprendre et d'infléchir les comportements judiciaires »⁸⁸⁷.

274. La mise en évidence d'une Ecole de pensée en sciences humaines demeure un exercice périlleux et approximatif. Etablir des liens entre différents auteurs exige en effet de dépasser les clivages comme les affiliations apparentes et revendiquées pour s'attacher au seul contenu des écrits en résonance. Cela exige également de savoir dépasser la variété des choix terminologiques pour mettre en lumière la parenté des idées et des représentations. En matière juridique, la difficulté se redouble de la prétention positiviste à la neutralité axiologique qu'affichent peu ou prou la plupart des auteurs. L'attachement à une démarche de description supposément objective et assurément techniciste des règles de droit rend plus malaisé encore la détermination d'un véritable courant de pensée dans la présentation de telle ou telle branche du droit.

La matière pénale offre toutefois quelques spécificités qui facilitent la mise à jour, sinon d'une véritable école doctrinale, du moins d'une convergence dans les représentations du droit pénal et l'explication de l'évolution normative suffisamment importante pour matérialiser une réelle communauté de pensée. L'importance de l'enjeu en termes de libertés publique du droit pénal impose en effet à son exégète qu'il sorte un minimum de sa réserve positiviste lorsqu'il entend rendre compte de l'évolution et du sens de sa matière. C'est ainsi que s'observe dans les écrits savants accompagnant les bouleversements normatifs contemporains l'ébauche d'une véritable théorie générale qui, tour à tour, vient expliquer ou même fonder, autour du leitmotiv du « réalisme », la construction d'un modèle répressif alternatif à l'ordre pénal républicain .

Au delà de certains auteurs s'en réclamant plus ou moins ouvertement - tels le philosophe Maurice Cusson, les juristes Jean-Claude Soyer et Michèle-Laure Rassat ou quelques « criminologues »

⁸⁸⁷ Maurice CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987, p.3.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

autoproclamés tel Alain Bauer et Xavier Raufer⁸⁸⁸ – cette nouvelle doctrine doit d'autant plus être prise en considération qu'elle tend à irriguer de façon diffuse l'ensemble du champs pénal, depuis les travaux doctrinaux jusqu'à l'exposé des motifs de nombre de projets de loi. Souvent appréhendée sous l'angle exclusif de ses développements à prétention criminologique⁸⁸⁹, il s'agit pourtant d'un système de représentation globale dont la dimension juridique n'est pas des moindre puisque c'est elle qui contribue, précisément, à rendre imperceptible le conflit systémique à l'œuvre. Il existe d'ailleurs une indéniable communauté intellectuelle académique entre les deux disciplines, à telle enseigne que de longue date certains auteurs intitulent leurs ouvrage « *traité de droit pénal et de criminologie* »⁸⁹⁰.

Cette convergence se retrouve dans le positionnement épistémologique qu'adoptent l'ensemble de ces auteurs. Au réalisme criminologique qui défend une singulière éthologie du crime d'application immédiate (1), correspond un réalisme juridique qui, au diapason de la réduction gestionnaire de l'ordre pénal, tend à réduire la règle de droit à un outil comme un autre au service d'une politique publique donnée (2).

§ 1 : Un réalisme criminologique.

L'émergence, dans les sillons creusés par le bon sens répressif, du courant de pensée du réalisme répressif, est indissociable de celle d'une nouvelle épistémologie criminologique qui tend à constituer cette discipline en un savoir autonome.

En rupture avec la tradition française d'un savoir pluridisciplinaire, s'affirme depuis une dizaine d'année la tentative de création d'une science du « crime », conçu comme un objet en soi, existant indépendamment des conditions sociales et juridiques de sa commission⁸⁹¹. S'en suit un corpus de connaissances ayant dès leur conception une finalité essentiellement pratique, produit d'une discipline se pensant avant tout comme une ingénierie répressive au service des pouvoirs publics.

888 V. Maurice CUSSON, *op.cit.*, Jean-Claude SOYER, *Justice en perdition*, Paris, Plon, 1982, Michèle-Laure RASSAT, *op.cit.*, Alain BAUER et Xavier RAUFER, *Violences et insécurité urbaines*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2003.

889 V. Laurent MUCCHIELLI, « Vers une criminologie d'Etat en France », *Politix*, **Volume 23 - n° 89/2010**, p. 195-214

890 P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris Dalloz, 1963.

891 La plupart des tenants de cette orientation sont regroupés dans l'autoproclamée convention nationale de criminologie autour de Loïc VILLERBU et d'Alain BAUER.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

C'est ainsi une criminologie se présentant tout à la fois comme une science auto-suffisante (A) et une science utilitaire (B), qu'il nous faut étudier afin de mettre en évidence de quelle façon elle sert, en lui apportant une caution supposément scientifique, la déconstruction contemporaine de l'ordre pénal républicain.

A) Une science autonome.

N'en déplaise à ses promoteurs contemporains, la construction d'une science du crime pleinement autonome ne va pas de soi, a fortiori dans le paysage intellectuel français. Ce n'est qu'au prix d'un jeu de réductions épistémologiques que peut émerger une telle discipline (1) qui, réduite pour l'essentiel à une éthologie aride du criminel (2), vient mécaniquement servir le discours du réalisme répressif.

1°) Une science réductrice.

275. Le puissant courant qui se déploie de nos jours en faveur de la consécration de la criminologie comme discipline universitaire autonome s'appuie notamment sur la supposée exception française en la matière. C'est ainsi que l'un des zéloteurs les plus influents et, par son positionnement institutionnel ambigu, les plus emblématiques de ce mouvement peut affirmer, pour mieux souligner la supposée carence française, que « *la criminologie existe en tant que telle dans nombre d'autres pays et y jouit d'un statut scientifique respectable* »⁸⁹². Même s'il peut apparaître tentant de le faire, discuter le bien fondé de cette assertion n'apporte qu'un éclairage limité. Même si l'analyse enseigne que l'autonomie scientifique de la criminologie reste cantonnée à la sphère d'influence anglo-saxonne ⁸⁹³, il faut surtout rappeler pour quelles raisons l'étude scientifique du crime ne s'est pas développée comme une discipline autonome mais comme un savoir pluridisciplinaire.

Cette approche véritablement plurielle ne tient en effet nullement à « *l'incertitude des débouchés* »⁸⁹⁴ mais au bénéfice proprement épistémique de ce croisement disciplinaire. Si

892 Alain BAUER, *Criminologie plurielle, Une introduction générale à la criminologie*, PUF, coll. Major Service public, Paris, 2011, p.1.

893 V. L. MUCCHIELLI, « De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la "multidisciplinarité" et "l'exception française" », *Champ pénal / Penal Field*, nouvelle revue internationale de criminologie, vol. VII, 2010, <http://champpenal.revues.org/7728>.

894 Alain BAUER, *op.cit.*, p. 1

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'enseignement de la criminologie fut, historiquement, institué au sein des facultés de droit, cela ne résulte pas uniquement de la prédominance des juristes dans l'appréhension du phénomène délictueux au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles⁸⁹⁵. Cette affiliation traduit également l'idée selon laquelle le crime constitue tout à la fois l'expression de l'acte singulier d'un individu et le produit de l'ordonnement normatif d'une Société donnée à un moment donné. Autrement dit, il est vain de chercher à comprendre pourquoi et comment une personne commet un délit sans déterminer préalablement de quelle façon certains actes sont prohibés socialement et comment cette prohibition conditionne en retour le passage à l'acte individuel.

Cette conviction explique que la connaissance scientifique du crime ne puisse résulter que du dialogue entre différentes disciplines dont elle n'est pas l'objet principal, tel le Droit, la sociologie, la médecine ou la psychologie. Former le projet d'une étude autonome du phénomène délictueux, considéré comme un objet lui-même autonome, implique en conséquence de rompre avec ces différentes approches au profit d'une méthodologie et plus encore d'une épistémologie propres. Comparée au foisonnement pluridisciplinaire qui caractérise la tradition française, une telle posture ne peut qu'être regardée comme réductrice.

276. C'est pourtant celle que promeuvent les artisans de l'autonomie scientifique de la criminologie dès lors qu'ils la définissent comme « *l'étude scientifique du phénomène criminel et des réponses que la société apporte ou pourrait apporter* »⁸⁹⁶. En cherchant à construire un savoir du crime indépendamment de l'étude des fondements et des formes de sa délimitation juridique, elle tend à considérer comme intangibles des interdits sociaux nécessairement contingents. En prétendant s'affranchir plus ou moins largement de l'analyse sociologique des forces concourant à la création des infractions comme des différents facteurs expliquant la propension au crime plus ou moins grande de telle ou telle catégorie de population, elle en favorise une étiologie particulièrement restrictive.

Enfin, en marquant ses distances avec l'étude psychopathologique des auteurs des infractions, elle offre un soutien, au moins objectif, à la promotion d'une responsabilité pénale sans faute portée

895 V. Martine KALUSZYNSKI, La rivalité des médecins et de Juristes, in L. MUCCHIELLI (dir.), Histoire de la Criminologie française, p.217.

896 Conférence Nationale de Criminologie, Rapport établi pour Madame la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche sur la faisabilité, la mise en place et le développement des Etudes, Recherches et Formations en Criminologie, Paris, Juin 2010, p.14.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

aujourd'hui par les tenants du réalisme répressif⁸⁹⁷. Ainsi cette nouvelle criminologie s'affirme-t-elle comme un savoir à vocation essentiellement éthologique et constitue de ce fait une pièce maîtresse dans la construction d'un ordre pénal alternatif à l'ordre républicain.

2°) Une éthologie du crime.

277. Dans un significatif parallèle avec la « science » économique dite néoclassique et qui donne sa caution intellectuelle au néolibéralisme, la volonté affichée de construire une science du crime émancipée des approches juridique, sociologique et psychologique du phénomène nous mène invariablement à un double rétrécissement de l'objet d'étude. Le souci d'écarter de l'analyse tant la délimitation juridique du champs infractionnel que le conditionnement social du passage à l'acte conduit d'abord à réduire son domaine au seul comportement délictueux. Mais il conduit également à envisager ce dernier de façon strictement autonome, comme le produit exclusif du libre choix de l'auteur, en réfutant a priori toute autre type de causalité.

Cette nouvelle criminologie va ainsi forger des grilles d'analyse et des concepts propres, dans lesquels le « crime » est considéré comme une activité humaine autonome, obéissant à une causalité et une logique propre. Ainsi ses artisans peuvent ils affirmer : « *Que le crime ne soit pas le produit d'un déterminisme biologique ou social implacable ne contrarie pas le constat qu'il s'inscrit généralement comme la réponse plus ou moins probable d'un individu à une situation conflictuelle, déterminée par l'ampleur et la consolidation des défaillances, des concomitances bio-psychologiques et sociales perturbatrices accumulées durant la socialisation* »⁸⁹⁸.

278. Un tel réductionnisme éthologique vient épauler les principales expressions du bon sens répressif de deux façons différentes. En premier lieu, elle offre un fondement supposément scientifique à la sempiternelle dénonciation de « l'excuse sociologique » du crime que traduirait toute tentative de compréhension des différents facteurs sociaux criminogènes et leur prise en compte à divers niveaux du système répressif. C'est ainsi que Maurice Cusson nous interpelle gravement sur le mésusage de telles considérations dans les prétoires des tribunaux : « *était-ce une*

⁸⁹⁷ *Infra* n°411.

⁸⁹⁸ Conférence Nationale de Criminologie, *op.cit.* p.13.

bonne chose de nier la responsabilité des délinquants comme nous l'avons si souvent fait ? »⁸⁹⁹.

Présentée comme un outil désintéressé au service de pouvoirs publics désireux d'apporter la meilleure réponse au phénomène délictueux, cette criminologie éthologiste offre à bon compte l'occasion de promouvoir une réponse exclusivement répressive aux comportements déviants. Au bénéfice de cette nouvelle caution à prétention scientifique, l'hégémonie de la régulation pénale chère au bon sens répressif peut désormais s'afficher comme l'expression d'un incontestable réalisme⁹⁰⁰.

279. En second lieu, l'accent mis, de façon souvent exclusive, sur le comportement de l'auteur de l'infraction, a pour conséquence de concentrer l'essentiel des recherches de cette singulière science du crime sur les ressorts et les modalités du passage à l'acte. L'objet de la criminologie, ce sont avant tout les « *pratiques infractionnelles* », c'est à dire l'étude « *de la (des) différence(s) entre ceux qui transgressent les normes et les valeurs sociales avec plus ou moins de succès et de visibilité et ceux qui sont « inhibés » par elles* »⁹⁰¹. Ainsi se développe une littérature visant avant tout à identifier puis à classer les différentes formes de l'agir criminel afin de déterminer les solutions les plus adaptées non seulement à la sanction du crime, mais également à sa prévention⁹⁰².

Emergent à cette occasion des concepts criminologiques propres qui, s'ils présentent une évidente parenté terminologique avec ceux forgés dans les sciences sociales originelles, n'en revendiquent pas moins une signification distincte. On opposera ainsi la notion de « *dangerosité criminologique* » à celle de *dangerosité psychiatrique*⁹⁰³. Tout en réfutant le supposé déterminisme de l'analyse sociologique, on proposera la généralisation d'études prédictives sensées, sur le modèle actuariel de l'assurance, évaluer le risque de récidive – ainsi que cela se pratique couramment Outre Atlantique depuis les années 1970⁹⁰⁴.

899 Maurice CUSSON, *op.cit.*, p.115

900 *Infra* n°339.

901 Conférence Nationale de Criminologie, *op.cit.* p.13.

902 Ainsi les promoteurs de la nouvelles criminologies écrivent-ils : « *Sans doute faut-il envisager qu'au-delà d'une criminologie de l'acte (et des contextes qui s'ensuivent), d'une criminologie des contextes et des actes qui en émanent, et dans une projection qui ne soit pas seulement sécuritaire (en amont ou en aval de la réponse pénale) que soient renouvelées et conceptualisées les perspectives politiques et praxéologiques capables de faire sens en termes de prévention, de réinsertion et de réparation* », *Ibid.*, p.14.

903 *Infra* n°418.

904 V. Jean-Louis SENON, *Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de Sécurité* in Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.),

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Au delà de ses prétentions à la pluri-displinarité, la criminologie éthologiste contemporaine s'affirme donc d'emblée comme une science appliquée, dont les modèles théoriques ont vocation à l'expérimentation immédiate. C'est ce caractère directement utilitaire que nous devons à présent mettre en évidence afin de comprendre de quelle façon ses « enseignements » sont immédiatement mobilisés au service du réalisme répressif .

B) Une science utilitaire.

280. Il peut être tentant, à la lecture des principales publications des nouveaux éthologues du crime, de dresser un parallèle avec les différentes théories déterministes nées à la fin du XIX^{ème} siècle. Nous y retrouvons certes une même propension à l'essentialisation du crime, perçu comme un objet d'étude homogène douée d'une causalité propre et la même volonté d'établir une nomenclature délictueuse exhaustive. Mais il faut immédiatement rappeler que le déterminisme d'inspiration médicale, sensiblement plus radical, préconise à l'endroit des auteurs d'infraction, mêmes potentiels, un traitement thérapeutique exclusif de toute régulation juridique⁹⁰⁵.

En ce sens, la criminologie contemporaine est bien davantage à rapprocher des thèses de l'utilitarisme pénal, dont l'influence fut sensible sur la conception du Code pénal de 1810⁹⁰⁶. L'une comme l'autre de ces écoles de pensée souffrent d'un rapport contradictoire au libre-arbitre de l'auteur de l'infraction. L'une comme l'autre, surtout, promeuvent une véritable technologie répressive dont les concepteurs deviennent bien souvent les artisans⁹⁰⁷.

Ainsi le nouveau paradigme criminologique est-il à l'origine d'une « science » largement adoubée par les pouvoirs publics (1), pour mieux faire l'objet d'une application immédiate (2).

1°) Une science adoubée.

281. Un rapide examen des conditions de l'émergence de la nouvelle criminologie dans le champs

op.cit., p.173-189.

905 *Supra* n°68.

906 *Supra* n°44.

907 Rappelons que Jérémy BENTHAM se proposa pour diriger la première prison conçue sur le modèle du panoptique imaginé par ses soins.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

académique montre qu'elle trouve ses ressorts principaux dans le soutien direct qui lui est alloué par les pouvoirs publics. Cet appui tient certes à la proximité entretenue par les principaux animateurs de ce courant avec certains décideurs publics. Alain Bauer s'avère ainsi l'auteur de nombreux rapports commandés par différents ministres avant de devenir le promoteur de leur mise en application immédiate⁹⁰⁸. Mais il tient tout autant aux multiples bénéfices qu'offre, en retour, cette nouvelle discipline aux tenants du réalisme répressif. Non seulement la criminologie éthologiste permet d'apporter une caution supposément scientifique à ses principales expressions, mais elle permet également à ses promoteurs de prétendre au monopole du discours légitime sur le crime. En d'autres termes, l'institutionnalisation de cette discipline par le pouvoir exécutif apparaît indissociable de l'avènement concomitant de la doctrine du réalisme répressif.

Cette consécration se manifeste, en premier lieu, par la volonté de constituer une structure de recherche et de formation ayant vocation à contrôler la production et la diffusion des connaissances sur le phénomène délictueux. Créé en 2003 comme département du Ministère de l'intérieur, l'observatoire national de la délinquance, animé dès l'origine par Alain Bauer, traduit ainsi la volonté « *d'une reprise en main de la production administrative de données (surveillée tout au long de la chaîne hiérarchique)* »⁹⁰⁹. En octobre 2009, la création de l'institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, marque un changement d'échelle⁹¹⁰. Il ne s'agit plus simplement de contrôler les chiffres de la délinquance, mais bien l'ensemble de la production à prétention scientifique sur le crime et les réponses données par les pouvoirs publics. Si l'observatoire national de la délinquance et des réponses pénales demeure un département de cette nouvelle structure placée sous la tutelle directe du premier ministre, celle-ci a plus largement pour objet de « *promouvoir et diffuser toutes connaissances utiles en matière de sécurité intérieure, sanitaire, environnementale, économique et de justice* » ainsi que « *les enseignements universitaires* » afférents⁹¹¹.

282. Le souci d'établir des ponts avec l'Université constitue en effet une préoccupation majeure des zélateurs de la nouvelle criminologie. Bien davantage que celle d'un établissement public administratif ad hoc, la reconnaissance par l'Université de cette nouvelle orientation offrirait un

908 Laurent MUCCHIELLI, « vers une criminologie d'Etat en France », Politix, Volume 23 - n° 89/2010, p. 197-198.

909 *Ibid.*, p.201

910 Décret n°2009-1321 du 28 octobre 2009. Cet Institut succède à l'Institut des hautes études sur la sécurité et devait initialement absorber également l'institut des hautes études sur la Justice.

911 Article 2 du Décret n°2009-1321 du 28 octobre 2009.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

poinds autrement plus important à la caution scientifique que recherche les tenants du réalisme répressif. Alors que la criminologie clinique prospère aujourd'hui dans des instituts universitaires qui offrent notamment le mérite de permettre le recrutement d'enseignants dépourvus de tout titre nationalement reconnu⁹¹², se développe depuis 2009 un courant revendiquant la reconnaissance de la criminologie comme discipline d'enseignement supérieur à part entière. Après la création d'une chaire de criminologie au Conservatoire nationale des arts et métiers confiée à... M Alain Bauer⁹¹³, ce mouvement, pour l'instant infructueux, vise à conférer aux orientations épistémologiques de ces nouveaux criminologues le supplément de légitimité académique qui leur fait encore défaut⁹¹⁴.

Sans doute faut-il y voir également le souci de permettre aux différents acteurs de ce courant de multiplier les opportunités de « débouchés » professionnels à leurs analyses. Réduite à l'étude clinique du « criminel », la nouvelle criminologie ne peut être qu'une science appliquée, dont la prétention à l'autonomie épistémologique confère une portée proprement totalitaire à ses préconisations.

2°) Une science appliquée.

283. Présentant le projet de loi « *portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité* », son rapporteur à l'assemblée nationale fondait sur les travaux de Xavier Raufer et Stéphane Queré « *sur le crime organisé* » la nécessité de faire évoluer la législation française pour faire face à « *ce péril sérieux* »⁹¹⁵. Chez ses promoteurs comme ses usagers, l'institutionnalisation de la criminologie éthologiste apparaît ainsi indissociable de la mobilisation immédiate de ses productions au soutien du développement du pouvoir répressif. Dans le rapport qui allait servir de base à la création de l'INHESJ, Alain Bauer explique ainsi que la reconnaissance universitaire de sa discipline a notamment pour vocation de « *créer des filières sur les questions stratégiques de défense et de sécurité* » et de « *répondre aux besoins toujours plus importants d'expertise* »⁹¹⁶. Et, dès l'origine,

912 Ainsi en est-il, en particulier, de l'Institut de criminologie de l'Université Paris II, qui regroupe en son sein essentiellement des praticiens où des spécialistes auto-proclamés de la délinquance tel Xavier RAUFER. V. Loïc WACQUANT, *Punir les pauvres, le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, p.53 et 54.

913 Décret du 25 mai 2009.

914 Institué par un arrêté du Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche du 13 février 2012, la section de criminologie est supprimée par un nouvel arrêté dès le 6 août 2012.

915 Assemblée nationale, Rapport n° 856 de la douzième législature, Paris, 14 mai 2003, p.15

916 Alain BAUER (dir.), *Déceler – Etudier - Former : une nouvelle voie pour la recherche stratégique. Rapport au*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'Institut se voit confier la double mission de promouvoir la connaissance sur les questions « *de sécurité* » et former les « *cadres supérieurs, français et étrangers exerçant leur activité dans les domaines de recherche* »⁹¹⁷.

Cette volonté de promouvoir l'expertise des nouveaux criminologues se comprend d'autant mieux que celle-ci se déploie non seulement dans la sphère publique, mais également dans la sphère privée. Au delà de l'intéressement direct de ses animateurs directs, au premier rang desquels l'incontournable M Alain BAUER⁹¹⁸, dans le marché en pleine expansion de la sécurité privée, cette convergence est favorisée par les pouvoirs publics eux mêmes. Leitmotiv récurrent du bon sens répressif, la reconnaissance et le développement d'un pouvoir répressif privé marque en effet de façon sensible la séquence contemporaine du conflit normatif systémique du droit pénal⁹¹⁹.

La création, en novembre 2009, du Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégique, vise ainsi expressément à favoriser l'interaction « *entre, d'une part, les différents champs disciplinaires ou domaines touchant à la sécurité, à la défense et à la justice et, d'autre part, les organismes publics ou privés qui en sont chargés* »⁹²⁰. De façon plus explicite encore, le chef de l'Etat annonçait, dès janvier 2008, que ce nouvel organisme aurait notamment pour rôle de « *rassembler la communauté universitaire et favoriser le dialogue public-privé* »⁹²¹. En d'autres termes, le développement et la reconnaissance académique de la nouvelle criminologie sert également les intérêts professionnels des « experts » qu'elle prétend former.

284. Les effets que l'essor de cette criminologie éthologiste est susceptible de produire sur le système répressif sont multiples. Sa visée directement opérationnelle en fait un effet un puissant outil d'inflexion non seulement des pratiques des autorités répressives, mais également de la législation pénale dont les criminologues réclament, souvent de façon explicite, la transformation à l'aune de leurs conclusions⁹²². A partir du moment où la criminologie ne se pense plus comme la

président de la République et au premier ministre, in Cahiers de la Sécurité 2008, n°4, p.32.

917 Article 2 du Décret n°2009-1321 du 28 octobre 2009.

918 Président de la société de conseil en sécurité « AB associate ».

919 *Supra* n°194.

920 Avis du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche du 17 novembre 2009 relatif à une décision portant approbation de la convention constitutive du groupement d'intérêt public dénommé « Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégiques ».

921 Cité par Laurent MUCCHIELLI, *op.cit.*, p.203.

922 Les membres de la Convention nationale de criminologie se fixent ainsi explicitement un triple objectif : « *la prévention, la répression, le traitement.* », *op.cit.*, p.14.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

mise en application pragmatique des différents enseignements de plusieurs sciences sociales sur le phénomène délictueux, mais comme une discipline autonome réduite à sa seule dimension clinique, ses préconisations acquièrent une dimension impérative inédite.

Substituant au débat pluridisciplinaire sur les causes du comportements délinquant une étiologie univoque, elle en vient à proposer des « solutions » qui, tant au stade de l'analyse de l'acte criminel que de sa sanction, impliquent une négation plus ou moins explicite du libre-arbitre de l'auteur. La prétention à une explication clinique du crime conduit invariablement à proposer des réponses qui, quand elles ne préconisent pas la neutralisation *ante delictem* de l'auteur, se montrent plus ou moins indifférentes aux principales expressions de la Sûreté du citoyen. Comment en effet opposer les principes de nécessité, de proportionnalité et même de légalité au développement du pouvoir répressif quand celui-ci se fonde sur des analyses supposément scientifiques ? L'emploi de concepts directement forgés par cette nouvelle criminologie dans l'essor contemporain d'un invraisemblable principe de précaution répressive constitue une illustration particulièrement édifiante de cette dynamique liberticide⁹²³.

Mais l'influence de la criminologie éthologiste sur l'évolution du système répressif ne serait sans doute pas aussi importante si le thème du réalisme ne s'était développé, parallèlement, dans le champs juridique.

923 *Infra* n°411.

§ 2 : Un réalisme juridique.

285. D'une manière générale, la prudence épistémologique proverbiale du juriste français, même pénaliste, rend difficile la mise à jour et plus encore l'affirmation d'un courant de pensée. La posture délibérément « réaliste » qui caractérise les écrits de certains d'auteurs n'en apparaît que plus marquée. Emergant à la fin des années 1970, à partir de la publication du rapport dit « Peyreffite »⁹²⁴, ce courant s'affiche d'abord en réaction aux idées de la défense sociale nouvelle et leur supposé échec. Au delà de quelques auteurs éminents qui en revendiquent ouvertement l'affiliation - tels Jean-Claude Soyer, Michèle-Laure Rassat ou, dans une moindre mesure, Jacques Henri Robert - ce mouvement a su diffuser insensiblement, dans le champs juridique, des concepts et des représentations qui tendent à devenir communes.

La prétention au réalisme juridique par la Doctrine ne va pourtant pas de soi. Que le législateur pénal mette en avant une démarche « réaliste » pour justifier l'accroissement des prérogatives du pouvoir répressif ne surprend guère. Que le jurisconsulte reprenne à son compte une telle justification ne laisse en revanche pas d'étonner. Certes, la plasticité positiviste qui caractérise le juriste moyen ne l'incite guère à remettre en cause les motifs officiels de l'adoption de nouvelles lois. La posture réaliste apparaît néanmoins suffisamment incongrue dans la science juridique pour interpeller. Quelque soit la fonction qu'on lui prête par ailleurs, la règle de droit a vocation à exprimer un arbitrage entre différentes valeurs et intérêts au service d'un projet politique plus ou moins explicite. Dans cette perspective, afficher un réalisme juridique revient à escamoter le débat normatif en présentant comme indiscutable car frappée au coin du bon sens telle ou telle proposition.

Deux leitmotifs emblématiques de la posture réaliste progressent pourtant au sein du champ pénal. A la traditionnelle intention pragmatique (A) affichée par les tenants du bon sens répressif, s'ajoute aujourd'hui le souci, inédit sous ce rapport, de l'efficacité de la règle de droit (B).

924 Réponses a la violence, rapport à M le Président de la République présenté par le comité d'études sur la violence la criminalité et la délinquance, La documentation Française, Paris, 1977.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) *L'intention pragmatique.*

Selon Jacques Henri Robert, les auteurs de la loi dite « Sécurité et Liberté » du 2 janvier 1981, rompant avec « *l'autorité de la défense sociale nouvelle [...] appliquaient des théories qui ne cherchaient plus à énoncer le fondement abstrait de la répression mais seulement à en donner une explication pratique, tirée de l'observation sociologique et à en recommander un usage pertinent pour le bien commun* »⁹²⁵.

Comprendre la revendication contemporaine d'un nécessaire pragmatisme dans la conception et la mise en œuvre de la norme pénale nécessite d'analyser, au préalable, la façon dont ses artisans présentent la progression sensible de l'encadrement du pouvoir répressif depuis la Libération. C'est en effet sur la construction de l'image de la faillite de l'humanisme pénal et, en particulier, de l'acception qui en est défendue par l'Ecole de la défense sociale nouvelle à partir de 1945, qu'invariablement s'appuie l'exhortation à davantage de réalisme. En d'autres termes « *il s'agit d'un véritable renversement de perspective pour les sciences criminelles et le droit pénal classique/moderne* »⁹²⁶.

A partir de cette mise en scène se développe un courant doctrinal exhortant le législateur à sortir de son supposé aveuglement dogmatique en renforçant les prérogatives des autorités répressives. Se revendiquant d'un pragmatisme tout à la fois procédural (1) et pénologique (2), ces auteurs favorisent en réalité le retour en force de l'opinion selon laquelle la bonne conduite de la répression nécessite un certain arbitraire comme une certaine affliction.

1°) Un pragmatisme procédural.

286. A titre liminaire, il faut souligner que le thème de la paralysie répressive n'a pu regagner progressivement le devant de la scène doctrinale qu'en se fondant sur la mise en scène de la faillite du système répressif que l'accroissement déraisonnable des droits « du délinquant » aurait provoqué. S'ils n'en contestent nullement le bien-fondé, nos auteurs « réalistes » insistent en revanche sur la complication excessive de la tâche des autorités répressives qu'induirait le trop

⁹²⁵ Jacques Henri ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. Themis droit, 2005, p.41.

⁹²⁶ Jean-Paul JEAN, « Le système de justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.247.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

grand renforcement du statut juridique de la personne pénalement mise en cause.

Ce faisant, ils renouent directement avec l'opinion « de bon sens » selon laquelle la répression ne saurait passer sans un certain arbitraire, à cette différence près qu'ils l'expriment désormais avec l'assurance qu'autorisent les leçons supposées de l'histoire. Se revendiquant d'un « *constat d'expérience* », Jean Claude Soyer affirme ainsi, pour justifier l'avènement du réalisme répressif au début des années 1980, que « *l'énorme ascension de l'insécurité ne laissait pas de place au doute : la mystique de la réinsertion conduit à la faillite répressive* »⁹²⁷.

Au principe de cette démarche « pragmatique » existe cependant une conviction inébranlable qui – ne reposant guère sur une quelconque démarche empirique – voit ces auteurs dresser un antagonisme absolu, dans l'exercice de la répression, entre les intérêts de la Société et ceux de la personne mise en cause. Ainsi Michèle-Laure Rassat soutient-elle que « *la plupart du temps et par la force des choses, les intérêts de la collectivité et de l'individu sont, dans la poursuite pénale, antagonistes* »⁹²⁸. Dans le même ordre d'idées, Jean-Claude Soyer évoque « *les nécessités contradictoires* » que représentent, à ses yeux, « *les droits de la défense* » et « *la répression* »⁹²⁹. En posant cet axiome, nul besoin de mettre en avant les éventuels fourvoiements de l'expérience humaniste d'après-guerre pour justifier l'accroissement de l'emprise du pouvoir répressif. A partir du moment où l'on pose comme postulat incontournable l'inconciliabilité des intérêts de la collectivité et de l'individu, on ne peut que revendiquer une répression nécessairement « libérée » des contraintes procédurales.

287. Les développements que les auteurs réalistes consacrent à la présomption d'innocence offrent une autre illustration de cette prétention au pragmatisme procédural qui met particulièrement en lumière la vigueur contemporaine de l'idée d'un arbitraire nécessaire. Tout en convenant de son importance, Mme Rassat estime que ce principe ne peut guère se fonder sur « *la vraisemblance, puisque le plus grand nombre des personnes poursuivies sera effectivement condamné, ce qui montre qu'elles n'étaient pas innocentes* »⁹³⁰. Omettant de rappeler que c'est précisément grâce à la présomption d'innocence que l'on peut être relativement certain que les personnes condamnées ne le

927 Jean-Claude SOYER, *Droit pénal et Procédure pénale*, Paris, LGDJ, 2008, p.37.

928 Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, Coll. Université, 2010, p.5.

929 Jean-Claude SOYER, *op.cit*, p.22.

930 Michèle-Laure RASSAT, *op.cit*, p.235.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sont pas arbitrairement, une telle affirmation, poussée dans sa logique extrême, ne peut que conduire à proposer la suppression pure et simple de cette présomption. Pourquoi en effet continuer à s'appuyer sur une pure fiction si en réalité les personnes poursuivies sont très vraisemblablement coupables ? Mme Rassat ne peut d'ailleurs s'empêcher de manifester sa perplexité devant l'application de ce principe aux « *délinquants d'habitude, récidivistes ou professionnels* »⁹³¹.

Ce souci de faire primer un prétendu réalisme répressif sur des modèles abstraits qui entraveraient la bonne marche du procès pénal se retrouve de façon plus édifiante encore dans les développements que les tenants du réalisme répressif consacrent à la peine.

2°) Un pragmatisme pénologique.

288. C'est sans doute en matière postsentencielle que la dénonciation de la faillite de l'humanisme pénal s'affiche de la façon la plus explicite. Ainsi Jean-Claude Soyer affirme-t-il sans ambages ni étayage statistique que « *dans les pays où l'organisation pénitentiaire, fort coûteuse d'ailleurs, subordonne tout à la réinsertion du délinquant, le taux de récidive après emprisonnement reste très élevé* »⁹³². Sans doute, la faiblesse historique du droit à la Sûreté des condamnés explique-t-elle pour partie l'intensité du retour en force de la conception punitive de la rétribution à l'époque contemporaine⁹³³. Mais c'est bien plus encore la traditionnelle croyance en l'affliction nécessaire de la répression qui sous-tend ce mouvement de réhabilitation. Nous trouvons toujours, derrière la dénonciation de l'échec supposé des politiques tournées vers l'amendement des condamnés, l'opinion selon laquelle la répression ne peut être correctement menée sans nuire, de façon plus ou moins intense, à leurs intérêts.

Là encore, il est aisé de discerner, derrière l'intention pragmatique affichée, des convictions profondes qui ne peuvent s'enraciner dans aucune démarche empirique. De longue date, la sociologie pénale a pu démontrer à quel point l'ensemble des dispositifs favorisant l'individualisation de la peine, en particulier les différentes formes d'aménagement des sanctions pénales tournées vers la réinsertion, permettaient de réduire significativement le risque de

931 *Ibid.*, p.236.

932 Jean-Claude SOYER, *op.cit*, p.37.

933 *Supra* n°42.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

récidive⁹³⁴. En réalité, le scepticisme affiché par le réalisme répressif devant l'idée même d'une sanction assurant la réinsertion de l'individu témoigne d'une conception de la peine irrémédiablement riviée à son étymologie primitive. Tout au plus certains auteurs concèdent-ils la nécessité de concilier sa fonction nécessairement afflictive avec un certain idéal de réinsertion, avant tout dans le but d'en limiter les prétentions. Aucun n'admet la possibilité d'une sanction pénale qui permette simultanément et même corrélativement la réparation du trouble causé à l'ordre social et l'amendement du condamné.

L'identification de la peine à l'exercice d'une souffrance nécessaire est particulièrement manifeste dans les écrits de Maurice Cusson. Ainsi celui-ci présente le droit pénal comme « *un système de distribution de souffrances. D'où notre ambivalence devant la peine. Certains jours, elle nous apparaît comme un mal nécessaire ; d'autres jours, comme un mal dont nous devrions nous passer* »⁹³⁵. De façon plus directe encore, Jean-Claude Soyer se demande, évoquant une tendance générale à l'adoucissement de la répression, si « *devant la multiplication des vols, des agressions, du vandalisme, des attentats, [il] ne faudrait [...] pas revenir à une politique de répression résolue, qui ose vraiment punir ?* »⁹³⁶, sous-entendant par là même qu'il n'existe de sanction pénale véritable que dans la brutalité sinon l'intransigeance du pouvoir répressif. Loin d'être instruite des leçons de l'expérience, une telle dichotomie constitue l'expression d'une opposition proprement doctrinale et même philosophique avec les conceptions de l'Ecole de la défense sociale nouvelle. Faut-il le rappeler, cette dernière n'a jamais défendu l'idée d'une réponse à la délinquance alternative à la pénalisation, mais bien au contraire l'idée d'un système répressif fondé sur l'idée d'une convergence nécessaire entre les intérêts de la Société et ceux de l'individu⁹³⁷.

289. En déniait toute vertu répressive à une politique pénale centrée sur la réinsertion du condamné, le réalisme répressif offre une caution scientifique inespérée à la rhétorique, récurrente dans les débats législatifs, selon laquelle toute démarche de compréhension du passage à l'acte équivaldrait à son absolution⁹³⁸. On ne peut affirmer que « *beaucoup se demandent, à présent, si le*

934 V. Notamment, Annie KENSEY, *La récidive des sortants de prisons*, Les cahiers de l'administration pénitentiaire, n°15, Paris, mars 2004 et *La récidive des condamnés à perpétuité*, Les cahiers de l'administration pénitentiaire, n°24, Paris, août 2008.

935 Maurice CUSSON, *op.cit.*, p.1

936 Jean-Claude SOYER, *op.cit.*, p.2.

937 *Supra* n°63.

938 *Infra* n°311.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

déclin de la sévérité, si l'émoussement de la peine et de son pouvoir d'intimidation ne constituent pas une très coûteuse erreur »⁹³⁹, sans identifier les politiques favorisant l'individualisation de la sanction pénale à une forme de démission des autorités répressives. Plus encore que la mise en avant d'une prétendue intention pragmatique, cette tendance à prendre en compte, dans l'analyse proprement juridique de la règle de droit, de son impact supposé sur l'efficacité de la répression, constitue une caractéristique majeure du réalisme répressif.

B) Le souci de l'efficacité.

De prime abord, il pourrait paraître incongru si ce n'est même déplacé de questionner la volonté contemporaine du pénaliste et du légiste de rechercher l'efficacité de la règle de droit. N'est-il pas naturel et même louable de vouloir renforcer l'aptitude de sa discipline à atteindre les objectifs qu'on lui prête ?

La critique recouvre pourtant toute son évidence dès lors que nous prenons la pleine mesure de l'acception très particulière de la notion d'efficacité associée à la norme pénale. Loin de traduire la volonté d'une utilité intrinsèque de la règle de droit comme outil de coexistence des libertés, il s'agit au contraire de lui donner pour objet la réalisation immédiate de l'objectif officiellement poursuivi par le législateur, quel qu'il soit.

Pourtant, à la faveur d'un mouvement classique de légitimation circulaire, l'idée d'efficacité s'impose désormais comme un nouveau critère d'analyse (1) autant que de législation (2).

1°) Un nouveau critère d'analyse.

290. A dire vrai, la propension contemporaine de nombreux juristes à jauger l'aptitude du système juridique à répondre aux objectifs immédiats de transformation sociale que lui assigne le législateur n'est pas propre au droit pénal. Depuis plusieurs années, une telle grille de lecture s'est progressivement généralisée à l'ensemble des branches du Droit, en particulier sous l'influence du

939 Jean-Claude SOYER, *op.cit*, p.2.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

courant dit de l'analyse économique du droit⁹⁴⁰. Sans même rentrer dans la critique proprement épistémologique de la version très restrictive de la « science » économique dont on prétend appliquer les modèles à la matière juridique⁹⁴¹, nous devons à titre liminaire souligner toute l'incohérence de cette démarche.

Prétendre analyser la règle de droit en fonction de l'effet associé, de façon plus ou moins rationnelle, à son application, revient ni plus ni moins à remettre en cause sa fonction première dans un Etat de droit. La norme juridique a en effet pour finalité essentielle d'assurer la coexistence pacifique des libertés en Société, en particulier en présence de conflits d'intérêts potentiels. A partir du moment où l'on prétend la définir en fonction de l'influence qu'elle est supposée produire sur le domaine réglementé, son rôle de protection des libertés devient secondaire voir superflu. Ainsi, l'abaissement des garanties juridiques des consommateurs ou des salariés face à l'arbitraire potentiel du vendeur professionnel ou de l'employeur sera justifiée par le supposé effet bénéfique pour le dynamisme économique de la Société.

291. Appliquée à la matière pénale, cette grille de lecture se révèle particulièrement dévastatrice. La règle de droit y a en effet pour principale fonction de contenir, selon les différentes prescriptions du droit à la sûreté, l'action du pouvoir répressif. Seule cette considération devrait en principe, dans un Etat de droit, être prise en compte par le pénaliste pour porter un regard critique sur l'ordre pénal. Pourtant, les promoteurs du réalisme répressif tendent, dans leur entreprise de remise en cause des acquis de l'humanisme pénal, à imposer comme grille d'analyse conjointe si ce n'est alternative, l'appréciation de l'efficacité de la règle de droit au regard des objectifs fixés par les pouvoirs publics. Ainsi, quand Michèle-Laure RASSAT indique que « *l'Etat a toujours intérêt à une sanction rapide et certaine des infractions pénales et, détenant le pouvoir, il peut être des mécanismes aboutissant à tous les coups et d'une façon très sévère, à ce résultat* », ce n'est pas pour souligner le rôle du droit pénal dans l'encadrement de cette propension à une répression débridée mais pour indiquer qu'il y a lieu de la concilier avec une défense s'exerçant « *dans les meilleures conditions possibles* »⁹⁴².

Or, dès lors que le pénaliste prétend prendre en compte dans son analyse les effets associés par le

940 V. Stéphane ROUSSEAU et Ejan MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, les éditions thémis, Montréal, 2008.

941 V. Bernard MARIS, *Antimanuel d'économie*, Editions Bréal, Rosny sous bois, 2003.

942 Michèle-Laure RASSAT, *op.cit.*, p.4 et 5.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

législateur à la modification du droit pénal, il autorise la remise en cause de l'ensemble des limites posées à l'arbitraire latent des autorités répressives. Le mouvement normatif contemporain est régulièrement justifié, envers de l'affirmation du droit à la sécurité, par la volonté de lutter contre la délinquance⁹⁴³. S'il fait siens de tels motifs – ou du moins ne les remet pas en cause – comment le pénaliste peut-il encore opposer un discours critique aux mesures tendant, au nom de cette finalité, à amoindrir les garanties du justiciable ? A partir du moment où l'objectif affiché par le législateur répressif d'un « *rétablissement de l'autorité de l'État et du droit de chaque citoyen à vivre en paix* »⁹⁴⁴ est reçu comme réel et légitime par le juriste, il ne peut qu'approuver l'érosion de l'encadrement du pouvoir répressif entreprise sous ce motif. Tout juste peut-il, se prêtant au mythe de l'équilibre répressif, plaider pour une certaine conciliation avec la garantie d'un minimum de droits de la défense.

C'est donc au bénéfice d'une indéniable caution doctrinale que le législateur peut mettre en avant, comme nouveau fondement de son œuvre, la volonté d'améliorer l'efficacité du droit pénal.

2°) Un nouveau critère de législation.

292. Avant d'étudier plus en détails la signification et l'incidence du leitmotiv de l'efficacité répressive dans le mouvement normatif contemporain⁹⁴⁵, il faut souligner de quelle façon la volonté d'efficacité envahit l'exposé des motifs des projets de lois se succédant. Ce qu'il importe de relever, ce n'est pas tant la mise en avant de cette volonté que son caractère exclusif, au moins en apparence, de tout autre considération. En d'autres termes, tout se passe comme si elle suffisait à justifier l'adoption de nouvelles règles sans préjudice aucun de leur contenu.

Très logiquement, une telle grille de lecture se donne d'abord à voir en droit pénal processuel. Depuis la loi n°99-515 du 23 juin 1999 se donnant expressément pour objet de renforcer « *l'efficacité de la procédure pénale* », jusqu'à la dernière loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure, dont le chapitre V est consacré à « *l'efficacité des*

943 *Infra* n°300.

944 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n°508 de la douzième législature, Paris, décembre 2002, p.9.

945 *Infra* n°305.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

moyens de la répression »⁹⁴⁶, elle s'impose même comme le mot d'ordre le plus commun des réformes menées tambour battant. C'est ainsi que le promoteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice met en avant, en juillet 2002, sa volonté d'œuvrer à « *la simplification et la plus grande efficacité de la procédure pénale* »⁹⁴⁷. Quelques mois plus tard, le rapporteur au Sénat du projet de loi pour la sécurité intérieure souligne que ce « *texte tend à donner aux acteurs de la sécurité les moyens juridiques nécessaires pour améliorer l'efficacité de leur action* »⁹⁴⁸.

La quête de l'efficacité sous-tend avec la même constance le mouvement normatif en matière postsentencielle. Ainsi, le rapporteur de la proposition de loi relative au traitement (sic.) de la récidive des infractions pénales peut, en décembre 2004, affirmer que c'est uniquement pour « *renforcer l'efficacité de la lutte contre la récidive en matière de violences contre les personnes* » que ce texte introduit « *l'incarcération, dès le prononcé de la peine, des condamnés en situation de récidive légale* »⁹⁴⁹. Cinq ans plus tard et bien que deux autres réformes d'ampleur du régime de la récidive aient été adoptées dans l'intervalle, c'est toujours dans le but de « *rechercher plus d'efficacité* » que le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi « *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle* » milite pour son adoption⁹⁵⁰.

293. Malgré son absence de portée directement opérationnelle, le droit pénal substantiel n'est pas davantage épargné par cette obsession de l'efficacité. C'est ainsi que le rapporteur au Sénat du projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière souligne que ce texte « *tend à renforcer l'efficacité de [sa] répression [...] et prévoit notamment la création d'infractions spécifiques* »⁹⁵¹. Dans un registre voisin, un député peut affirmer, à l'occasion des débats parlementaires précédant l'adoption du projet de loi *renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, que celui-ci n'a d'autre objet que de renforcer « *l'efficacité de la sanction* » de telles infractions⁹⁵². Relevons, enfin, les propos particulièrement explicites de l'auteur du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

946 Loi n°2011-267 du 14 mars 2011.

947 Sénat, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002 p.2

948 Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, Rapport n°36 de la session ordinaire 2002, 2003, Paris, 30 octobre 2002, p.11.

949 Assemblée nationale, rapport n°1979 de la douzième législature, Paris, 8 décembre 2004, p.14.

950 Assemblée nationale, rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009, p.59.

951 Sénat, rapport n°251 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, avril 2003, p.6.

952 Assemblée nationale, rapport n°1734 de la treizième législature, Paris, 10 juin 2009, p.47.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

quand il affirme vouloir « *renforcer l'efficacité de notre droit pénal* » en étendant la circonstance aggravante de bande organisée à un très grand nombre d'infractions⁹⁵³.

Ce qu'il importe de retenir, à travers l'ensemble de ces exemples, c'est l'acception particulièrement restrictive de l'efficacité recherchée. Celle-ci n'y est en effet jamais associée à la hausse des moyens affectés à l'application de la loi, mais au contenu de la loi elle-même. Dans une telle perspective, la norme pénale, loin de prémunir le justiciable contre l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif, tend au contraire à faciliter son exercice. Soutenu par l'émergence d'une doctrine du réalisme, se dessine un modèle répressif qui s'affirme non seulement alternatif à l'ordre pénal républicain mais surtout rigoureusement antagoniste.

953 Assemblée nationale, projet n°784 de la douzième législature, Paris, 9 avril 2003, p.3

SECTION 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, MOT D'ORDRE D'UNE LOGIQUE
RÉPRESSIVE CONCURRENTTE

294. L'année 1980 fut marquée par une opposition très vive à l'adoption du projet de loi dit « *Sécurité et Libertés* », qui, dans le prolongement du rapport dit Peyrefite, venait apporter la première pierre à la construction du nouvel ordre répressif, appelé à concurrence directement l'ordre pénal républicain. A la lecture des dispositions de la loi n°81-82 du 2 janvier 1981, on peine à imaginer ce qui suscita une telle réaction tant les orientations dessinées par ce texte ont, depuis, très largement été amplifiées et généralisées. Pourtant, en consacrant la procédure de comparution immédiate⁹⁵⁴, en introduisant l'idée d'une certaine rigidité punitive pour les condamnés en état de récidive⁹⁵⁵ et en se fixant officiellement pour objectif « *la protection de la victime* »⁹⁵⁶, ce texte marque bien le début d'un « *renversement radical de la politique criminelle* »⁹⁵⁷.

Cette mise en perspective de plus de trente ans de distance nous fait toucher du doigt à quel point nous sommes entrés aujourd'hui dans une phase critique du conflit normatif qui travaille notre droit pénal. En faisant système, les grandes lignes du réalisme répressif viennent heurter de façon constante et de plus en plus violente les principes directeurs de l'humanisme pénal. A cet égard, l'intitulé même du texte fondateur du nouveau système nous renseigne mieux que tout autre chose sur la radicalité de l'antagonisme en jeu. Vouloir accoler de façon aussi appuyée les valeurs de Liberté et de Sécurité dans une loi pénale montre à l'envi à quel point elles traduisent deux orientations répressives strictement incompatibles.

Depuis sa proclamation en 1789, le système répressif républicain est fondé sur le droit à la Liberté du citoyen et le droit pénal n'a autre fonction que de la préserver. En mettant à jour un inédit «
», c'est un tout autre fondement que le réalisme répressif tend à conférer à l'ordre pénal. C'est envers un sujet autonome et responsable que l'on s'engage à préserver sa liberté. C'est à un individu passif et attentiste que l'on promet la sécurité. Les principes gouvernant l'action du pouvoir répressif

954 L'article 51 de la loi 81-82 du 2 janvier 1981 introduit ainsi la procédure de « flagrants délits » qui sera renommée comparution immédiate en 1983.

955 Les articles 3 à de la loi 81-82 du 2 janvier 1981 limitent les effets des circonstances atténuantes et l'accessibilité au sursis pour les condamnation en état de récidive.

956 Article 1er de la loi 81-82 du 2 janvier 1981.

957 Jacques Henri ROBERT, *op.cit.*, p.46.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ne peuvent que s'en trouver radicalement différent selon la figure du citoyen à laquelle on s'adresse.

A la consécration de la liberté comme pierre angulaire de l'ordre pénal a répondu l'invention de la Sûreté comme seule boussole du pouvoir répressif. A la proclamation du droit à la sécurité comme nouveau fondement de l'ordre répressif (1) correspond celle de l'efficacité répressive comme nouveau principe directeur du droit pénal (2).

§ 1 : Un ordre fondé sur le droit à la sécurité.

295. Si les débats passionnés qui ont entouré l'adoption de la loi Sécurité et Liberté peuvent nous paraître lointains, c'est que cette première brèche ouverte dans l'ordre pénal républicain fut très vite refermée. Dès le mois de juin 1983⁹⁵⁸, les principales dispositions de la loi du 2 février 1981 étaient abrogées, avant même d'avoir pu recevoir un véritable commencement d'application.

Il faut ainsi attendre le milieu des années 1990 pour voir à nouveau le droit à la sécurité proclamé par le législateur. La loi n° 95-73 « d'orientation et de programmation relative à la sécurité » du 21 janvier 1995 dispose ainsi, en son article 1, que « *la sécurité est un droit fondamental* ». Citée à juste titre par ses zéloteurs comme le socle du mouvement normatif débridé qui allait suivre⁹⁵⁹, ce texte introduit l'idée selon laquelle garantir la sécurité des personnes et des biens serait la principale si ce n'est l'unique finalité de l'action des autorités répressives. Au delà de cette consensuelle proclamation, l'instauration d'un véritable droit à la sécurité comme fondement exclusif de la politique pénale pose toutefois plus de problèmes que de solutions.

Prérogative aux contours aussi imprécis qu'extensif, la sécurité individuelle se laisse difficilement définir comme un droit (A). En réalité, il s'agit bien davantage d'une véritable garantie promise au citoyen, dont la proclamation est à l'origine d'une logique normative qui va se heurter frontalement aux différentes déclinaisons du droit à la Sûreté (B).

958 Loi n° 83-466 du 10 juin 1983.

959 On peut ainsi lire, dans le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure annexé à la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002, que « *la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 a, pour la première fois, posé les principes et les orientations permanents de la politique de sécurité. Ces principes et ces orientations constituent des acquis, sur le fondement desquels une nouvelle étape doit être franchie* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) *La sécurité, un droit incertain.*

N'en déplaise aux tenants du nominalisme juridique, il ne suffit pas de proclamer un droit pour lui donner une assise juridique solide. Les droits consacrés en 1789 n'ont pas été créés de toutes pièces mais, littéralement, déclarés, c'est à dire reconnus comme préexistant à l'ordre juridique dont ils sont le fondement. Tous expriment un projet politique cohérent, traduisant la volonté de (re)fonder le Droit sur la seule liberté du citoyen. Ce n'est qu'en raison de ce caractère transcendantal qu'ils peuvent véritablement être qualifiés de fondamentaux.

Or, en dépit de toute l'attention dont il fait l'objet par le législateur contemporain, le droit à la sécurité se révèle sous ce rapport non seulement dépourvu d'un fondement tangible (1), mais également de limites suffisamment précises et stables pour lui conférer une existence juridique pérenne (2).

1°) Un droit sans fondement.

296. Dépourvu de fondement supra-législatif explicite mais, également, des caractéristiques propres au droit subjectif, le droit à la sécurité devrait être qualifié « *pour reprendre une expression chère au doyen Louis Favoreu, [de] « coquille vide », faute que ne soient pas (sic.) remplies les conditions d'identification d'un droit fondamental* »⁹⁶⁰. Dans les nombreuses décisions qu'il a été amené à rendre au cours de la dernière décennie, le Conseil constitutionnel précise ainsi que la sécurité des personnes et des biens constitue non un droit, mais un objectif à valeur constitutionnel, c'est à dire un devoir incombant à l'Etat. C'est en ce sens qu'il précise, en une formule classique, que « *la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* » sont « *nécessaires à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle* »⁹⁶¹.

C'est pourquoi le droit à sécurité se trouve régulièrement, dans le discours juridique, confondu avec d'autres droits aux assises indiscutables. Étonnamment, l'incapacité de ses promoteurs à offrir un fondement solide au droit à la sécurité se donne d'abord à voir dans la confusion entretenue, délibérément ou non, avec le droit à la sûreté. Dès 1985, Michèle-Laure RASSAT écrivait ainsi « *la*

⁹⁶⁰ Marc-Antoine GRANGER, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », RCS 2009, n°2, p.282.

⁹⁶¹ CC, décision n° 2003-467 DC du 16 mars 2003 ; V. aussi, décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Décision n°2007-554 DC du 9 août 2007 ou encore Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sécurité est de toute évidence une exigence actuelle de la communauté des citoyens. La république, qui est étymologiquement la chose de tous, se doit de prendre en compte les aspirations de chacun. L'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle renvoie le préambule de la Constitution ne place-t-il pas, d'ailleurs, au rang de premier devoir de l'Etat, celui de garantir la Sûreté ? »⁹⁶². Depuis, le terme n'a cessé d'être présenté comme interchangeable, et nombreux sont ceux qui, de bonne foi ou non, affirment que le droit à la sécurité trouve sa base légale dans la déclaration du 26 août 1789⁹⁶³.

Un tel amalgame tient pourtant du paradoxe absolu. La Sûreté postule, faut-il le rappeler, la préservation de la liberté du citoyen face à l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif. La proclamation du droit à la sécurité vise au contraire à justifier la réduction de l'encadrement des autorités répressives au prétexte d'accroître leur efficacité. Certes, le vocabulaire pénaliste n'est pas avare en confusions terminologiques. Depuis la Cour de sûreté de l'Etat, défunte juridiction d'exception, jusqu'à la période dite de sûreté, dont le prononcé faite obstacle à tout aménagement de la peine⁹⁶⁴, en passant bien évidemment par la catégorie endémique des mesures dites de sûreté⁹⁶⁵, nombreux sont les dispositifs répressifs qui remettent directement en cause leur propre dénomination. Mais on ne saurait se prévaloir de cette imprécision lexicale pour entretenir plus largement la confusion entre deux concepts non seulement distincts, mais encore antagonistes.

297. En second lieu, c'est en se retranchant derrière la bannière du droit à la vie tel que protégé par l'article deux de la Convention européenne des droits de l'homme que le droit à la sécurité tente de s'offrir une assise juridique. Selon un raisonnement audacieux, on tente de glisser de l'obligation des Etats de garantir le droit à la vie de leurs résidents à l'obligation de prendre toutes les mesures à même de prévenir les actes susceptibles, fut-ce de façon particulièrement hypothétique, d'y porter atteinte. En d'autres termes, les prérogatives conférées aux autorités répressives dans la constatation et la sanction des infractions pénales n'ayant, en dernière analyse, d'autre fonction que de protéger la vie et l'intégrité physique du citoyen, les limites qui y sont apportées ne devraient être que

962 Michèle-Laure RASSAT, *op.cit.*, p. 13.

963 Ainsi le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure peut-il affirmer « *consacrée comme un droit naturel et imprescriptible par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, pierre angulaire du contrat républicain, la sécurité n'est pourtant plus assurée sur l'ensemble de notre territoire* », in *Assemblée nationale*, Rapport n°53 de la douzième législature, Paris, 11 juillet 2002.

964 *Infra* n°385.

965 *Supra* n°115.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

particulièrement restreintes.

Pour osée qu'elle soit, une telle interprétation ne résiste toutefois pas à l'analyse. Certes, nous trouvons dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme des décisions soulignant, au delà de l'interdiction qui leur est faite d'attenter directement à la vie de leurs ressortissants, l'obligation faite aux Etats de prendre des mesures positives pour la protéger⁹⁶⁶. Mais en aucun cas une telle exigence ne peut être présentée comme justifiant, au besoin en remettant en cause certaines expressions du droit à la Sûreté, l'accroissement démesuré de l'emprise du pouvoir répressif. Bien au contraire, la Cour de Strasbourg a pu préciser à maintes reprises que « *toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation* »⁹⁶⁷. Prérogative susceptible d'être invoquée quand elle se trouve directement et effectivement menacée, le droit à la vie ne saurait, sans perdre toute consistance, se déformer en un droit à la sécurité qui se trouve mis en avant aussi bien pour justifier la répression des atteintes à la vie les plus graves que celle des atteintes aux biens les plus bénignes.

Sans fondement propre, le droit à la sécurité se trouve, dans le même temps, dénué des limites nécessaires à un exercice effectif.

2°) Un droits sans limites.

298. L'absence d'une base textuelle supra-législative interdit au droit à la sécurité de prétendre à la qualification de droit fondamental. L'absence de tout cadre à son hypothétique exercice rend celui-ci tout simplement impossible. Quelle que soit sa valeur juridique, un droit subjectif suppose, pour être exercé, que soient définis de façon suffisamment précise son objet et les limites portées aux prérogatives qu'il confère au sujet. A défaut, sa mise en œuvre concrète, et notamment son invocation en Justice, apparaît sinon impossible, du moins dépourvue de toute efficacité. Or, passé le stade de la proclamation consensuelle, l'incertitude la plus complète règne en ce qui concerne la délimitation des contours du droit à la sécurité.

966 En ce sens, Commission EDH, W/Royaume Uni, 28 février 1983.

967 CEDH, Osman c/ RU, 28 octobre 1998.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Cette incertitude est d'abord celle de son objet. D'une part, les domaines où les pouvoirs publics s'engagent à garantir la sécurité du citoyen ne manquent pas ; « *de la sécurité juridique à la sécurité sanitaire, en passant par la sécurité routière, ferroviaire, aérienne, maritime, par la sécurité de l'emploi, la sécurité nationale, la sécurité publique, la sécurité privée, la sécurité civile, la sécurité intérieure, la sécurité globale, l'insécurité définitoire est totale* »⁹⁶⁸. D'autre part, même si nous nous restreignons, ainsi que nous y encourage le législateur en liant expressément les deux notions, à la sécurité matérielle de l'individu face aux atteintes à sa personne ou à ses biens, le problème de ses limites reste entier.

Jusqu'où le citoyen auquel on a reconnu ce droit est-il fondé à s'en prévaloir ? Peut-t-il l'invoquer contre toutes les infractions dont il s'estime victime ou seulement celles qui portent véritablement atteinte à son intégrité ? Peut-t-il l'invoquer non seulement au titre des délits dont il est effectivement victime, mais également au titre de ceux dont il pourrait l'être, même de façon purement hypothétique ? Et, en ce cas, est-il fondé à mettre en avant son droit à la sécurité pour exiger des pouvoirs publics non seulement qu'ils sanctionnent les infractions dont il est victime, mais aussi qu'ils prennent toutes mesures pour les prévenir ?

299. Cette incertitude nous permet de comprendre pour quelles raisons aucun mécanisme concret permettant la justiciabilité de ce « *droit fondamental à la sécurité* » n'a jamais accompagné sa proclamation réitérée depuis 1995. De jurisprudence constante le Conseil d'Etat, s'il admet que l'absence d'intervention des forces de l'ordre puisse entraîner la responsabilité de l'Etat, exige pour ce faire que soit rapportée la preuve d'un véritable dysfonctionnement⁹⁶⁹. Autrement dit, à peine se voit-il octroyer ce nouveau droit que le citoyen se trouve dans l'impossibilité de l'exercer réellement.

Toutefois, démontrer que l'existence d'un droit fondamental à la sécurité est juridiquement impossible et qu'il ne peut se maintenir dans l'ordre normatif qu'en usurpant la place d'autres droits ne suffit pas à lui ôter toute portée juridique, loin sans faut. Comme il en est du droit des victimes⁹⁷⁰, l'indéfinition congénitale qui affecte le droit à la sécurité permet bien au contraire à ses inventeurs

968 Marc-Antoine GRANGER, op. Cit., p.275.

969 CE Sect., 27 mai 1977, SA Victor Delforge, Rec.253.

970 *Supra* n°239.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de l'exercer, de fait, au nom d'un citoyen auquel il n'est reconnu que formellement. Elle leur permet en outre, en raison précisément de l'absence de limites encadrant son exercice, de repousser toujours plus loin celles du pouvoir répressif. S'analysant en réalité comme la promesse d'une impossible garantie contre toute agression physique voire verbale, le droit à la sécurité autorise le législateur à mener bien au delà de ce que le simple bon sens répressif lui permettait la remise en cause de l'idée de Sûreté.

B) La sécurité, une garantie indéfinie.

300. Si le législateur n'a jamais su donner un contenu précis au droit à la sécurité qu'il ne cesse de proclamer depuis plus de quinze ans, c'est que cette dernière constitue bien plus précisément « *un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics.* »⁹⁷¹.

Cette déclaration d'intention pourrait certes n'être regardée que comme une formule convenue dépourvue de toute portée normative. Elle cesse pourtant de paraître purement incantatoire dès lors que cette promesse de sécurité est intimement associée à l'exercice de la répression. En d'autres termes, c'est, de façon exclusive sinon hégémonique, par la seule réponse pénale que les pouvoirs publics entendent la tenir.

Un tel glissement ne saurait donc être regardé comme purement terminologique. En faisant de la garantie de la sécurité individuelle des citoyens la nouvelle finalité de la politique pénale, le législateur tend, au prix de sévères contradictions intellectuelles, à identifier la délinquance à un risque (1). De cette réduction naît, dans le même mouvement, l'exigence irrépressible d'une résorption de ce singulier « risque délictueux » (2).

1°) Une garantie contre le « risque » délictueux.

301. Conséquence de l'affirmation croissante de la figure victimaire dans le procès pénal, la

⁹⁷¹ Article 1er de la Loi n° 95-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

protection de la sécurité individuelle tend aujourd'hui à suppléer l'objectif de préservation de la cohésion sociale ou de l'ordre public dans la mise en scène du balancier répressif⁹⁷². Or, on ne peut affirmer comme une évidence que « *le droit pénal dans son ensemble est tourné vers la garantie de la sécurité* »⁹⁷³ sans dessiner la perspective d'un bouleversement systémique de notre ordre répressif. Faut-il le rappeler, le droit pénal a vocation, dans un Etat de droit, à sanctionner les atteintes les plus graves portées à la cohésion sociale, non à garantir qu'elles n'advieront jamais. Certes les concepteurs du modèle répressif républicain ont, dès l'origine, entendu façonner un système qui, favorisant l'amendement des condamnés, permette d'accroître à terme le niveau de sécurité collective. Mais, dans un ordre juridique où, conformément aux articles quatre et cinq de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la liberté est le principe⁹⁷⁴, il ne fait de doute pour personne que la justice pénale a vocation à réparer et non à prévenir.

C'est donc à un véritable renversement de perspective qu'aboutit la mise en avant de la sécurité comme nouvelle finalité du droit pénal. On ne peut en effet prétendre garantir la sécurité d'autrui que par rapport à un risque identifié dont on peut raisonnablement prévenir la survenance. Dans le champs juridique, l'ensemble des dispositions ayant explicitement pour objet de garantir la sécurité des individus sont invariablement associées à un type de risque. Ainsi en est-il, en particulier, de la sécurité au travail et de la sécurité sanitaire, qui ne sont érigées en garanties au profit du salarié ou du patient que dans la mesure où les personnes qui en sont redevables peuvent agir sur les risques correspondants, si possible en en prévenant la survenance⁹⁷⁵. En d'autres termes, affirmer que le procès pénal a pour seul but de garantir la sécurité des individus, c'est, inéluctablement, identifier l'ensemble des infractions dont ils sont susceptibles d'être victimes, non à des actes disparates et volontaires, mais à un risque global.

302. L'émergence de ce singulier risque délictueux doit être clairement distinguée du phénomène concomitant de pénalisation du risque⁹⁷⁶. Certes, la tendance contemporaine à incriminer des comportements au seul motif du risque qu'ils font courir à la collectivité constitue l'un des

972 Supra n° 64.

973 Marc-Antoine GRANGER, *op.cit.*, p.293.

974 Supra n°13.

975 V. les articles L4121-1 et suivants du Code du travail et les articles L1142-1 et suivants du Code de la santé publique.

976 V. Anne PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Montpellier, 2001.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

symptôme de l'intensité contemporaine du conflit normatif qui travaille notre ordre répressif⁹⁷⁷. Ainsi, aux côtés de la consécration formelle du délit de risque causé à autrui par le code pénal de 1994⁹⁷⁸, de nombreuses incriminations sont-elles apparues, qui visent à sanctionner des actes ne créant, en soi, aucun préjudice effectif mais qui se caractérisent par la mise en danger d'autrui⁹⁷⁹. En soi, une telle évolution n'opère pour autant aucune rupture frontale avec la philosophie répressive républicaine. Fut-il l'expression d'un simple inconséquence à l'égard d'autrui, c'est toujours un acte conscient et positif qui se trouve ainsi saisi par la loi pénale, un mauvais usage du libre-arbitre que l'on entend avant-tout sanctionner et non directement prévenir.

La mise en scène, dans le sillage de la garantie de sécurité désormais promise par le législateur pénal, d'un véritable risque délictueux, signe un bouleversement autrement plus important. S'appliquant à l'ensemble du système répressif, cette nouvelle grille de lecture vient en perturber toute l'économie. A partir du moment où la délinquance est, explicitement ou non, perçue comme un risque, la réponse qui lui est apportée change de nature. Il ne s'agit plus de savoir comment répondre au mieux à l'atteinte à la cohésion sociale causée par l'infraction mais comment réduire et si possible même éradiquer le risque délictueux.

2°) Une garantie de résorption du « risque » délictueux.

303. En juin 2006, se félicitant de la baisse de la délinquance qu'il croyait pouvoir déduire de la statistique policière, l'auteur du projet de loi de prévention de la délinquance affirmait sa volonté de voir ce supposé « *recul de la délinquance [...] se poursuivre de façon importante* »⁹⁸⁰. Nous touchons ici du doigt l'ampleur des bouleversements systémiques induits par la redéfinition de la finalité du droit pénal comme la garantie de la sécurité du citoyen. Le législateur ne peut promouvoir l'appréhension de la délinquance comme un risque sans se faire, dans le même temps, l'artisan de sa résorption, si possible totale et permanente. L'invention du droit à la sécurité offre

977 *Infra* n°401.

978 Article 223-1 du Code pénal.

979 D'abord cantonnée à des domaines techniques comme le droit pénal de l'environnement ou le droit pénal de la circulation, l'incrimination de la mise en danger se généralise aujourd'hui à l'ensemble de la matière pénale, avec, de façon emblématique, la création d'une infraction de participation à une « *bande violente* » instituée par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010 ; *infra* n°322.

980 Sénat, projet de loi de prévention de la délinquance, session ordinaire 2005-2006, Paris, juin 2006, p.1.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ainsi un habillage juridique au fantasme d'une Société sans crimes ni délits qui sous-tend, en filigrane, l'ensemble de la dynamique normative contemporaine.

Celle-ci lui doit en effet ses deux caractéristiques majeures. La promesse intenable d'une garantie de la sécurité individuelle de chaque citoyen est d'abord à l'origine de cette surenchère répressive qui voit dans chaque nouvelle manifestation du risque délictueux l'occasion d'une nouvelle loi destinée à assurer enfin son éradication. Qu'il s'agisse d'un fait divers opportunément monté en épingle ou, plus simplement, de la médiatisation de quelques « mauvais » chiffres de la délinquance, chaque illustration de la défaillance des pouvoirs publics à garantir effectivement la sécurité absolue de l'individu devient le prétexte à un nouvel affaïssement de l'encadrement des autorités répressives⁹⁸¹. A partir du moment où il s'est engagé sur la voie illusoire de la prévention du risque délictueux, le législateur ne peut, sans se parjurer, rompre avec cette fuite en avant normative à laquelle cette promesse le contraint.

304. Dès lors qu'elle se fonde sur la garantie de sécurité, la dynamique répressive contemporaine ne peut en outre que se construire sur un mode qui exclut, délibérément ou non, l'idée de libre-arbitre de l'auteur de l'infraction. Plus que tout autre chose, l'insistance de ses promoteurs à accoler le droit à la sécurité, sitôt proclamé, à l'exercice de la liberté, signe à quel point ces deux exigences sont strictement antagonistes. On ne peut en effet prétendre éliminer ou même réduire le risque délictueux sans nier, intellectuellement comme matériellement, la liberté d'action des individus commettant des délits. Soit on affirme, à l'instar des utilitaristes, qu'il est possible d'influer sur le comportement des membres de la Société de telle sorte qu'ils ne commettent plus aucune infraction⁹⁸². Soit on entend s'assurer très concrètement que les « délinquants » ne soient plus en mesure de le faire, qu'il s'agisse des personnes condamnées mais également des délinquants « potentiels » que l'on croit pouvoir déceler. Dans un cas comme dans l'autre, le droit à la sécurité s'affirme effectivement comme un fondement de l'ordre pénal non seulement alternatif, mais encore et surtout concurrent à la Liberté.

Puisqu'il s'agit désormais moins de préserver le citoyen de l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif que de lui promettre la sécurité, l'idée de Sûreté, pour ceux qui se souviennent encore de son

981 *Infra* n°312.

982 *Supra* n°47.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

existence, perd sa raison d'être. Progressivement, se substitue à elle l'exigence d'efficacité comme nouveau paradigme de l'ordre répressif.

§ 2 : Un modèle guidé par une exigence d'efficacité répressive.

305. L'exhortation incessante à l'efficacité répressive qui imprègne les débats législatifs depuis près de quinze ans ne relève donc pas du simple effet de manche parlementaire. Il s'agit en réalité d'un véritable principe directeur de législation pénale qui, fondé sur l'affirmation du droit à la sécurité, vient remettre en cause l'ordre pénal républicain dans des proportions jamais atteintes par l'invocation du bon sens répressif.

Notre propos, essentiellement juridique, n'est pas ici de déterminer si l'évolution normative ainsi promue contribue effectivement à l'efficacité de la répression annoncée. Il importe en revanche d'analyser de quelle façon un tel leitmotiv, tel qu'il est mobilisé dans le discours normatif, vient déformer l'ordre pénal républicain. Car c'est toujours au soutien de l'évolution, non de ses conditions d'application, mais de la règle de droit en tant que telle, que l'exigence d'efficacité est brandie dans les débats parlementaires, les nouvelles dispositions étant proclamées plus efficaces avant même leur mise en application.

Dans une telle perspective, une répression efficace, c'est avant tout un pouvoir répressif « libéré » des contraintes juridiques réputées entraver son action – celles là même que l'exigence de Sûreté lui impose. Le principe d'efficacité répressive se révèle en effet le moteur d'une répression tout à la fois sans limites (A) et sans entraves (B).

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) *Le moteur d'une répression sans limites.*

Alors que le droit à la Sûreté vise expressément à poser des limites précises aux prérogatives des autorités policières et judiciaires, l'exigence d'efficacité répressive conduit tout au contraire à les repousser indéfiniment.

Puisqu'il s'agit moins de répondre au trouble à la cohésion sociale causé par l'infraction que de garantir inconditionnellement la sécurité des personnes et des biens, le droit pénal devient moins l'instrument d'une sanction de l'infraction que de la protection, par tous moyens, du citoyen (1).

Mais, parce qu'elle n'est professée qu'à l'égard des « honnêtes citoyens » une telle promesse se double, comme gage de sa crédibilité, de celle d'une punition véritable et effective des « délinquants » (2).

1°) La promesse d'une protection absolue.

306. Peut-être les promoteurs d'un tel principe n'en ont ils pas mesuré toutes les implications. Il n'en demeure pas moins qu'à partir du moment où l'on affirme améliorer l'efficacité d'un système répressif tout entier tourné vers la garantie de la sécurité des individus, on peine à voir quelles limites il est encore possible d'opposer à l'emprise du pouvoir répressif. Quand il affirme, en juillet 2002, que « *l'institution judiciaire se doit d'assurer pleinement l'état (sic.) de droit, c'est-à-dire garantir la sécurité des rapports juridiques entre les citoyens, l'effectivité des décisions rendues et protéger la société et ses membres contre le crime* »⁹⁸³, le garde des sceaux d'alors sait-il seulement à quelle promesse déraisonnable il s'engage ? Prétendre, grâce au procès pénal, mettre définitivement le citoyen à l'abri du « crime », revient ni plus, ni moins, à affirmer la possibilité d'une Société sans infractions – promesse que même les auteurs du rapport Peyrefitte n'osèrent pas faire en leur temps⁹⁸⁴.

Il peut être tentant de ne voir dans de tels engagements que l'expression d'une démagogie plus ou

983 Sénat Projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002, p 1.

984 Ils se fixent en effet pour objectif « *d'aider à réduire [dans la Société] l'emprise de la violence. La réduire ou la contrôler – car l'éliminer paraît bien hors d'atteinte de l'homme. La violence a toujours accompagné notre espèce* », *op.cit.*,p.19.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

moins poussée. Même si une telle dimension n'est certainement pas absente de la démarche du législateur, il faut être conscient que celle-ci est d'abord la conséquence mécanique de l'affirmation concomitante du droit à la sécurité du citoyen. Comment, en effet, entendre garantir cette dernière de façon véritablement efficace – c'est à dire, en parvenant effectivement au but assigné – sans promettre empêcher tout un chacun d'être, à l'avenir, victime d'une infraction ? Même si un tel engagement n'est jamais – ou presque – explicitement formulé, il se laisse aisément deviner derrière la plupart des arguments mobilisés au soutien du renforcement du pouvoir répressif et explique, en particulier, le développement endémique des mesures dites de sûreté (sic.) au cours des dernières années⁹⁸⁵. C'est en ce sens qu'il faut comprendre les propos de la garde des sceaux, quand elle affirme, en juillet 2007, pour justifier l'aggravation de sa répression, que la récidive « *doit être combattue aussi efficacement que possible* »⁹⁸⁶. C'est en ce sens également qu'il faut comprendre le sens de la nouvelle rédaction de l'article 132-24 du Code pénal, quand il enjoint au juge pénal de veiller, lors du prononcé de la peine, à la « *protection effective de la Société* »⁹⁸⁷.

307. Avant même d'en analyser le détail, on peut d'ores et déjà mesurer à quel point une telle orientation ne peut qu'entrer en contradiction violente avec les expressions les plus importantes du droit à la sûreté. Sans surprise, c'est au premier chef le principe de nécessité qui se voit remis en cause. Puisque le droit pénal est désormais réputé garantir, en tant que tel, la sécurité du citoyen, il ne peut que voir son champs s'étendre, sans autre justification, à chaque fois qu'est mis en exergue tel ou tel comportement supposé la menacer. Invariablement, c'est le souci « *d'assurer autant qu'il est nécessaire la protection de la sûreté (sic.) des personnes et des biens* »⁹⁸⁸, ou encore « *de lutter contre [des] formes de délinquance qui affectent la vie quotidienne* »⁹⁸⁹ qui se trouvent mis en avant au soutien de la création de nouvelles infractions. En d'autres termes, dès lors que le législateur privilégie la voie pénale quand il s'engage à protéger efficacement la sécurité des individus, il se trouve nécessairement conduit à pénaliser l'ensemble des actes réputés y porter atteinte. Ainsi peut se déployer aujourd'hui une dynamique de sur-pénalisation qui jamais ne questionne la nécessité, du point de vue de l'importance de l'atteinte portée à la cohésion sociale, des nouvelles incriminations

985 *Infra* n°412

986 Sénat, projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°333 de la session ordinaire 2006-2007, Paris, juin 2007, p.1.

987 Article 132-24 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005.

988 Assemblée nationale, proposition de loi n°1641 de la treizième législature, Paris, mai 2009, p.3.

989 Sénat, projet de loi pour la sécurité intérieure, n°30 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, octobre 2002, p.3.

ainsi créées⁹⁹⁰.

308. La proportionnalité de la répression se trouve tout autant menacée par sa montée en puissance de l'exigence d'efficacité répressive. A partir du moment où l'on affirme que le droit pénal a vocation à garantir la sécurité des individus, il devient particulièrement difficile d'opposer l'idée d'une pondération et d'un encadrement de l'action du pouvoir répressif quand celles-ci sont présentées comme pouvant nuire à son efficacité. Autrement dit, la notion d'efficacité répressive prise dans sa logique extrême postule une latitude totale laissée aux autorités répressives dans leur mission de constatation, de poursuite et de sanction des infractions.

La promesse de protection absolue à l'égard de la délinquance faite au citoyen a donc pour corollaire l'accroissement, potentiellement infini, de sa vulnérabilité à l'égard du pouvoir répressif. Cette contradiction ne peut rester relativement invisible dans le discours « réaliste » qu'au prix d'un travail sur les représentations qui permette de donner une force particulière à la traditionnelle figure de l'altérité délictueuse.

2°) La promesse d'une punition effective.

309. La justification d'un amoindrissement brutal et conséquent des garanties du citoyen face à l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif constitue une tâche délicate dès lors que l'on se revendique et même que l'on s'imagine par ailleurs attaché à l'Etat de droit. Cette contradiction ne peut être dépassée ou, plus précisément, occultée, qu'en redonnant un poids particulier à cette différenciation artificielle entre les personnes pénalement mises en causes et le reste de la Société qui se trouve au fondement du bon sens répressif⁹⁹¹. L'essor concomitant de la figure victimaire offre l'occasion privilégié d'un renouvellement de cette vieille dichotomie, là encore dans un contre-pied manifeste avec l'Ecole de la défense sociale nouvelle, qui s'était efforcée de la combattre. En opposant hermétiquement les victimes aux « délinquants », le législateur répressif peut, sans contradiction apparente, asseoir la garantie de la sécurité des premières sur la remise en cause du droit à la sûreté des seconds.

990 *Infra* n°325.

991 *Supra* n°60 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Particulièrement prégnant en matière de terrorisme⁹⁹², ce balancement sous-tend en réalité l'ensemble de la séquence normative contemporaine. Le 10 décembre 2002, d'une façon on ne peut plus explicite, l'auteur du projet de loi pour la sécurité intérieure affirmait ainsi, à l'occasion de sa discussion au Parlement, que « *l'objectif du Gouvernement ne [serait] atteint que quand la peur aura définitivement changé de côté, quand elle sera définitivement du côté des délinquants et non des honnêtes gens* »⁹⁹³. Lui faisant écho à sept ans d'intervalle, un député peut dès lors déplorer sans complexes, commentant le projet de loi *tendant à amoindrir le risque de récurrence criminelle* que « *les victimes ne pourront être rassurées par le dispositif [de ce projet], car il ne concerne qu'un nombre très limité de criminels* »⁹⁹⁴.

310. Au bénéfice d'une telle différenciation, quasi ontologique, entre les « délinquants » et leurs victimes, la revendication d'une répression pénale véritablement punitive trouve un retentissement considérable. La correction effective et intransigeante des seconds devient la condition sine qua non de la garantie de la sécurité des premières. Ainsi le thème de l'affliction nécessaire peut-il, dans la droite ligne des écrits des pénalistes « réalistes », se déployer à plein régime dans le discours législatif contemporain. Depuis l'affirmation du « *droit des victimes – et de la société – à obtenir le châtiment des délinquants* »⁹⁹⁵ à l'inlassable exhortation à une plus grande fermeté ou une plus grande sévérité dans la définition et l'application des sanctions pénales, il s'agit de réhabiliter l'opinion selon laquelle la répression ne peut être efficace sans l'imposition d'une certaine souffrance au condamné.

Bien sûr, cette rhétorique ne conduit pas à revendiquer le rétablissement des peines corporelles ni même, à de rares exception, celui de la peine capitale. Elle se trouve en revanche essentiellement mobilisée contre le principe d'individualisation d'une sanction pénale⁹⁹⁶. En présentant ce dernier comme l'expression d'une faveur et non du souci d'une répression adaptée, elle ne peut que révéler le souci d'éprouver la personne du condamné par une peine, par ailleurs inexorablement identifiée à l'emprisonnement, plus rigide.

311. Dans une telle perspective, les principes de nécessité et de proportionnalité de la peine se

992 V. Didier BIGO, Laurent BONELLI, Thomas DELTOMBE (dir.), *op.cit.*, p.32 à 35.

993 Assemblée nationale, rapport n°508 de la douzième législature, Paris, décembre 2002, p.13

994 Assemblée nationale, rapport n°2007 de la treizième législature, Paris, novembre 2009, p.52.

995 *Ibid.*, p.14.

996 *Infra* n°388.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

trouvent directement en ligne de mire. Quand une ferme et rude punition du « délinquant » est présentée comme l'instrument incontournable de la garantie de la sécurité de « l'honnête citoyen », comment lui opposer le souci d'une modération de la répression sans être immédiatement accusé de désarmer face au danger ? Dans une formule qui se passe de commentaires, le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi et d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure affirmait dès juillet 2002, pour mieux disqualifier une telle démarche, que « *la politesse [avait] remplacé l'action* »⁹⁹⁷. Cette alternative simpliste autant que radicale imprègne l'ensemble du discours normatif contemporain, conduisant à dénoncer ceux qui émettent quelques doutes à l'égard des vertus d'une répression démesurée comme prenant le parti des « délinquants » contre celui des victimes.

La consécration du droit à la sécurité de l'individu comme nouvelle finalité du procès pénal aboutit donc mécaniquement à remettre en cause les fondements les plus importants de l'ordre pénal républicain. De la même façon qu'elle pousse à une pénalisation sans limites, elle autorise la revendication d'une répression « libérée » des entraves que sont supposées constituer les différentes formes d'encadrement du pouvoir répressif.

B) Le moteur d'une répression sans « entraves ».

Tout comme elle permet la réhabilitation du thème de l'affliction nécessaire, la mise en avant de la sécurité de l'individu comme objectif premier du procès pénal offre l'occasion d'un retour en force de celui de l'arbitraire nécessaire.

Puisqu'il s'agit désormais, au moins implicitement, de prémunir le citoyen de tout risque d'infraction, l'extension indéfinie des prérogatives des autorités répressives pour mener à bien leur mission de « lutte contre la délinquance » s'impose pour ainsi dire d'elle même. Réciproquement, le souci d'un encadrement procédural et juridique rigoureux du pouvoir répressif tend, en son principe sinon en sa mise en œuvre, à être remis en cause.

Ainsi assistons nous aujourd'hui, au nom de la sécurité du citoyen, à la dénonciation croissante des entraves qui mineraient tout à la fois l'efficacité de l'enquête (1) et de la poursuite (2).

⁹⁹⁷ Assemblée nationale, rapport n°53 de la douzième législature, Paris, juillet 2002, p.8.

1°) Une enquête sans entraves.

312. Dès lors que la répression est présentée comme l'outil privilégié si ce n'est unique de la garantie de la sécurité du citoyen, il devient particulièrement difficile de justifier l'existence de limites trop précises ou étendues à l'action de ses agents. Dans une telle perspective, toute restriction portée aux attributions des services de police, quel que soit son motif, ne peut être perçue que comme un frein potentiel à l'efficacité de la répression. Conjugée à la dichotomie déjà évoquée entre les « honnêtes gens » et les « délinquants », cette grille de lecture contribue à rendre particulièrement fragile le discours en faveur des garanties du justiciable pénalement mis en cause. Comment en effet revendiquer la préservation effective des droits de la défense quand ceux-ci apparaissent comme autant d'obstacles à la garantie de la sécurité des victimes ?

C'est ainsi que s'observe aujourd'hui dans les débats législatifs une recrudescence de la vieille rhétorique, chère aux tenants du bon sens répressif, du risque de « paralysie » qui affecterait les services de police⁹⁹⁸. En juillet 2002, le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure s'estime ainsi autorisé à dénoncer la « naïveté » de la précédente majorité, laquelle avait selon lui, en ne prenant pas de mesures suffisamment énergique contre la délinquance, « entravé l'action des forces de police et de gendarmerie »⁹⁹⁹. L'année suivante, le rapporteur du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité indiquait que l'« encadrement juridique rigoureux de la perquisition [...] ne doit pas entraver pour autant les investigations des services de police judiciaire dont les exigences sont d'ailleurs variables selon la nature et la complexité des infractions »¹⁰⁰⁰. De façon plus explicite encore, l'auteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure indique, en mai 2009, que « la stricte délimitation territoriale des compétences de maintien de l'ordre n'apparaît pas toujours la mieux adaptée et elle peut, dans certains cas, nuire à l'efficacité d'opérations de maintien de l'ordre »¹⁰⁰¹.

313. Ce qu'il importe de relever, dans cette remise au goût du jour du thème de la paralysie

998 Supra n°73.

999 Assemblée nationale, rapport n°53 de la douzième législature, Paris, juillet 2002, p.5.

1000 Assemblée nationale, Rapport n°856 de la douzième législature, Paris, mai 2003, p.75.

1001 Assemblée nationale, Projet n°1697, treizième législature, p.19.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

répressive, c'est l'inversion du mouvement de balancier entre les « nécessités de la répression » et les exigences de la Sûreté qu'elle induit. Alors que le bon sens répressif, en ne remettant pas explicitement en cause l'ordre pénal républicain en ses fondements, exerçait sur les garanties du justiciable une dynamique d'érosion déclinante, le réalisme répressif, mot d'ordre d'un système normatif concurrent, est à l'origine d'un mouvement de déconstruction croissant. Les droits de la défense étant, un par un, sommés de justifier de leur légitimité face à l'exigence pressante d'une satisfaction du droit à la sécurité des victimes, leur niveau de protection connaît un amoindrissement tout aussi rapide que poussé.

En outre, tout se passe comme si l'abaissement de telle ou telle garantie fixait, dans le même temps, son degré maximal de protection à l'avenir. Chacune des réformes mises en place pour garantir la sécurité du citoyen ne pouvant, par hypothèse, qu'échouer relativement au regard de cet objectif, la pression exercée sur les droits du justiciable mise en cause ne peut que redoubler à chaque fait divers. Ainsi peut s'enclencher une dynamique de déconstruction exponentielle qui voit les lois révisant à la baisse le niveau des garanties de la personne pénalement mise en cause se succéder dans des délais de plus en plus brefs¹⁰⁰².

314. Deux déclinaisons essentielles du droit à la sûreté apparaissent, au stade de l'enquête pénale, particulièrement remises en cause. Bien évidemment, c'est le principe de proportionnalité qui se trouve en premier ligne. L'étude des débats parlementaires contemporains nous montre à quel point le souci d'une stricte pondération de l'intervention des autorités répressives apparaît aujourd'hui éloigné des préoccupations du législateur pénal. Bien au contraire, la promesse de sécurité associée à l'exercice de la répression pénale tend à inverser le raisonnement en posant le principe de la plus large latitude laissée aux services de police dans l'exercice de leurs prérogatives avant, dans un second temps, de voir quelles limitations peuvent être concédées pour la sauvegarde des droits de la défense¹⁰⁰³.

Plus insidieusement, c'est le principe de la présomption d'innocence qui se trouve parallèlement remis en question. Dès lors que les différentes garanties du justiciable pénalement mis en cause sont présentées comme des prérogatives concédées au « délinquant », leur finalité de préservation du

1002 *Infra* n°419.

1003 *Infra* n°369.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

citoyen contre l'arbitraire du pouvoir répressif apparaît, sinon ignorée, du moins secondaire. Dans une telle perspective, le maintien des droits de la défense apparaît, au mieux, comme l'expression d'une mansuétude appelée à céder devant les exigences du réalisme répressif. Leur amoindrissement s'avère alors d'autant plus aisé, au stade de l'enquête comme à celui de la poursuite.

2°) Une poursuite sans entraves.

315. De la même façon que le principe d'efficacité répressive commande de donner la marge de manœuvre la plus large aux services de police dans leur mission de constatation des infractions pénales et d'appréhension de leurs auteurs potentiels, il exige que la voie des poursuites pénales devienne la plus « fluide » possible. Là encore, un tel mot d'ordre favorise une grille de lecture dans laquelle les différentes formes d'encadrement de l'autorité de poursuite sont perçues comme autant d'obstacles contrariant ou retardant l'exercice de l'action publique à l'encontre des personnes mises en cause au stade de l'enquête. La garantie de sécurité promise au citoyen conduit le législateur pénal à promouvoir une poursuite pénale s'émancipant de tout dispositif procédural susceptible, quelles qu'en soient les raisons, d'en ralentir le cours ou d'en amoindrir la sévérité.

Ainsi peut se développer, dans le cadre plus général de l'essor d'un véritable productivisme judiciaire¹⁰⁰⁴, un mouvement normatif tendant à édulcorer le cadre procédural de l'exercice des poursuites pénales et à en accélérer la conduite. Généralement associée à la revendication d'une automatisation de la réponse pénale, l'accélération de l'action publique par la seule simplification procédurale comme gage d'une meilleure efficacité de la répression constitue le fil rouge de l'ensemble du mouvement normatif contemporain. Il est à relever qu'aucune autre voie que l'affaiblissement de l'encadrement juridique de l'exercice des poursuites – voie alternative que pourrait constituer, par exemple, l'augmentation des moyens alloués – n'est envisagée pour parvenir à ce résultat.

Une telle opinion est particulièrement prégnante en ce qui concerne la justice pénale des mineurs, traversant l'ensemble des travaux législatifs menés au soutien de la remise en cause croissante du principe de l'instruction obligatoire par les lois des 9 septembre 2002, 5 mars 2007 et 14 mars

1004 *Supra* n°255.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2011¹⁰⁰⁵. En juillet 2002, l'auteur du projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice réserve encore la nécessité d'apporter « *une réponse plus rapide* » aux seuls « *actes commis par les mineurs multirécidivistes* »¹⁰⁰⁶. Donnant à cette orientation une portée plus large, le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi de prévention de la délinquance affirme, en novembre 2006, que « *pour être efficace, la réponse pénale aux actes des mineurs [...] doit aussi être aussi (sic.) rapide, car dans certains cas, l'instruction n'est pas indispensable* »¹⁰⁰⁷. Concluant (très provisoirement) ce cycle, le rapporteur au Sénat du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure peut affirmer comme une évidence que « *face à l'évolution de la délinquance des mineurs et l'exigence de sanctionner rapidement les infractions commises par ces derniers, des procédures ont été créées afin d'accélérer les délais de jugement* »¹⁰⁰⁸.

316. Une telle dynamique conduit très logiquement à remettre en cause les expressions les plus élémentaires du droit à la sûreté, aux premiers rang desquelles les principes de nécessité et de proportionnalité de la poursuite. Là encore, tout se passe comme si le législateur se soucie d'abord de faciliter au maximum une action publique rapide et « simplifiée » avant d'envisager quelles garanties peuvent être concédées à la personne poursuivie. Dans ce vaste mouvement d'accélération du procès pénal, les principes du contradictoire et du contrôle juridictionnel, qui ne sont appréhendés que comme facteurs de ralentissement ou d'atténuation de la répression, se trouvent tout autant malmenés¹⁰⁰⁹. Relevons, enfin, que l'idée de présomption d'innocence n'est pas davantage épargnée par cette quête de célérité simplificatrice. Dès lors que l'on promet de garantir de sécurité des individus en généralisant le recours aux procédures pénales rapides, on exclut, au moins implicitement, que ces procédures puissent aboutir à autre chose qu'une déclaration de culpabilité des personnes poursuivies. En d'autres termes, il s'agit moins d'obtenir des décisions de justice que des condamnations rapides et, si possible, sévères.

Le réalisme répressif, en fondant le droit pénal sur un introuvable droit à la sécurité et en initiant, à

1005 *Infra* n°334.

1006 Sénat Projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002, p 9.

1007 Assemblée nationale, rapport n°3436 de la douzième législature, p.28

1008 Sénat, rapport n°214 de la session ordinaire 2010-2011, Paris, janvier 2011, p.48.

1009 *Infra* n°375.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

partir un principe d'efficacité répressive, une dynamique normative globale, dessine les contours d'un système répressif affirmant un antagonisme de plus en plus évident avec le système républicain. Que ce dernier n'ait pas encore été supplanté ne tient en définitive qu'au fait que la philosophie répressive humaniste demeure, aujourd'hui comme en 1810, le fondement officiel de notre ordre pénal.

Pour autant, la violence de la charge menée au nom du réalisme répressif tend à élever le conflit normatif qui structure l'évolution du droit pénal moderne à un seuil critique. Symptômes d'une profonde crise de système, les circonvolutions brutales de la séquence normative contemporaine ne sont que les manifestations d'une véritable implosion de notre ordre pénal.

**TITRE 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, INSTRUMENT DE L'IMPLOSION
DE L'ORDRE PÉNAL RÉPUBLICAIN**

317. Devant nous se dessine jour après jour « *le rêve d'un monde parfait [...] où, bien sûr, nul n'aurait plus à subir la grossièreté de son voisin, ni à redouter une atteinte à ses biens ou à sa personne, même de la part des tueurs en série, des prédateurs sexuels, des malades mentaux, des terroristes, car le système saurait les détecter préventivement et si, par malheur, l'anticipation échouait, les neutraliser définitivement. Utopie, plutôt ? Peut être. Mais ce rêve éveillé, certains l'ont si bien fait que le cauchemar n'est pas loin de prendre forme* »¹⁰¹⁰.

Mais la perspective de l'avènement imminent de cette utopie cauchemardesque est-elle bien assumée par ses propres artisans ? En novembre 2007, défendant, avec la rétention dite de sûreté (sic.), un dispositif juridique qui en constitue l'exacte négation¹⁰¹¹, le garde des sceaux indiquait vouloir malgré tout le faire adopter dans « *le respect des exigences constitutionnelles de nécessité, de proportionnalité et de garantie judiciaire des libertés individuelles* »¹⁰¹².

Sans doute faut-il relever, dans l'insistance de certains des artisans les plus zélés du réalisme répressif à professer leur attachement aux libertés publiques – sans jamais d'ailleurs se risquer à les définir – la marque d'une certaine conscience de l'entreprise de démolition juridique à laquelle ils se livrent assidûment. Plus que tout autre chose, cet empressement à affirmer qu'une évolution législative en cours augmentant de façon continue et exponentielle l'emprise du pouvoir répressif sur la Société, respecte malgré tout les exigences de l'Etat de droit, montre à quel point elle prend au contraire un chemin radicalement opposé.

Cependant, à la différence des séquences normatives précédentes, une telle contradiction n'est aujourd'hui plus guère tenable. Modérée et implicite, l'opposition à la complète mise en application des exigences du droit à la Sûreté menée au nom du bon sens répressif autorisait la coexistence de

1010 Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Un monde (simplement) habitable », in Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p.281.

1011 *Infra* n°415.

1012 Assemblée nationale, projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, n°442 de la treizième législature, Paris, novembre 2007, p.5.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

deux logiques répressives qui, tout en demeurant conflictuelle, pouvait se laisser dissimuler derrière le mythe de l'équilibre répressif¹⁰¹³. Globale et intransigeante, la charge menée au nom du réalisme répressif fait voler en éclat cette vieille représentation. Sous la violence du choc normatif, le traditionnelle figure du balancier observe un mouvement de plus en plus rapide et de plus en plus...déséquilibré. Loin de donner à l'oscillation législative l'une de ses orientations, les différentes expressions du droit à la sûreté ne sont plus guère que des barrières, de moins en moins assurées, sur lesquelles viennent se heurter les exigences nouvelles de l'efficacité répressive.

318. Aussi n'est-il pas exagéré de voir dans les soubresauts qui agitent aujourd'hui notre système répressif l'expression d'une véritable implosion de l'ordre pénal républicain. Attaqués sans relâche en leurs fondements mêmes, ses principaux piliers menacent de vaciller, entraînant dans leur chute l'architecture mise sur pied à la Révolution. Que cette dernière ne soit pas encore tombée, cela tient moins à l'absence de remise en cause explicite par ses contempteurs qu'à l'effet des mécanismes de sauvegarde des libertés publiques internes et, plus encore, internationaux, sur la préservation d'un minimum de garanties pour le justiciable. Si le rôle joué par les juridictions judiciaires et, plus encore, par le Conseil constitutionnel demeure ambigu¹⁰¹⁴, la Cour européenne des droits de l'homme s'impose définitivement comme le principal gardien de l'idée de Sûreté dans notre ordre juridique.

La dimension aujourd'hui paroxystique du conflit normatif systémique qui structure l'évolution de notre droit pénal s'illustre de deux façons principales. Alors que l'idéal de Liberté qui fondait le projet pénal républicain avait pour prolongement l'exigence d'une justice répressive strictement limitée à la sanction des atteintes les plus graves à la cohésion sociale, le leitmotiv de l'efficacité répressive est d'abord à l'origine d'une extension infinie du champs pénal. Au principe de nécessité des délits et des peines se substitue progressivement une singulière nécessité de punir, qui modifie en profondeur l'économie même de notre ordre répressif, jusqu'à lui ôter sa raison d'être originelle. C'est à cette paradoxale hypertrophie du droit pénal que nous nous attacherons dans un premier temps (Chapitre 1).

La volonté d'édifier le droit pénal nouveau sur la garantie de la liberté de l'homme en Société avait

1013 *Supra* n°81.

1014 *Supra* n°119.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

corrélativement conduit les Constituants à affirmer le principe de légalité des délits et des peines et ses corollaires immédiats que sont les principes de proportionnalité et de juridictionnalité. Comme en miroir, le paradigme de l'efficacité répressive vient opposer à ces déclinaisons essentielles de l'idée de Sûreté un redoutable principe de précaution pénale, ferment de la toute puissance potentielle du pouvoir répressif (Chapitre 2).

**CHAPITRE 1 : LA NÉCESSITÉ DE PUNIR, L'HYPERTROPHIE PARADOXALE
DU DROIT PÉNAL CONTEMPORAIN.**

319. Commentant la décision n°2010-604 DC du Conseil constitutionnel du 25 février 2010, validant sans réserve aucune les dispositions de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, Mme Valérie MALABAT se demande, quelque peu sceptique, si « *la nécessité d'une incrimination découle suffisamment du fait qu'elle vise des faits qui n'étaient jusqu'alors pas sanctionnés pénalement* »¹⁰¹⁵.

A sa suite, nous ne pouvons que constater que le principe de nécessité des délits et des peines, dont la vigueur n'a certes jamais brillé depuis sa proclamation, a aujourd'hui purement et simplement disparu de notre ordre juridique. Bien au contraire, tout se passe comme si le fait qu'un comportement, ponctuellement perçu comme socialement indésirable, ne puisse faire l'objet d'aucune qualification pénale, constituait en soi une lacune de notre ordre juridique.

Alors que le bon sens répressif a initialement été opposé à un mouvement historique de dépenalisation et plus encore de dé-judiciarisation¹⁰¹⁶, l'affirmation du leitmotiv de l'efficacité répressive comme principe directeur de législation pénale a pour conséquence d'ôter toutes limites à la progression non seulement du champ pénal, mais encore du domaine d'intervention du pouvoir répressif (Section 1).

Pour relativement anodine qu'elle apparaisse au pénaliste contemporain, cette disparition du principe de nécessité n'est pas sans affecter l'identité même du droit pénal. Réduit au statut d'un outil, fut-il privilégié, au service d'une politique globale de gestion coercitive de la déviance¹⁰¹⁷, il perd progressivement sa raison d'être juridique, celle d'un droit ayant vocation à sanctionner les atteintes les plus graves à la cohésion sociale et présentant, de ce fait, un caractère proprement exceptionnel (Section 2).

1015 RPDP 2010 n°4, p.896.

1016 *Supra* n°130.

1017 *Supra* n°227 et suivants.

SECTION 1 : UNE PÉNALISATION SANS BORNES.

Dès 1982, anticipant de plus de quinze ans la posture du législateur répressif contemporain, Jean-Claude Soyer affirmait « *il faut oser punir. Ce n'est pas seulement le droit d'une société, c'est son devoir envers les citoyens* »¹⁰¹⁸.

Au bénéfice d'une telle inversion de la logique répressive républicaine, qui engage au contraire les pouvoirs publics à ne recourir à la régulation pénale qu'en dernier ressort, la pénalisation endémique contemporaine trouve une explication particulièrement éclairante. Erigée en devoir d'autant plus impérieux qu'il met en jeu la sécurité du citoyen, l'extension du champs pénal peut être indéfiniment poursuivie. Il s'agit alors non seulement de se doter des moyens juridiques d'une répression expansive, mais encore de faire en sorte qu'ils soient effectivement et prioritairement déployés.

Très rarement questionnée, cette systématisation pénale tourne rapidement à l'automatisme. Ainsi s'observe un véritable réflexe normatif (1), se prolongeant d'un non moins rigide réflexe répressif (2).

§ 1 : Le réflexe normatif.

Nous ne pouvons comprendre la hausse sensible depuis plus de dix ans – en dehors de toute prise en compte de l'évolution culturelle ou technologique de la Société – du nombre des infractions pénales, sans questionner le rapport tout particulier qu'entretient aujourd'hui le législateur pénal avec la pénalisation et ses vertus supposées.

Loin d'engager un débat sur les valeurs sociales protégées, sur la délimitation des conditions *sine qua non* de la cohésion sociale, la création d'un nouveau délit ou l'enrichissement d'un délit existant constituant, avant tout, un outil de lutte contre la délinquance et de garantie de la sécurité du citoyen. Dans un contexte plus général où le droit pénal est avant tout conçu comme un outil de gestion coercitive de la déviance, c'est avant tout aux fins d'éradication du comportement incriminé que le législateur pénal entend aujourd'hui augmenter l'arsenal infractionnel (A). Ainsi peut se

¹⁰¹⁸ Jean-Claude SOYER, *Justice en perdition*, Paris, Plon, 1982, p.210.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

développer une production normative répressive en dehors de toute considération de nécessité (B).

A) Pénaliser pour éradiquer.

Faut-il le rappeler, l'incrimination d'un comportement n'a jamais eu pour fonction, dans la philosophie pénale humaniste, d'en prévenir à jamais la survenance. Si la finalité pédagogique de la législation pénale n'est pas absente des préoccupations des Constituants, il s'agit avant tout d'un long travail d'éducation civique sans aucun effet direct sur le comportement répréhensible¹⁰¹⁹. Incriminer un acte c'est avertir le citoyen que s'il le commet, il s'expose, en conscience, aux sanctions prévues par la loi.

Tout autre est la vocation que le législateur contemporain tend à conférer aux nouvelles infractions qu'il ne cesse d'inventer. Ce n'est que de façon tout à fait incidente que les nouveaux textes répressifs viennent accompagner les évolutions de la Société. Bien au contraire, il s'agit, avec le développement d'une législation de circonstances (1), de prétendre remédier à un comportement indésirable par sa seule pénalisation (2).

1°) Une législation de circonstances.

320. Sans doute les travaux législatifs contemporains ne conduisent pas leurs acteurs à méditer chaque jour la bonne vieille maxime universitaire aux termes de laquelle la règle de droit se définit, notamment, par son caractère général et abstrait¹⁰²⁰. On ne peut toutefois qu'être surpris par la propension croissante du législateur contemporain à induire d'un fait isolé, fut-il particulièrement répréhensible, la nécessité d'une évolution immédiate de la règle de droit. Tout se passe comme si la seule émotion suscitée par la commission d'une infraction ou même seulement d'un acte perçu comme socialement indésirable suffisait à justifier la création ou l'aggravation d'une infraction ou l'adoption de nouvelles sanctions, nécessairement plus coercitives. Jamais n'est posée la question de la représentativité de l'acte en question, encore moins celle de la légitimité du droit pénal à y répondre, cet acte présentât-il un caractère générique.

1019 *Supra* n°19.

1020 *V.* Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p.455.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Nulle étude, nulle statistique à l'appui du projet de loi de prévention de la délinquance porté par le ministre de l'intérieur de l'époque en mai 2006. S'il faut faire évoluer la législation, c'est parce que « *la semaine passée encore, des bagarres violentes ont opposé des bandes de jeunes rivales à Evry, et un jeune de seize ans a été poignardé à mort* », que « *Jonathan se fait tabasser, parce qu'il est juif* », ou encore que « *le meurtrier de Sohane, brûlée vive il y a quatre ans à Vitry-sur-Seine* », ne semble pas regretter son geste¹⁰²¹. En d'autres termes, la seule mise en exergue particulièrement appuyée voire emphatique de faits isolés, semble pouvoir justifier l'adoption d'une singulière prévention répressive de la délinquance¹⁰²².

En décembre 2007, c'est avec un raisonnement identique que la garde des sceaux entend justifier l'adoption de la nouvelle mesure coercitive préventive postsentencielle que constitue la rétention dite « de sûreté » (sic.), en affirmant, sans autre forme de démonstration, que « *le drame du petit Enis, survenu cet été, montre qu'il est temps d'agir* »¹⁰²³. Et, pour justifier l'introduction dans notre droit pénal d'un délit de participation à un groupement violent en dehors de tout acte de violence avéré, le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale introduit son propos en rappelant que « *le 10 mars dernier, une vingtaine d'individus encagoulés, porteurs de bâtons et de barres de fer, faisaient intrusion dans le lycée professionnel Jean-Baptiste Clément de Gagny en Seine-Saint-Denis, saccageaient les lieux et blessaient trois lycéens et une assistante d'éducation* »¹⁰²⁴.

321. Cette obsession légiférante n'est pas que la marque d'une posture politique nourrie d'effets d'annonce hautement médiatisés. Cet empressement à étendre, à chaque nouveau fait divers, le champ du pénalement répréhensible, constitue avant tout la conséquence mécanique de l'adoption de l'exigence de l'efficacité répressive comme principe directeur de la législation pénale. A partir du moment où l'on affirme que la justice répressive a vocation à garantir la sécurité des individus, toute atteinte avérée à ce « droit fondamental » qui semble ne pas pouvoir, au moins partiellement, faire l'objet d'une sanction pénale, appelle inexorablement la création d'une nouvelle infraction ou d'un nouveau dispositif répressif. Aussi, aucun des textes de la présente séquence législative ne

1021 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi de prévention de la délinquance, n°3436 de la douzième législature, Paris, novembre 2006, p.44 et 45.

1022 *Infra* n°405.

1023 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°497 de la treizième législature, Paris, décembre 2007, p.47.

1024 Assemblée nationale, Rapport sur la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n° 1734 de la treizième législature, Paris, juin 2009, p.7.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

s'accompagne d'une ébauche d'analyse visant à démontrer en quoi les quelques faits isolés brandis à l'appui de la nouvelle loi présentent une représentativité suffisante pour justifier l'adoption d'une nouvelle règle ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des infractions commises à l'avenir.

Mais il ne saurait bien évidemment être question, dans une telle dynamique normative où l'on raisonne du particulier au général, d'un quelconque principe de nécessité des délits et des peines. La promesse sans cesse renouvelée d'une garantie sans faille de la sécurité du citoyen engendre tout au contraire une véritable urgence à punir, comme un rituel propitiatoire pour conjurer la délinquance

2°) Une législation conjuratoire.

322. Pour mettre en évidence à quel point la production normative pénale contemporaine se développe sans lien avec les mutations culturelles ou techniques de notre Société, il suffit de considérer les actes et comportements récemment incriminés dans notre Code pénal¹⁰²⁵. A l'exception notable de loi n°2004 du 6 août 2004 qui tend à incriminer les atteintes au genre humain liées au développement du génie génétique¹⁰²⁶, la quasi totalité des nouveaux crimes ou délits introduits par les dernières réformes visent en effet des agissements qui ne se distinguent guère par leur modernité.

Depuis la création du délit de sévices envers les animaux par la loi n°99-5 du 6 janvier 1999¹⁰²⁷ jusqu'à celui de vente à la sauvette par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011¹⁰²⁸, les comportements nouvellement saisis par la loi pénale ne peuvent en aucune manière être rattachés à l'évolution culturelle, technologique ou économique de notre Société. Comme en d'autres domaines, la loi n° 2003-du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure apparaît à cet égard emblématique. Qu'il s'agisse du racolage, de la mendicité – fut-elle agressive – ou de l'occupation illicite de terrains par des gens du voyage, les situations qu'elle incrimine n'ont d'inédites que la propension du législateur

1025 Le développement d'incriminations dans des textes isolés ou dans d'autres Codes tels le Code de commerce ou le Code de la consommation, s'agissant d'un phénomène plus ancien qui, s'il connaît des interactions avec la progression du champ pénal consécutive à l'essor du réalisme répressif, n'en demeure pas moins distinct ; infra n°

1026 Articles 214-1 et suivants du Code pénal.

1027 Article 521-1 du Code pénal.

1028 Article 446-1 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

contemporain à les ériger en phénomène délictueux de première importance¹⁰²⁹.

323. Certes, cette inflation du champs incriminatoire résulte pour partie de la volonté des pouvoirs publics d'apporter une réponse essentiellement coercitive aux formes de déviance contemporaines¹⁰³⁰. Mais elle doit, plus fondamentalement, être rapportée à la proclamation du droit à la sécurité comme nouveau fondement de l'ordre répressif. Face à une atteinte visible portée à ce droit, pénaliser, c'est d'abord ré-affirmer la promesse de sa garantie imminente et absolue, et ce indépendamment de la mise en application effective du texte. En d'autres termes, « *la fonction magique de la loi pénale dispense de mener des politiques publiques plus ambitieuses* »¹⁰³¹. Il y a, au cœur la dynamique normative actuelle, une croyance en l'effet performatif de la loi pénale d'une vigueur rarement atteinte.

C'est ainsi que la rapporteuse à l'Assemblée nationale de la proposition de loi *visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes* considère « *qu'il convient d'identifier l'inceste en tant que tel dans le code pénal, pour une meilleure appréhension de l'inceste et pour rendre plus efficace la lutte contre lui* »¹⁰³². Dans le même ordre d'idées, le rapporteur de la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public affirme que ce texte a, en lui même, pour fonction « *de démanteler les bandes pour prévenir les violences qu'elles pourraient commettre* »¹⁰³³. Relevons enfin l'intitulé particulièrement éloquent de la proposition de loi – aujourd'hui en sommeil – du 9 novembre 2005, qui se présente tout simplement comme un texte « *anti-émeute* »¹⁰³⁴.

324. La croyance en l'effet performatif de la loi pénale apparaît de façon plus manifeste encore dans la multiplication remarquable du nombre de circonstances aggravantes de certains délits. Ainsi, pour s'en tenir aux seules infractions, particulièrement emblématiques à cet égard, de violences

1029 *Supra* n°233.

1030 *Supra* n°227.

1031 Jean DANET, *op.cit.*, p.50.

1032 Assemblée nationale, Rapport n°1601 de la treizième législature, Paris, avril 2009, p.10 ; dans sa décision n° 2011-222 QPC du 17 février 2012, le Conseil constitutionnel est venu depuis censurer l'article 227-27-2 du Code pénal qui tentait de définir l'infraction « *incestueuse* ».

1033 Assemblée nationale, Rapport sur la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n° 1734 de la treizième législature, Paris, juin 2009, p.7.

1034 Assemblée nationale, proposition n°2260 de la douzième législature.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

volontaires et d'agression sexuelle, leur nombre a purement et simplement doublé depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1er mars 1994, passant respectivement de dix à vingt circonstances aggravantes applicables pour le premier¹⁰³⁵ et de six à douze pour le second¹⁰³⁶. Tout se passe comme s'il n'était aucune modalité particulière de la commission d'une infraction qui, dès lors qu'elle se trouve montée en épingle médiatique, ne devait être pénalement prise en compte pour aggraver la répression. Au gré des faits divers, la localisation des faits dans un moyen de transport collectif, dans établissement scolaire ou même à ses abords immédiats, leur commission sous l'emprise de stupéfiants, en état d'ivresse, en se dissimulant le visage ou encore à raison d'une relation conjugale passée ou du refus de contracter mariage ont ainsi été successivement incriminés de façon spécifique¹⁰³⁷.

Là encore, il n'existe nulle trace, dans les travaux législatifs analysés, d'études démontrant en quoi chacune de ces circonstances présente, associée à l'infraction de référence, une occurrence telle qu'elle justifie une incrimination idoine. La seule invocation, sans autre forme de démonstration, de leur « particulière gravité » y suffit. Aussi pouvons nous parler à leur propos d'une pénalisation essentiellement conjuratoire, qui tend à assimiler la disqualification symbolique du comportement incriminé à sa réduction effective. Il ne s'agit pas seulement de la traditionnelle croyance dans la vertu dissuasive de l'incrimination – même si cette dernière se trouve très régulièrement brandie au soutien de tel ou tel projet de loi. Le mouvement normatif pénal se développe autour d'une représentation du processus répressif dans laquelle la pénalisation d'un comportement est réputée, en soi, sinon le supprimer, du moins l'infléchir. Construire une politique pénale promettant de garantir la sécurité de l'individu nécessite ainsi au préalable que l'ensemble des actes supposés y porter atteinte intègrent le champs pénal, dût-il y perdre toute consistance.

1035 Articles 222-12 et 222-14 du Code pénal.

1036 Article 222-24 du Code pénal.

1037 Circonstances aggravantes du délit de violences volontaires et, pour certaines d'entre elles, du crime de viol respectivement introduites par les lois n°2003-239 du 18 mars 2003, 2007-297 du 5 mars 2007, 2010-201 du 2 mars 2010, 2006-399 du 4 avril 2006 et 2010-769 du 9 juillet 2010.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) Pénaliser sans nécessité.

325. En mai 2009, pour justifier son introduction dans le Code pénal, les promoteurs du délit de participation à une bande violente soutiennent que « *cette incrimination répond au principe de nécessité en comblant une lacune de notre système répressif résultant de la définition du délit d'association de malfaiteurs* »¹⁰³⁸.

Sauf à ce que les auteurs de ce texte ne confondent avec le principe de légalité, une telle affirmation signe officiellement la disparition du principe de nécessité des délits et des peines ou, plus précisément, sa subversion complète. A l'exigence de stricte subsidiarité de la loi pénale posée par les Constituants dès 1789, le législateur contemporain voudrait substituer, sous une appellation identique, celle diamétralement opposée de son extension perpétuelle.

Sous la pression de cette nouvelle exigence, nous voyons se développer une législation dans laquelle l'obsession de combler le vide répressif (1) aboutit à un empilement des dispositions pénales d'une ampleur et d'une complexité rarement atteintes (2).

1°) Une pénalisation de comblement.

326. Première expression de la consécration par le législateur contemporain d'une singulière nécessité de punir, la course effrénée à la résorption des lacunes répressives supposées affecter notre ordre pénal ne peut être comprise sans analyser précisément la notion de vide répressif. Celle-ci doit en effet bien être distinguée de celle de vide juridique. Cette dernière renvoie à la situation du praticien qui, appelé à se prononcer sur l'application d'un texte de loi à une situation concrète qu'elle a vocation à régir, constate qu'elle ne peut cependant le faire, ou ne le peut qu'imparfaitement. En d'autres termes, il n'existe une carence juridique que dans la mesure où la règle de droit en cause ne peut, en raison d'une rédaction malhabile ou incomplète, s'appliquer à un litige qu'elle devrait pourtant régir compte-tenu de son objet ou de sa finalité.

En matière pénale, l'idée de vide juridique connaît une acuité particulière dans la mesure où le principe d'interprétation stricte de la loi pénale interdit, en principe, à la Cour de cassation de

¹⁰³⁸ Assemblée nationale, proposition de loi n°1641 de la treizième législature, p.4.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

compenser elle même les lacunes du texte répressif comme elle peut le faire, dans une certaine mesure, en matière civile¹⁰³⁹. Ainsi pouvons considérer que l'introduction, par la loi n°87-522 du 10 juillet 1987, d'une disposition relative au vol d'énergie, répond à l'existence d'un véritable vide juridique, s'agissant d'une situation de soustraction frauduleuse entrant parfaitement dans les prévisions de l'incrimination de vol mais où la nature de la chose dérobée prêtait à discussion¹⁰⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, les différentes réformes ayant réglementé de façon spécifique la saisie de certains objets comme les données informatiques¹⁰⁴¹ ou les animaux vivants¹⁰⁴² sont venus combler une véritable lacune de la loi pénale quand aux modalités de mise sous main de justice de ces biens particuliers. Dans un cas comme dans l'autre, la démarche consiste moins à étendre le champs pénal qu'à en préciser les contours.

327. Toute différente est la posture qui conduit à considérer que toute nouvelle incrimination ou toute nouvelle sanction répond à l'existence d'un « vide répressif » au seul motif qu'elle n'existait pas jusqu'à présent. L'inflation remarquable du nombre d'infractions à l'époque contemporaine ne s'explique nullement par le souci d'apporter à la loi pénale toute la précision qui requiert le principe de légalité mais bien par celui d'étendre son champs d'application à tous les comportements réputés menacer la sécurité du citoyen, jusque dans leurs expressions les plus contingentes. Pénaliser en fonction des circonstances ou pour faire œuvre conjuratoire, conduit à voir dans l'impossibilité d'apporter une réponse pénale ou un certain type de réponse pénale à un comportement singulier, une justification suffisante à la création d'une nouvelle norme répressive.

Ainsi peut se développer une dynamique normative de comblement qui, au delà de la gravité proclamée de l'acte en cause, ne tient compte ni de la réalité de l'atteinte portée à la cohésion sociale, ni de la pertinence d'une régulation pénale par rapport aux autres types de régulation, juridiques ou non. Une dynamique normative qui ne se soucie pas forcément non plus de l'existence éventuelle d'un autre texte répressif permettant déjà de le poursuivre. Il suffit qu'une caractéristique propre aux faits qui fondent la nouvelle loi ne soit pas, en tant que telle, appréhendée par le droit pénal, pour justifier son évolution. Véritable tonneau des danaïdes, le vide répressif semble ainsi ne

1039 Article 111-4 du Code pénal.

1040 Reconnue une première fois par la Cour de cassation en 1912 (Crim., 3 août 1912, S.1913 I, 377), la notion de vol d'énergie demeure toutefois l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles jusqu'à la création d'une incrimination idoine aujourd'hui reprise à l'article 311-2 du Code pénal.

1041 Article 43 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 modifiant l'article 97 du Code de procédure pénale.

1042 Loi n°99-5 du 6 janvier 1999 créant l'article 99-1 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

jamais pouvoir être comblé, étant appelé à se creuser un peu plus à premier fait divers dont les circonstances particulières n'auront pas encore été prises en compte par la loi pénale. Dans l'étrange empilement répressif qui en résulte, le principe de nécessité tel qu'il fut conçu dans le projet pénal républicain apparaît comme un lointain souvenir...

2°) Une pénalisation d'empilement.

328. Caractéristique de l'influence du bon sens répressif¹⁰⁴³, la dynamique contemporaine de sur-incrimination constitue un bon indicateur de sa vigueur et des raisons pour lesquelles il faut aujourd'hui parler de réalisme répressif. Bien évidemment, son ampleur inédite se manifeste d'abord dans la multiplication d'incriminations virtuellement en concours dans la mesure où elles visent des comportements analogues si ce n'est identiques. De façon particulièrement emblématique, ainsi en est-il du délit de demande de fonds sous contrainte introduit par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003¹⁰⁴⁴, qui, comme son seul intitulé l'indique, n'est qu'une déclinaison de celui d'extorsion – lequel, faut-il le rappeler, incrimine notamment... la remise de fonds sous contrainte¹⁰⁴⁵. Relevons également le singulier délit d'introduction d'arme dans un établissement scolaire introduit par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010¹⁰⁴⁶, lequel semble tout simplement ignorer l'existence de celui, plus sévèrement réprimé, de transport et détention illicite d'arme¹⁰⁴⁷ – sauf à considérer que le port d'une arme par une élève ou un enseignant puisse ne pas être illicite...

329. Mais c'est dans l'inflation sans précédent du nombre de circonstances aggravantes encourues au titre de telle ou telle infraction que se donne à voir l'illustration la plus frappante de la tendance contemporaine à la sur-incrimination. Le nombre de circonstances pouvant aggraver la répression des crimes et délits de violences volontaires, de vol, d'agressions sexuelles ou encore de viol excédant désormais largement le nombre de celles pouvant effectivement être retenues¹⁰⁴⁸, se pose

1043 *Supra* n°131.

1044 Article 312-12-1 du Code pénal.

1045 Article 312-1 du Code pénal.

1046 Article 431-28 du Code pénal.

1047 Article L.2339-9 du Code de la défense.

1048 Alors que le nombre de circonstances aggravantes encourues au titre des délits de violences volontaires et de vol se monte aujourd'hui respectivement à vingt et dix, seules trois d'entre elles peuvent être retenues. Seule une circonstance aggravante peut être retenue en matière d'agression sexuelle et de viol pour respectivement douze et huit encourues ; V. articles 222-11 à 222-15, 222-22 à 222-24, 311-4 à 311-6 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de plus en plus souvent la question du choix à opérer entre telle ou telle. Une telle inflation normative a ainsi pour conséquence de soumettre un peu plus le justiciable à l'arbitraire de l'autorité de poursuite quand à la qualification relevée à son encontre.

Or, si la sélection des circonstances aggravantes ne modifie pas le quantum de la peine encourue, elle peut en revanche entraîner des conséquences importantes sur le régime de l'éventuelle condamnation, notamment en matière de récidive légale¹⁰⁴⁹. La multiplication des dispositifs de suivi judiciaire des personnes condamnés à certain type d'infraction les soumet un peu plus encore à l'arbitraire du pouvoir répressif, qui peut désormais appliquer, pour une même infraction, jusqu'à quatre formes différentes de surveillance coercitive postsentencielle¹⁰⁵⁰.

330. L'empilement répressif auquel aboutit la quête sans fin de l'exhaustivité pénale se traduit également par la multiplication de dispositions parfaitement stériles, c'est-à-dire les incriminations, généralement de nature conjuratoire, ne pouvant matériellement donner lieu à poursuites pénales en raison de l'impossibilité d'en apporter la preuve. Il s'agit, pour l'essentiel, de délits prétendant saisir, non un acte précis, mais une intention particulière qui ne peut résulter de manière évidente du comportement incriminé. Sauf à ce que l'auteur des faits le confesse lui même, comment apporter la preuve qu'il avait le visage dissimulé en commettant des violences « *afin de ne pas être identifiée* »¹⁰⁵¹ ? Comment, pareillement, rapporter la preuve de la circonstance aggravante de guet-apens, c'est à dire « *le fait d'attendre un certain (sic.) temps une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé pour commette à leur encontre une ou plusieurs infractions* »¹⁰⁵², sans connaître les motivations profondes des personnes poursuivies, qu'elles seules peuvent révéler ? Une telle difficulté culmine avec la création, par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010, du délit de participation à un groupement violent¹⁰⁵³. Même si le texte d'incrimination précise que l'existence du groupement doit être caractérisé par « *un ou plusieurs faits matériels* », il apparaît particulièrement ardu de démontrer le dessein poursuivi de « *préparation [...] de violences volontaires contre les personnes ou de destruction ou de dégradations de biens* » avant même leur commission sans connaître les motivations des personnes composant le groupement¹⁰⁵⁴.

1049 *Infra* n°383.

1050 *Infra* n°412.

1051 Article 222-12 15°) du Code pénal introduit par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010.

1052 Article 132-71-1 du Code pénal, introduit par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007.

1053 Article 222-14-2 du Code pénal.

1054 V. V. MALABAT, *op.cit.*, p.898.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Au delà de la remise en cause pure et simple du principe de nécessité, la généralisation de ce type de délits d'intention n'est pas sans conséquence sur les autres déclinaisons du droit à la sûreté. En introduisant des infractions dont la preuve ne peut que très difficilement être rapportée de façon objective, elle favorise mécaniquement l'arbitraire du pouvoir répressif. Alors que l'autorité de poursuite se voit enjoindre de relever systématiquement les nouveaux délits ou leurs circonstances aggravantes, le risque est grand de voir la pression ainsi exercée sur les juridictions de jugement pour les voir appliquer, malgré les inévitables lacunes probatoires, fragiliser la présomption d'innocence. En dépit de toutes leurs carences, ces nouvelles infractions doivent recevoir application sous peine de contredire la promesse de sécurité ayant justifié leur adoption. Selon une logique implacable, le réflexe normatif se double d'un réflexe répressif pour repousser toujours un peu plus loin les limites du champs pénal.

§ 2 : Le réflexe répressif.

De la même façon qu'elle permet de comprendre l'inflation remarquable du droit pénal à l'époque contemporaine, la promesse d'une garantie efficace de la sécurité de l'individu régulièrement faite par les pouvoirs publics explique largement pourquoi se développe parallèlement la propension à la systématisation de la réponse pénale.

Expression traditionnelle du bon sens répressif, la volonté de défendre et d'étendre le domaine d'intervention du pouvoir répressif est aujourd'hui affichée avec une fermeté et un aplomb rarement atteints. S'appuyant sur le leitmotiv de l'efficacité répressive, elle se traduit non seulement par la promotion d'une pénalisation automatique (A), mais également par celle d'une pénalisation exclusive de toute autre régulation (B).

A) La promotion d'une pénalisation automatique.

En avril 2003, le garde des sceaux se félicitait de l'introduction dans notre Code de procédure pénale, par le projet de loi « portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité » d'un « principe de la réponse judiciaire systématique » donnée à chaque infraction¹⁰⁵⁵. A sa suite, on ne

1055 Assemblée nationale, projet n°784 de la douzième législature, p.10.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

compte plus les interventions exhortant, lors des travaux législatifs, à la systématisation de la réponse pénale à la moindre infraction constatée.

Aussi pouvons nous observer une évolution du système répressif qui tend à réduire à la portion congrue la marge de manœuvre de l'autorité judiciaire dans la conduite du procès pénal. Au fil des réformes, se dessine de plus en plus nettement la propension du législateur répressif à favoriser non seulement l'automatisme de la poursuite pénale (1) mais aussi celle de la sanction pénale (2).

1°) L'automatisme de la poursuite pénale.

331. Sous l'effet d'une redéfinition en termes de plus en plus productivistes de la politique pénale, le taux de classement sans suite des procédures transmises au Procureurs de la République s'est brutalement effondré¹⁰⁵⁶. Prolongement juridique de cette approche gestionnaire, le principe directeur de l'efficacité répressive vient parallèlement donner une base textuelle à cette extension du champ de la réponse pénale. Issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, le nouvel article 40-1 du Code de procédure pénale tend en effet à faire du classement sans suite une solution résiduelle dans la décision d'action publique, disposant que le Procureur de la République ne peut y avoir recours que « *si des circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* ». Si une telle disposition n'interdit pas sa pratique, elle en limite considérablement le domaine potentiel d'application. Ainsi la circulaire d'application du texte précise que ce dernier « *affiche en effet clairement l'objectif de la généralisation de la réponse pénale* », celle-ci devant, « *en principe, consister soit en la mise en mouvement de l'action publique, soit en une procédure alternative* »¹⁰⁵⁷.

Plusieurs éléments viennent renforcer cette tendance à la résorption du classement sans suites. En premier lieu, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a logiquement introduit dans le Code de procédure pénale un article 40-3 aux termes duquel « *toute personne ayant dénoncé des faits au Procureur de la République peut former recours auprès du Procureur général contre la décision de classement sans suite* ». Ainsi mis en demeure, potentiellement, de justifier de sa décision d'absence de poursuites dans un contexte où la systématisation de la réponse pénale devient une instruction générale d'action publique, le magistrat du parquet ne peut qu'être incité à limiter au maximum le

1056 *Supra* n°250.

1057 Circulaire JUSD0430092C du 14 mai 2004, p.4.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

nombre de décisions de classements sans suite. L'incitation est d'autant plus forte que l'activité du ministère public se trouve par ailleurs jugée à la progression de son taux de réponse pénale¹⁰⁵⁸.

332. La tendance à la marginalisation du classement sans suites se nourrit enfin des exhortations régulièrement faites au Procureurs de la République de systématiser la réponse pénale. Cette injonction apparaît d'abord, de façon particulièrement prégnante, en matière de délinquance des mineurs. Dès le mois de mai 2001, la Circulaire de politique pénale générale dite « *Action publique et sécurité* » invite les magistrats du Parquet à « *[systématiser] la réponse pénale à l'égard des mineurs délinquants* »¹⁰⁵⁹. En 2002, la circulaire d'application de la loi d'orientation et de programmation de la Justice du 9 septembre 2002 précise qu'il « *apparaît, en effet, essentiel que tous les actes de délinquance [des mineurs], même ceux de peu de gravité, fassent l'objet d'une réponse judiciaire en temps réel* »¹⁰⁶⁰.

Rapidement, cette injonction de généralisation de la réponse pénale va s'étendre à l'ensemble des contentieux. C'est ainsi que la circulaire d'application de la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 précise que « *les classements en pure opportunité - au motif du préjudice ou du trouble à l'ordre public peu important - devront, par principe, être proscrits en matière de violences au sein du couple* »¹⁰⁶¹. Dans des termes similaires, la Circulaire du 27 juillet 2005 relative à la politique pénale pour la répression des infractions relatives au travail illégal préconise en la matière « *une réponse pénale systématique et adaptée* »¹⁰⁶². Très logiquement, la circulaire relative aux instructions générales de politique pénale du 1er novembre 2009 ne peut que constater la consécration de « *la généralisation et la diversification de la réponse pénale* »¹⁰⁶³ comme un acquis indiscutable, qui n'est plus évoqué que pour mettre en évidence la nécessité des Parquets de se réorganiser pour faire face à l'ensemble de ces procédures.

Si le choix de la réponse pénale demeure, dans une certaine mesure, laissé à l'appréciation du

1058 *Supra* n°249.

1059 Circulaire JUSD0130006C du 9 mai 2001, Bulletin du Ministère de la Justice n°82, p.7.

1060 Circulaire JUSD0230200C du 13 décembre 2002 relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs, Bulletin du Ministère de la Justice n°88, p.4

1061 Circulaire JUSD0630054C du 19 avril 2006 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, p.8, BOMJ n°102.

1062 Circulaire JUSD0530113C, p.20.

1063 Circulaire JUS D 0925748 C, p.5.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

ministère public, celui de l'engager ne peut plus guère être considéré comme une option. A l'autre extrémité du procès pénal, la propension parallèle du législateur à organiser l'automatisme de la sanction pénale vient verrouiller encore davantage cette dynamique de pénalisation systématique.

2°) L'automatisme de la sanction pénale.

333. Dès lors que l'on prétend garantir la sécurité du citoyen par la seule voie pénale, la généralisation d'une réponse exclusivement répressive ne suffit pas. Encore faut-il que cette dernière aboutisse effectivement au résultat souhaité, au moins implicitement, d'une neutralisation du risque délictueux incarné par l'auteur de l'infraction. Le leitmotiv de l'efficacité répressive impose donc une évolution de la législation qui rende de plus en plus inéluctable non seulement la répression effective des infractions constatées, mais également l'application plus ou moins automatique des sanctions les plus importantes à certains types de faits. Certes, la charge menée au nom du réalisme répressif contre les piliers de l'ordre pénal républicain, pour être d'une rare violence, n'a certes pas (encore?) abouti à la consécration d'une automatisme de la condamnation pénale, même si la présomption d'innocence s'avère aujourd'hui soumise à rude épreuve¹⁰⁶⁴.

S'observe en revanche, depuis une dizaine d'années, la propension appuyée du législateur pénal à réduire au minimum la marge d'appréciation des juridictions de jugement quant au prononcé de la peine applicable à certaines infractions. A chaque fois, il s'agit de rendre plus ou moins inéluctable la condamnation à une peine d'emprisonnement sans aménagement. Fort logiquement, une telle remise en cause du principe d'individualisation de la peine se donne à voir en tout premier lieu dans la répression des infractions commises en état de récidive. Les lois n°2005-1549 du 12 décembre 2005 et 2007-1198 du 10 août 2007 ont ainsi considérablement réduit l'éventail des sanctions prononçables en ce cas, ainsi que les possibilités d'aménagement des peines d'emprisonnement tant au stade du prononcé qu'à celui de l'exécution¹⁰⁶⁵. Progressivement, la déclaration de culpabilité du chef de certaines infractions conditionne automatiquement le type de peine applicable, son quantum et ses modalités, jusqu'à interdire au juge, dans certaines hypothèses, de « *prononcer une peine autre que l'emprisonnement* »¹⁰⁶⁶.

1064 *Infra* n°391.

1065 *Infra* n°383.

1066 Article 132-19-1 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

334. En deuxième lieu, c'est paradoxalement en direction des mineurs que s'affirme la promotion d'une pénalité de plus en plus automatique. D'une part, le législateur tend à limiter le nombre de mesures éducatives pouvant être prononcées à l'encontre d'un enfant en répression d'infractions commises successivement, au motif, selon le rapporteur au Sénat du projet de loi de prévention de la délinquance, que leur multiplication « *persuadait le mineur qu'il n'y aurait jamais de vraie réponse et entretenait donc un sentiment d'impunité* »¹⁰⁶⁷. Ainsi depuis, la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance est-il impossible de prononcer une admonestation ou une remise à parents à l'égard d'un mineur ayant déjà été condamné à une telle mesure pour un délit identique ou assimilé¹⁰⁶⁸.

D'autre part, s'affirme une nette tendance à favoriser le jugement des enfants par les juridictions susceptibles de prononcer les sanctions les plus sévères à leur égard. Depuis la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, seul le tribunal pour enfants peut connaître des délits commis par des mineurs âgés de plus de seize ans lorsque la peine encourue est d'au moins sept ans. Parallèlement, l'introduction et la généralisation des procédures de jugement rapides des enfants inspirées de la comparution immédiate multiplient les hypothèses de saisine du tribunal pour enfant au détriment de celle du juge des enfants¹⁰⁶⁹. Enfin, la création, par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, du tribunal correctionnel pour mineurs, permet de garantir que seule des sanctions pénales autre que des mesures éducatives soient prononcées à l'égard des prévenus qui y seront traduits¹⁰⁷⁰.

335. La propension à l'automaticité de la sanction pénale tend enfin à se développer pour certaines catégories d'infractions, quelles que soient les particularités de leurs auteurs. Depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, l'obligation faite au juge de prononcer une peine minimale d'emprisonnement, jusqu'ici réservée aux crimes et délits commis en état de récidive légale, concerne désormais, d'une

1067 Sénat, rapport sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, n°476 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, juin 2006, p.161.

1068 Article 8 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945.

1069 Instituée par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, la procédure dite de « jugement à délai rapproché », devenue avec la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 la procédure de « présentation immédiate », permet ainsi au Procureur de la République de poursuivre directement le mineur devant le tribunal pour enfants. En vertu de l'article 14-2 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 dans sa rédaction issue de la loi n°2011-939 du 10 août 2011, cette procédure « *est applicable aux mineurs qui encourent une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an en cas de flagrance, ou supérieure ou égale à trois ans dans les autres cas* », à condition que « *des investigations sur la personnalité [aient] été accomplies au cours des douze mois précédents* ». Lorsque l'enfant est mineur de seize ans, cette procédure n'est possible que pour les délits punis d'une peine de cinq à sept ans d'emprisonnement.

1070 Articles 24-1 et suivants de l'ordonnance du 2 février 1945.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

façon générale, l'ensemble des délits de violences volontaires aggravées¹⁰⁷¹. Dans le même ordre d'idée, la période de sûreté automatiquement attachée à la condamnation a été étendue à un nombre toujours croissant d'infractions¹⁰⁷². Ainsi se manifeste, selon une pente usuelle, l'extension progressive d'un régime dérogatoire à un nombre toujours croissant d'infractions, jusqu'à vider le droit commun de sa substance¹⁰⁷³. La promotion concomitante d'une pénalisation hégémonique achève de donner une vigueur particulière au réflexe répressif contemporain.

B) La promotion d'une pénalisation exclusive.

Expression remarquable du bon sens répressif¹⁰⁷⁴, la volonté d'apporter une solution exclusivement répressive à l'ensemble des actes perçus comme troublant, même superficiellement, l'ordre public, trouve aujourd'hui une résonance rarement atteinte. Parallèlement à l'affaiblissement significatif des modes de régulation alternatifs à la pénalisation (1), on observe une inédite tentative de consacrer l'hégémonie de la régulation pénale comme subordonnant l'ensemble des autres formes d'intervention des pouvoirs publics (2).

1°) L'affaiblissement des modes alternatifs.

336. La marginalisation, au profit de la voie pénale, des formes de régulation éducative, médicale ou sociale des comportements susceptibles de recevoir une qualification pénale s'appuie aujourd'hui sur deux processus complémentaires. En premier lieu, l'extension continue du domaine infractionnel et l'abaissement du seuil d'intervention pénale qui en résulte produisent un effet de disqualification symbolique des autres modes de résolution des troubles désormais appréhendés par la loi pénale. Le seul fait d'incriminer des actes qui donnaient – et donnent encore lieu – à une autre forme de régulation contribue à rendre celle-ci invisible ou, à tous le moins, à créer l'image de sa défaillance.

L'incrimination, au cours des dix dernières années, d'un nombre croissant d'actes troublant l'ordre interne des établissements scolaires a ainsi pour effet d'affaiblir sensiblement l'autorité des

1071 Article 132-19-2 du Code pénal.

1072 *Infra* n°385.

1073 *Supra* n°174.

1074 *Supra* n°141.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

mécanismes éducatifs, le cas échéant disciplinaires, mis en place pour y répondre. Quel poids peut on encore accorder au règlement intérieur quand les comportements irrespectueux ou injurieux envers le personnel enseignant constitue désormais un délit d'outrage spécifique¹⁰⁷⁵, susceptible à ce titre d'être sanctionné par les seules autorités répressives ? Quel rôle dans la préservation de l'intégrité de leurs établissements peut-il encore être concédé aux directeurs d'école, principaux et autres proviseurs quand la simple intrusion d'individus extérieurs est aujourd'hui un délit sanctionné par des peines pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement¹⁰⁷⁶ ? Enfin, il est permis de se demander si le fait d'accroître de façon spécifique la répression des violences commises au sein ou aux d'abords d'un établissement scolaire ne contribue pas à conférer artificiellement aux bagarres émaillant depuis toujours la vie scolaire une gravité telle qu'elle ôte toute légitimité et partant toute efficacité à une réponse éducative interne¹⁰⁷⁷.

337. Le même constat peut être dressé en ce qui concerne la régulation médicale. L'évolution récente de la législation pénale tend en effet à privilégier une réponse essentiellement répressive à la prise en charge thérapeutique – le cas échéant coercitive – de comportements considérés comme troublant l'ordre public. Au delà de l'effet d'inclusion répressive induit par la notion d'altération du discernement introduite par le Code pénal de 1994¹⁰⁷⁸, s'affirme une indiscutable tendance à soumettre également à la justice pénale des individus dont le discernement se trouve véritablement aboli.

Ainsi, la loi n°2008-174 du 25 février 2008 a-t-elle mise en place, sous la forme d'un quasi-procès pénal, une singulière procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental au terme de laquelle, après avoir évoqué les faits et statué sur leur imputabilité matérielle au prévenu, la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel, tout en constatant l'abolition de son discernement, peut prononcer à son encontre une ou plusieurs mesures coercitives préventives¹⁰⁷⁹. La confusion des genres atteint son paroxysme avec la possibilité laissée à la Chambre, juridiction répressive, d'ordonner en outre l'hospitalisation d'office de la personne¹⁰⁸⁰.

1075 Article 433-5 du Code pénal tel que modifié par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002.

1076 Articles 431-22 à 431-27 du Code pénal, créés par la loi n°2010-201 du 2 mars 2010.

1077 Articles 222-12 et 222-14 du Code pénal tels que modifiés par le loi n° 2007-297 du 5 mars 2007.

1078 Supra n°161.

1079 Articles 706-112 et suivants du Code de procédure pénale.

1080 Article 706-135 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

338. Enfin, la promotion contemporaine d'une gestion essentiellement coercitive de la déviance conduit à l'abaissement du seuil d'intervention pénale à des comportements faisant auparavant l'objet d'une régulation sociale¹⁰⁸¹. Cette dernière s'en trouve disqualifiée d'autant, tant symboliquement que matériellement. La hausse du taux de réponse pénale a ainsi pour conséquence de soumettre à la justice pénale des actes pour lesquelles les poursuites étaient jusqu'alors classées en raison de la faiblesse du trouble à l'ordre public¹⁰⁸². Tout comme en matière éducative, cette pénalisation précoce a pour effet de délégitimer l'intervention d'acteurs qui tels les bailleurs sociaux, les différences services sociaux ou, tout simplement, la cellule familiale, seraient en mesure d'apporter à ces actes une réponse suffisante, nonobstant l'existence d'une qualification pénale applicable.

Particulièrement vive à l'époque contemporaine, cette propension à l'affaiblissement des modes de régulation alternatifs à la réponse pénale se double en outre d'une inédite tentative de consacrer en tous domaines l'hégémonie de l'approche répressive

2°) La tentation de l'hégémonie répressive.

339. Signe manifeste du passage du bon sens répressif au réalisme répressif, la réponse pénale tend aujourd'hui non seulement à marginaliser les autres formes de régulation des conflits, mais encore à en modifier l'économie même pour leur conférer une logique de plus en plus répressive. Progressivement, la réponse éducative, médicale ou sociale pouvant être apportée à des actes potentiellement délictueux n'est plus perçue que comme un rouage parmi d'autres du système répressif et, plus précisément, comme un supplétif ou un auxiliaire des autorités répressives. La pénalisation toujours plus précoce et plus détaillée de comportements intervenant en milieu scolaire, médical ou commis par des populations connues des services sociaux nécessite, pour être effective, le concours du personnel éducatif, soignant ou des travailleurs sociaux – ne serait-ce que pour les porter à la connaissance des autorités pénales.

Même latente, la menace d'une sanction policière et judiciaire de l'indiscipline ou des troubles

1081 *Supra* n°227.

1082 Le nombre de procédures classées pour ce motif est ainsi passé de 196 703 en 1999 à 32 383 en 2009 ; Observatoire de la justice pénale, 1999-2009, p.6.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

causées par les personnes prises en charge confère alors virtuellement une dimension répressive à la relation nouée avec elle. La judiciarisation systématique des conflits qui peut en résulter place ces institutions en simple relais d'un pouvoir répressif ayant vocation à agir indifféremment sur l'ensemble des actes d'indiscipline. Toutefois, une telle évolution implique une collaboration active du personnel éducatif, médical ou social, lequel peut au contraire vouloir préserver son domaine d'intervention en résistant à la progression du champs pénal¹⁰⁸³.

340. Leur mise à contribution apparaît en revanche proprement inexorable à travers la tendance croissante du législateur pénal à conférer aux acteurs sociaux et médicaux un rôle direct et actif au sein du procès pénal. Cette tendance se traduit en premier lieu par l'association de l'ensemble des professionnels ayant, dans la cadre de leurs fonctions, à connaître de la situation de personnes perçues comme porteuses d'un « risque » délictueux, à cette singulière politique de prévention répressive de la délinquance dont la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 a posé les jalons. Placée sous l'autorité du préfet et plus encore sous celle du maire, il s'agit d'une véritable pré-répression administrative qui organise la centralisation des informations détenues par l'ensemble des services publics locaux sur les familles perçues comme problématiques du seul point de vue de l'ordre public ou simplement de la tranquillité publique¹⁰⁸⁴. Dans une telle perspective, le personnel éducatif et les différents travailleurs sociaux sont explicitement enrôlés au service d'une prise en charge des populations « à risque » essentiellement punitive, leur mission consistant désormais à détecter et orienter vers l'autorité répressive les éléments perçus comme indisciplinés.

341. Cette propension à instiller une logique exclusivement répressive à l'ensemble des politiques publiques susceptibles de concerner des individus perçus comme auteurs potentiels d'infractions se donne tout autant à voir en matière médicale. Le développement exponentiel des mesures coercitives préventives dans la phase postsentencielle du procès pénal tend en effet à modifier en substance la nature du concours de l'autorité médicale et plus précisément psychiatrique à la justice pénale¹⁰⁸⁵. Il ne s'agit désormais plus seulement d'éclairer l'autorité judiciaire sur la personnalité du prévenu ou de l'accusé ou de lui apporter une expertise sur une question technique¹⁰⁸⁶. Il s'agit encore et surtout d'apporter une caution scientifique à la notion de plus en plus importante de

1083 *V.* notamment, en ce qui concerne la résistance des professionnels de santé, *Nuit sécuritaire, manifeste des 39*, Paris, Eres, coll. Sud Nord, 2009.

1084 *Infra* n°405.

1085 *Infra* n°417.

1086 Articles 81 et 156 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

dangérosité telle qu'elle est utilisée pour décider de l'application ou du maintien des mesures de sûreté (sic.) à l'égard d'un nombre grandissant de condamnés¹⁰⁸⁷.

Ainsi s'observe l'association explicite, dans une logique essentiellement répressive, du personnel médical à la conduite du procès pénal. Qu'il le veuille ou non, l'expert psychiatre se retrouve aujourd'hui placé dans une situation où son diagnostic devient l'élément déterminant de l'application à l'auteur de l'infraction d'un régime répressif qui, au motif d'un état psychique uniquement appréhendé d'un point de vue sécuritaire, se révèle paradoxalement sensiblement plus coercitif qu'à l'égard du condamné ne souffrant d'aucune maladie mentale.

Moteur d'une pénalisation automatique, jalouse de toute autre forme de régulation des atteintes, même bénignes, à l'ordre social, relais puissant d'une extension indéfinie du champs du pénalement répréhensible, le réalisme répressif déforme, rapidement et sûrement, notre ordre pénal. Bousculé par l'exigence d'une répression endémique et compulsive, c'est un droit pénal sans identité et sans direction qui se dessine progressivement devant nous.

1087 *Infra* n°416.

SECTION 2 : UNE PÉNALISATION SANS BOUSSOLE.

« Le recours au droit pénal est devenu une évidence, une facilité, et, en même temps, une nécessité déplorée, une fatalité »¹⁰⁸⁸.

342. Il ne suffit pas de déplorer l'augmentation exponentielle de la masse de la législation pénale, année après année, pour prendre la mesure des bouleversements en cours. Au delà de la mise en cause d'une rare violence des déclinaisons les plus intimes de l'idée de Sûreté déjà mise en évidence, la progression du leitmotiv de l'efficacité répressive au sein de notre ordre répressif n'est pas sans affecter la nature même de la régulation pénale.

C'est notamment en ce sens que le réalisme répressif contemporain doit être regardé comme une force de déconstruction de l'ordre pénal républicain. A l'entreprise de rationalisation, de spécialisation et de strict cantonnement du droit pénal menée par les philosophes des Lumières et, à leur suite, les Constituants¹⁰⁸⁹, le législateur contemporain oppose très logiquement une entreprise d'expansion incontrôlée du pouvoir répressif.

La philosophie pénale républicaine postule une justice répressive strictement limitée à la sanction des atteintes les plus importantes à la cohésion sociale et dont l'exercice à vocation à pacifier la Société en rétablissant l'équilibre rompu par la commission de l'infraction. En appuyant une dynamique normative visant à l'hégémonie de la répression et grimant le procès pénal en un impossible outil de gestion des populations déviantes et de rétorsion au profit d'une victime allégorique, le réalisme répressif en prend l'exact contre-pied. C'est donc tout autant au détournement de la pénalisation (1) qu'à sa dégradation (2) que nous assistons aujourd'hui.

1088 Jean DANET, *op.cit.*, p.21.

1089 *Supra* n°15.

§ 1 : Une pénalisation détournée.

343. Intuitivement, évoquer l'utilisation du procès pénal à d'autres fins que celles pour lesquelles il a vocation à s'exercer nous conduit d'abord à envisager les différents usages de la répression à des fins privées. L'essor remarquable de la figure victimaire à l'époque contemporaine explique bien pour quelles raisons nombre d'auteurs pointent avant tout dans leur travaux un détournement du droit pénal en forme de régression, celle du retour à une justice répressive vindicative qui ne sait plus dissocier l'intérêt particulier de l'offensé de l'intérêt général de la collectivité¹⁰⁹⁰.

Bien évidemment, cette forme de privatisation de la pénalisation est aujourd'hui particulièrement prégnante et il conviendra de l'étudier en détail. Ses manifestations parfois spectaculaires ne doivent cependant pas faire écran à la seconde forme, plus insidieuse mais bien plus générale, de détournement de la pénalisation qu'engendre l'exigence d'efficacité répressive. La réduction du procès pénal à un outil de gestion de la déviance est en effet au principe d'un droit pénal essentiellement instrumental, dont les accents vindicatifs résurgents ne sont en dernière analyse qu'une variation parmi d'autres.

Aussi nous faut-il analyser en premier lieu les contours de cette pénalisation de soutien (A), avant d'envisager de quelle façon elle se trouve, dans une certaine mesure, privatisée (B).

A) Une pénalisation de soutien.

Certes, la faiblesse historique du principe de nécessité des délits et des peines et sa disparition pure et simple au cours de la dernière décennie rendent le phénomène assez peu perceptible. Il n'en demeure pas moins que le droit pénal apparaît aujourd'hui de plus en plus comme une discipline juridique auxiliaire, sans autre objet que d'apporter un surcroît de coercition à d'autres règles de droit ou à diverses politiques publiques.

Même si le phénomène n'est pas nouveau, cet abaissement du droit pénal à une normativité de soutien s'impose aujourd'hui d'abord comme une manifestation du mouvement plus vaste de

¹⁰⁹⁰ *Supra* n°237.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

transformation du droit pénal en un instrument de gestion coercitive de la déviance¹⁰⁹¹. C'est à la faveur d'une telle reconfiguration que vont se développer de façon concomitante une législation pénale de soutien (1) et une politique pénale de soutien (2).

1°) Une législation pénale de soutien.

344. L'utilisation de la règle pénale aux seules fins de renforcer l'effectivité d'autres branches du droit constitue une pratique déjà ancienne qui ne saurait être réduite aux seules implications de l'essor du leitmotiv de l'efficacité répressive. Indépendamment de l'extension du domaine du droit pénal à des sphères d'activité nouvelles ou jusqu'alors ignorées, il s'agit littéralement de doubler la sanction civile de certaines règles d'une sanction pénale supposée en renforcer l'autorité. Apparue en matière économique et sociale, à une époque où l'intervention des pouvoirs publics dans la vie commerciale et les relations de travail est en pleine expansion¹⁰⁹², cette tendance s'affirme de façon significative avec le développement de nouvelles branches du Droit telles, en particulier, le droit de la consommation et le droit de l'environnement. Dès l'origine, celles-ci s'accompagnent en effet de l'incrimination, en tant que tel, du non-respect des nouvelles règles édictées¹⁰⁹³.

S'il ignore tout autant les exigences du principe de nécessité, un tel détournement de la norme pénale doit toutefois être distinguée de celle que nous observons au service d'une gestion coercitive de la déviance. La pénalisation de la seule inobservation de certaines règles de nature civile vise avant tout à répondre à l'inégalité de la relation interpersonnelle qu'elles ont vocation à régir. Qu'il s'agisse de droit commercial, de droit du travail ou de droit de la consommation, il s'agit toujours de compenser la position de faiblesse dans laquelle peut se trouver l'actionnaire, le salarié ou le consommateur en faisant encourir à l'autre partie une responsabilité pénale spécifique¹⁰⁹⁴. Un tel souci de rééquilibrage est parfaitement absent de l'instrumentation contemporaine de la pénalisation. Jusqu'alors, le droit pénal de soutien n'existait que de façon périphérique, en renfort normatif de tel ou tel ensemble de règles de nature civile. La loi pénale tend désormais à être appréhendée essentiellement sous ce rapport, comme un instrument dont la seule finalité serait de conférer aux autorités en charge de son application la coercition la plus élevée dans un Etat de droit.

1091 *Supra* n°227.

1092 V. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre Noël, *Les grandes phases d'incriminations*, p. 101 à 130.

1093 V. Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p.29 et 30.

1094 V. Jean CALAIS-AULOY, l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDciv. 97, p.358.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

345. C'est en ce sens qu'il faut regarder les derniers avatars de l'extension indéfinie du champs de la pénalisation. Loin d'œuvrer à la délimitation réfléchie du socle des valeurs sociales fondamentales, loin même de rechercher à appréhender plus finement ou plus complètement les atteintes les plus importantes à la cohésion nationale, il s'agit avant tout de permettre au pouvoir répressif de saisir des comportements qui lui échappaient, sans préjudice de leur gravité relative mais dans la croyance d'une réponse plus efficace. La même préoccupation essentiellement utilitaire sous-tend l'augmentation continue des prérogatives des autorités policières et judiciaires, qui permet de comprendre pourquoi le législateur se montre de plus en plus indifférent aux principes supposés les régir. Sans avoir à questionner la proportionnalité des moyens coercitifs ainsi conférés au pouvoir répressif, il s'agit d'abord de faire en sorte que la justice pénale remplisse effectivement ses fonctions de soutien effectif à un traitement de plus en plus coercitif de la déviance néolibérale.

Ainsi, c'est avant tout pour permettre au gouvernement de tenir ses objectifs chiffrés de reconduite à la frontière que les lois n°2003-239 du 18 mars 2003, n°2003-1119 du 26 novembre 2003 et n° 2006-911 du 24 juillet 2006 ont élargi le champs des incriminations relatives aux règles d'entrée et de séjour sur le territoire national¹⁰⁹⁵ et considérablement étendu les possibilités de contrôle d'identité à proximité des zones frontalières¹⁰⁹⁶. La même conception purement instrumentale du droit pénal prévaut dans la hausse des peines encourues au titre du délit de travail dissimulé par la loi du 18 mars 2003, qui vise d'abord à atteindre des seuils permettant le recours à la procédure de comparution immédiate ou à la détention provisoire¹⁰⁹⁷. Elle se retrouve également dans l'extension, par la loi 2004-810 du 13 août 2004, à l'ensemble des agents habilités à constater les différentes infractions de travail dissimulé de la possibilité de demander aux personnes contrôlées de justifier de leur identité¹⁰⁹⁸. Sans considération pour la proportionnalité douteuse d'une telle extension de compétence, la mesure vise avant tout à faciliter leur répression pénale future dans une même croyance en son efficacité supérieure.

Prolongement logique et plus significatif encore de cette législation de soutien, l'étude de l'instrumentation corrélative de la politique pénale permet de prendre toute la mesure de la perte de finalité propre qui affecte aujourd'hui le droit pénal.

1095 V. Articles L621-1 à L622-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

1096 Article 78-2 du Code de procédure pénale.

1097 V. Articles L8221-1 et suivants du code du travail

1098 Article L8271-6-1 du Code du travail.

2°) Une politique pénale de soutien.

346. Pour intéressée qu'elle se présente, l'extension remarquable du champs infractionnel que nous connaissons depuis une dizaine d'année ne permet pas de mesurer l'ampleur de la dégradation contemporaine du droit pénal en un simple instrument de soutien juridique de politiques publiques jugées prioritaires. C'est dans l'utilisation concrète et quotidienne de la règle pénale au service d'objectifs qui n'ont que très peu de chose à voir avec la préservation des valeurs sociales fondamentales que se donne à voir de la façon la plus éclairante un tel détournement. L'essor d'un principe d'opportunisme répressif comme fil conducteur de la politique pénale tend en effet à faire du procès pénal dans son ensemble un simple outil de gouvernement¹⁰⁹⁹. Il ne s'agit plus de définir des priorités d'action publique fondées sur la gravité des infractions correspondantes mais d'user de la politique pénale comme un instrument dont la coercition supérieure est réputée accroître l'efficacité de la politique ainsi soutenue.

Fluctuant au gré des objectifs que se fixent les pouvoirs publics dans tel ou tel domaine, un tel détournement se manifeste en premier lieu dans la pénalisation systématique de certains comportements jusqu'alors ignorés du pouvoir répressif. Nous en retrouvons bien sûr l'illustration dans l'abaissement du seuil d'intervention pénale aux différents comportements présentés comme troublant la tranquillité publique¹¹⁰⁰. Mobilisé au service d'une entreprise de gestion punitive de la déviance, le procès pénal s'éloigne sensiblement de sa fonction première de préservation et de restauration de l'équilibre social. Le développement considérable de la pénalisation des mineurs et son immixtion consécutive dans le champs éducatif constitue un autre exemple de ce type de détournement. Appelée, depuis 1998, à sanctionner « *les premiers faits de délinquance commis par les mineurs* »¹¹⁰¹ sans préjudice de leurs circonstances ou de l'existence d'autres forme de réponse possible, la justice pénale vient remplir une fonction d'encadrement immédiat de la jeunesse indisciplinée qui l'éloigne là encore de sa finalité propre.

347. Mais le détournement de la politique pénale se manifeste de façon plus évidente encore dans la définition de certaines priorités d'action publique et, plus encore, dans le choix des voies procédurales retenues pour traiter de tel ou tel contentieux. Les orientations d'action publique

1099 *Supra* n°261.

1100 *Supra* n°233.

1101 Circulaire relative à la politique pénale en matière de délinquance juvénile, n° **JUS F 98 500 88 C**, p.3

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

relatives aux infractions à la législation sur l'entrée et le séjour en France des étrangers offrent à cet égard l'illustration la plus parlante d'une telle forme d'instrumentation. Quoique l'on pense des politiques migratoires, l'atteinte réelle à la cohésion sociale causée par la commission de délits caractérisés par le simple fait de se trouver sans titre de séjour sur le territoire national ne devrait guère figurer au rang des violations les plus aiguës du pacte social.

Irrégularité d'ordre essentiellement administratif, l'inobservation des règles relatives à l'entrée en France ne peut même, ainsi que l'on récemment jugé la Cour de Justice de l'Union européenne puis la Cour de cassation, faire l'objet en tant que telle d'une pénalisation sans contrevenir d'une façon disproportionnée à la libre circulation des personnes¹¹⁰². Pourtant, ces infractions font non seulement l'objet d'une poursuite systématique couplée aux mesures de reconduite à la frontière mais leurs auteurs se trouvent en outre exposés à la voie procédurale la plus rude que constitue la comparution immédiate¹¹⁰³. Dans une telle configuration, la politique pénale se trouve exclusivement mise au service des objectifs purement administratif de gestion des flux migratoires affichés par les pouvoirs publics, au mépris des principes supposés la gouverner.

348. Nous pouvons constater une instrumentation similaire dans le recours contemporain à la pénalisation en matière de lutte contre le travail clandestin. Ainsi le pouvoir répressif y apparaît-il sollicité non en fonction de ses spécificités propres mais comme n'importe quel service de l'Etat dans le cadre d'une politique publique globale. C'est ainsi que la circulaire du 27 juillet 2005 de politique pénale pour la répression des infractions relatives au travail illégal décrète « *la mobilisation de l'ensemble des services concernés par la lutte contre le travail illégal, et notamment l'institution judiciaire* » afin d'augmenter le taux de verbalisation et de condamnation de ce type d'infractions¹¹⁰⁴. Là encore, la pénalisation n'est appréhendée que comme un outil autorisant le recours à une forme supérieure de coercition dans le cadre d'une action globale des pouvoirs publics, sans aucune réflexion sur la nécessité avérée d'un recours au procès pénal pour lutter contre de tels faits. Relevons, pour souligner encore un peu plus cette dimension instrumentale, que la répression de l'emploi irrégulier de salariés étrangers, sans aucune démonstration de la particulière gravité de cette violation du droit du travail, est portée au rang de première priorité de l'action

1102 Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt El Dridi, n°C-61/11 PPU du 28 avril 2011 et Crim., 5 juin 2012 ; *V.* D.2012, N.1997.

1103 *Supra* n°262.

1104 Circulaire JUSD0530113C du 27 juillet 2005, p.4.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

publique en la matière. En ce sens, la circulaire du 27 juillet 2005 précise que « *doivent tout particulièrement être recherchées et poursuivies les infractions concernant l'emploi irrégulier de personnes de nationalité étrangère* »¹¹⁰⁵.

C'est dans une telle perspective, qui le voit devenir, à titre principal, un simple instrument juridique de soutien à tel ou tel politique publique, que doit être analysée l'utilisation du droit pénal au service de la figure victimaire.

B) Une pénalisation privatisée.

349. Il ne s'agit pas ici d'évoquer le détournement à des fins purement privées, au service d'un individu ou d'un groupe donné. Si les exemples ne manquent pas de ce type d'instrumentation, il serait hasardeux de vouloir en mesurer, d'une façon globale, les effets sur l'évolution du système répressif. Ils relèvent en outre d'un fonctionnement conjoncturel et anormal de l'institution judiciaire là où d'autres formes de privatisation traduisent en revanche une inclinaison structurelle.

Ainsi en est-il de la propension contemporaine du législateur à transformer le procès pénal, au moins symboliquement, en un outil de satisfaction des aspirations supposées des victimes d'infraction. Autrement dit, l'évolution récente du droit pénal traduit notamment le souci d'en user comme d'un instrument de réparation de réparation du préjudice particulier subi, voire de pure et simple rétorsion à l'égard de l'auteur de l'infraction.

Nous pouvons relever une telle forme de privatisation du procès pénal tant au stade de l'action publique (1) qu'à celui de la définition et l'application de la sanction pénale (2).

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p.13.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) la privatisation de l'action publique.

350. S'inscrivant dans la représentation commune d'un droit pénal toujours assigné à la frontière du privé et du public¹¹⁰⁶, l'idée que la poursuite pénale ait, en tout ou partie, pour fonctions de répondre en tant que telle aux aspirations de la victime d'infraction connaît aujourd'hui un singulier regain de fortune. Bien sûr, il s'agit des aspirations de la victime allégorique, non de la victime réelle, dont les intérêts civils se trouvent bien au contraire fortement mis à mal par l'effondrement parallèle du principe de proportionnalité dans la phase présentencielle du procès pénal¹¹⁰⁷. Ainsi élevée au rang d'icône, la figure victimaire autorise une déformation de l'ordre pénal à la mesure des prétentions vindicatives qui lui sont d'autorité prêtées.

C'est ainsi que s'observe une propension marquée du législateur à octroyer à la partie civile une influence sur le déclenchement et plus encore, la conduite de l'action publique qui excède de plus en plus ce qui est indispensable à la sauvegarde de ses intérêts civils. Précédemment exposée, la faculté désormais offerte au plaignant de contester directement le classement sans suite de sa plainte devant le Procureur général lui offre ainsi une influence jusqu'alors inédite sur l'initiative des poursuites. La traditionnelle mise en mouvement de l'action publique par la voie de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, en prévoyant une obligation de consignation préalable et une responsabilité civile pour procédure abusive¹¹⁰⁸, oblige le plaignant à une démarche un tant soi peu réfléchie. En ne posant aucune formalité, le recours contre la décision de classement sans suite expose potentiellement le magistrat du ministère public, eu égard à l'extrême faiblesse de ses garanties statutaires d'indépendance, à une pression qui peut le conduire à prendre en compte les intérêts particuliers d'un plaignant influent dans sa décision d'action publique.

351. De façon plus explicite, l'instruction préparatoire tend également à être mise au service des intérêts propres de la partie civile. Ainsi, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a-t-elle inséré dans le Code de procédure pénale un article 81-1 qui invite fortement le juge d'instruction à faire procéder à toutes mesures « *permettant d'apprécier la nature et l'importance des préjudices subis par la victime ou de recueillir des renseignements sur [sa] personnalité* » que ces mesures soient ou non utiles à la détermination de la réalité des infractions en cause ou de la qualification pénale

1106 *Supra* n°21.

1107 *Infra* n°374.

1108 Articles 85 et 177-2 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

applicable¹¹⁰⁹. Les lois n° 2004-204 du 9 mars 2004 et 2007-297 du 5 mars 2007 ont par ailleurs introduit l'obligation pour le juge d'instruction, en matière criminelle, de délits d'atteintes contre les personnes et de délits d'atteintes contre les biens, d'informer tous les six mois voire tous les quatre mois la partie civile de l'état d'avancement du dossier, son audition étant à cette occasion de droit si elle en fait la demande¹¹¹⁰. Instituée au prétexte d'un rééquilibrage par rapport au droit de la personne mise en examen, partie principale au procès pénal, à être entendue tous les quatre mois¹¹¹¹, cette disposition poursuit moins le souci de faire respecter le contradictoire que celui de mettre, au moins symboliquement, la procédure pénale au service des intérêts de la victime.

352. Mais c'est plus encore la perspective d'une extinction de l'action publique fondée sur l'abolition du discernement du prévenu qui concentre les attentions du législateur à la figure victimaire. La hantise de la reconnaissance d'irresponsabilité pénale l'a conduit d'une part à réserver cette dernière aux seuls cas d'abolition totale du discernement¹¹¹², d'autre part à multiplier les dispositions procédurales visant à éviter une telle issue. Ainsi la loi n°2008-174 du 25 février 2008 a-t-elle introduit l'obligation pour le juge d'instruction de notifier oralement aux parties civiles, en présence de leurs avocats, les conclusions d'expertise psychiatrique relevant l'abolition du discernement, le cas échéant en présence des experts¹¹¹³. Si l'on peut voir dans cette disposition un souci de pédagogie et de contradictoire, elle tend surtout à conférer à la reconnaissance de l'irresponsabilité pénale un caractère exceptionnel et, au sens propre, dramatique, en mettant en quelque sorte au défi les représentants de l'institution judiciaire d'assumer leur position face à la douleur des victimes.

Une telle règle de procédure, en érigeant cette forme d'extinction de l'action publique comme un enjeu propre à la partie civile, tend directement à en privatiser le cours. Cette orientation se retrouve de façon encore plus manifeste dans l'introduction, par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, dont l'adoption fut explicitement justifiée par la prise en compte de l'intérêt des victimes¹¹¹⁴. Le souci de traiter à cette question par une voie procédurale spécifique, alors que les règles générales gouvernant le règlement

1109 Ainsi l'appréciation de la réalité du préjudice subi par la victime est-elle indispensable à la manifestation de la vérité pour l'ensemble des infractions dont la qualification dépend de gravité du dommage.

1110 Article 90-1 du Code de procédure pénale.

1111 Article 82-1 du Code de procédure pénale

1112 Article 122-1 du Code pénal.

1113 Article 167-1 du Code pénal.

1114 *Supra* n°244.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

des dossiers d'instruction sont parfaitement applicables à ce cas de figure¹¹¹⁵, ne n'explique là encore que par la volonté de dramatiser particulièrement une telle décision afin d'en limiter le plus possible la survenance.

353. Même si elle n'a finalement pas été adoptée, il faut enfin relever la tentative de certains parlementaires d'introduire, lors de l'examen du projet de loi *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, un droit d'appel de la partie civile contre les arrêts d'acquiescement prononcés par la Cour d'assises. Significative au plus haut degré d'une confusion totale entre action civile et action publique, une telle proposition ne fut pas même motivée par le grief aux intérêts civils de la victime résultant d'une telle décision¹¹¹⁶, mais pour « *lui permettre de concourir à la reconnaissance de l'éventuelle culpabilité pénale du mis en cause* »¹¹¹⁷. C'est ainsi sans surprises que l'on constate que cette forme de privatisation du procès pénal s'étend jusqu'à la définition et l'application de la sanction pénale.

2°) La privatisation de la sanction pénale.

354. Tout comme l'action publique, la sanction pénale tend de plus en plus à être appréhendée par le législateur répressif comme un outil de satisfaction symbolique des attentes présumées de la victime, c'est-à-dire la réparation de son préjudice particulier voire la satisfaction de son hypothétique désir de vengeance. Cette forme de privatisation se manifeste dès le stade de la définition de la peine. C'est ainsi que l'article 132-24 du Code pénal, dans rédaction issue de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, dispose expressément que la juridiction répressive doit, pour déterminer la nature et les modalités de la sanction applicable, prendre notamment en considération « *les intérêts de la victime* ». Il ne s'agit pas, dans une telle perspective, de prendre en compte le préjudice subi par la victime comme un élément permettant d'apprécier la gravité relative de l'infraction en cause, mais d'assigner explicitement à la peine une fonction de satisfaction de ses aspirations, au delà même de la simple réparation de son préjudice.

1115 Articles 175 et suivants du Code de procédure pénale.

1116 Laquelle ne peut, en vertu des articles 380-1 et 380-2 du Code de procédure pénale, faire appel, en ce qui concerne ses intérêts civils, que des arrêts de condamnation.

1117 Assemblée nationale, Rapport n°3532 de la treizième législature, Paris, 15 juin 2011, p.61.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Une telle forme de confusion entre l'intérêt privé de l'offensé et l'intérêt général de la collectivité trouve une illustration confondante avec la création, par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, d'une singulière sanction-réparation. Aux termes de l'article 131-8-1, cette peine « *consiste dans (sic.) l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice subi par la victime* ». Désormais « *la réparation du préjudice [n'est plus] la condition d'une diminution ou d'une absence de peine mais [...] la réparation est nommé peine* »¹¹¹⁸.

355. Au bénéfice d'une telle conception de la sanction pénale, la partie civile ne pouvait qu'être progressivement associée au processus d'exécution de la peine. Rarement relevé dans les travaux mettant en exergue l'essor de la figure victimaire dans la conduite du procès pénal, cette association pose pourtant question dès lors que l'action civile cesse, en principe, avec la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur des faits et l'octroi d'une réparation. L'application de la peine à l'auteur de l'infraction, mesure de sa dette envers la seule communauté, ne devait en principe n'intéresser que le Ministère public et la personne condamnée. Nous ne pouvons pourtant que relever, depuis plus dix ans, la propension croissante du législateur à faire de la victime une partie prenante de cette ultime phase du procès pénal.

Dans sa rédaction issue de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, l'article 707 du Code de procédure pénale dispose ainsi expressément que l'exécution des peines doit prendre en considération les « *droits des victimes* ». Introduite par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 pour la seule mesure de libération conditionnelle, l'obligation faite aux juridictions d'application des peines de prendre en compte « *les intérêts de la victime* » à été étendue par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 à toute décision « *entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté* »¹¹¹⁹. En d'autres termes il s'agit d'inviter le juge, indépendamment des gages de réinsertion sociales présentés par le condamné et notamment l'indemnisation de la partie civile, à prendre en compte le seul point de vue de la victime, réputée nécessairement troublée par son élargissement prématuré, avant de statuer sur l'aménagement de la peine d'une personne détenue.

1118 Elisabeth FORTIS, « Janus et la responsabilité », in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, p.451.

1119 Article 712-16-1 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

356. Parallèlement, le statut proprement procédural de la victime dans la phase de l'application des peines n'a cessé de s'accroître. Introduite par la loi du 15 juin 2000, la faculté laissée au juge d'information d'informer la victime d'une liberté anticipée a ainsi été elle aussi étendue à l'ensemble des mesures d'aménagement des peines d'emprisonnement par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010¹¹²⁰. Suivant une pente prévisible, la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 a ensuite ouvert la faculté à l'éventuel avocat de la « *partie civile* » de formuler à cette occasion des observations auprès de la juridiction d'application des peines¹¹²¹. Quoique que particulièrement hypothétique en pratique, une telle mesure ne pouvait que déboucher sur la proposition d'ouvrir le droit d'appel de la victime aux décisions d'aménagement des peines. Celle-ci sera ainsi explicitement formulée par voie d'amendement à l'occasion des débats parlementaires précédant l'adoption du projet de loi d'orientation et de programmation pour l'exécution des peines, sans cependant être pour le moment retenue¹¹²².

Derrière son omniprésence dans les débats parlementaires contemporains, le droit pénal apparaît ainsi profondément dégradé. Réduit à un simple instrument juridique de soutien dont la spécificité ne tient guère plus qu'à la coercition supérieure qu'il autorise, progressivement mué en un outil de satisfaction des aspirations putatives de la figure victimaire, il apparaît de plus en plus comme un édifice juridique sans identité.

1120 *Ibid.*

1121 D'abord limitée à la libération conditionnelle, cette faculté a également été généralisée à l'ensemble des décisions abrégant le cours d'une incarcération par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010.

1122 Assemblée nationale, amendement n°45 au projet de loi n°4112 d'orientation et de programmation pour l'exécution des peines, déposé par M ESTROSI le 6 janvier 2012.

§ 2 : Une pénalisation dégradée.

357. Thème récurrent des introductions des cours et manuels de droit pénal et de procédure pénale¹¹²³, la crise que traverser aujourd'hui notre droit répressif doit être prise très au sérieux. Il ne s'agit pas seulement de déplorer la dégradation intrinsèque d'une discipline juridique mais de mettre en exergue, derrière ce délitement, l'évolution des fonctions du système répressif et son incidence sur l'effectivité de l'Etat de droit.

Dans une Société démocratique plus que dans toute autre, le droit pénal occupe en effet une place dont l'éminence ne devrait avoir pour égale que la sobriété. En tant qu'instrument juridique n'ayant vocation à sanctionner certains comportements que dans la seule mesure où ils portent atteinte à la cohésion sociale, il exprime le projet d'une répression strictement limitée à la coexistence pacifique d'individus égaux. En tant qu'attribut exclusif de la collectivité, il se doit de poursuivre l'objectif d'un rétablissement rapide et pérenne de l'équilibre social et, ainsi, d'une (re)socialisation du condamné, loin de toute velléité vindicative.

Or l'évolution actuelle du droit pénal vient remettre en cause chacune de ces dimensions. Instrument de coercition supérieure indéfiniment étendu au gré des priorités du gouvernement, il devient peu à peu un droit sans identité propre (A). Outil de rétorsion symbolique au service de la figure victimaire, il perd parallèlement sa fonction pacificatrice (B).

A) Une pénalisation sans identité.

Alors que dans une Société où la liberté est le principe, le droit pénal ne devrait saisir que les actes portant réellement atteinte aux fondements de la collectivité, il apparaît chaque jour un peu plus indifférent à toute considération d'intérêt général (1). Et, alors qu'il ne devrait constituer que la forme ultime de régulation juridique des rapports sociaux, il tend à en devenir la première et même parfois la seule (2).

1°) L'oubli de l'intérêt général.

1123 Dans la quatrième édition de leur Manuel, Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon n'hésitent pas à affirmer que « le droit pénal, en phase critique, est menacé de mort », in Droit pénal général, Armand colin, Paris, 1999, p.1.

358. La pénalisation n'ayant plus pour fonction de sanctionner les atteintes les plus graves à la cohésion sociale mais de donner au pouvoir répressif les moyens juridiques de l'extension indéfinie de son domaine d'intervention, il est de moins en moins aisé d'observer derrière cette inflation constante le souci de l'intérêt général. La privatisation symbolique du procès pénal précédemment mise en exergue constitue bien évidemment la première illustration de cette confusion téléologique. A partir du moment où l'on assigne au droit pénal, en tant que tel, une fonction de réparation voire de rétorsion en réponse au préjudice subi par la victime, les transformations qui en résultent ne peuvent qu'éloigner la matière de sa finalité première de préservation des fondements de la collectivité.

Plus largement, l'instrumentation généralisée au service de politiques publiques données dont fait aujourd'hui l'objet le procès pénal ne peut que contribuer à amoindrir cette vocation collective. Certes, on peut toujours trouver dans la conduite des politiques publiques au soutien desquelles la régulation pénale est mobilisée quelques considérations d'intérêt général. Mais il ne faut pas oublier que le droit pénal occupe, au sein des institutions juridiques et au rang des fonctions régaliennes, une place éminente et même primordiale¹¹²⁴. S'il veut conserver une identité propre, son domaine d'application se doit d'être circonscrit à la sanction des atteintes aux conditions les plus élémentaires de la cohésion sociale, c'est à dire des comportements dont la tolérance ne peut qu'entraîner une dislocation plus ou moins importante et plus ou moins rapide de la Société. Le développement exponentiel d'une pénalisation de soutien a ainsi pour effet de lui ôter progressivement toute véritable spécificité juridique.

359. Ce décrochage progressif du droit pénal de l'intérêt général fondamental qu'il a vocation à exprimer trouve une seconde illustration dans la remarquable confusion au sein des valeurs sociales protégées à laquelle nous mène l'inflation textuelle contemporaine. La multiplication des incriminations et de leurs circonstances aggravantes aboutit en effet à une hiérarchie répressive qui ne laisse pas de surprendre. Depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, le Code pénal sanctionne des mêmes peines le délit de violences volontaires ou le crime de viol selon qu'ils sont commis au préjudice du conjoint ou concubin, par plusieurs personnes, avec usage d'une arme ou... en état

1124 V. Pierrette PONCELA et Pierre LASCOUMES, *op.cit.*, p.9.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'ivresse manifeste¹¹²⁵. La volonté d'apporter une réponse coercitive dissuasive à la simple déviance conduit le législateur à réprimer bien moins sévèrement les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail pouvant aller jusqu'à huit jours que l'occupation de hall d'immeuble, le racolage passif ou encore la vente à la sauvette¹¹²⁶. Sa croyance concomitante en l'effet performatif de la seule incrimination le conduit, enfin, à sanctionner pareillement de simples actes préparatoires que la réalisation de l'acte répréhensible. Ainsi le fait de proposer des relations sexuelles à un mineur de quinze ans à l'aide d'un moyen de communication électronique est-il sanctionné des mêmes peines que le délit d'atteinte sexuelle, qui incrimine la consommation de l'acte¹¹²⁷.

360. Le même constat peut être dressé s'agissant de l'allongement continu du délai de prescription de l'action publique en matière de crimes et délits à caractère sexuel. En étendant désormais à vingt ans ce délai s'agissant des crimes sexuels mais également des délits d'agressions et d'atteintes sexuelles aggravées sur mineurs¹¹²⁸, le législateur institue en la matière un régime de prescription qui s'avère potentiellement plus rigoureux encore que celui que connaissent les crimes de guerre ou les crimes contre l'espèce humaine¹¹²⁹. Or la prescription de l'action publique s'appuie non seulement sur la reconnaissance d'un certain droit à l'oubli, mais aussi sur l'expérience de la vanité d'une poursuite pénale trop tardive – singulièrement dans des procédures où les éléments d'appréciation se résument bien souvent aux propos contradictoires des parties. Là encore, l'extension du champ répressif n'est pas motivée par le souci « *de se donner de plus amples moyens pour juger l'auteur d'une transgression à la loi* » mais par celui « *de toujours garder un œil sur lui* »¹¹³⁰.

Autant d'exemples qui dénotent une absence cruelle de réflexion sur l'objet spécifique du droit pénal, qui n'apparaît convoqué par les pouvoirs publics que parce qu'il permet un niveau supérieur de coercition. La démonstration de ce qui, précisément, justifie ce surcroît de puissance publique semble désormais constituer une question secondaire pour le législateur. La dilution de l'identité

1125 Articles 222-11, 222-13 et 222-24 du Code pénal.

1126 Articles 225-10-1, 446-1 et R.625-1 du Code pénal.

1127 Articles 227-22-1 et 227-25 du Code pénal.

1128 Articles 7, 8 et 706-47 du Code de procédure pénale tels que modifiés par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

1129 Si celui-ci est fixé à trente ans par les articles 462-10 et 215-4 du Code pénal, la suspension du délai de prescription à la majorité de la victime conduit en pratique à autoriser les poursuites des infractions commises à l'encontre de mineurs bien au-delà de ce délai.

1130 Laurence LETURMY, « la répression de la délinquance sexuelle », in Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.136.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

juridique de la matière a pourtant pour effet d'en éroder significativement l'autorité.

2°) L'oubli de la subsidiarité.

361. C'est l'un des effets paradoxaux de l'influence croissante du réalisme répressif sur l'évolution du droit pénal que de conduire à l'abaissement de la force normative de l'outil dont il fait pourtant le mode hégémonique si ce n'est exclusif de régulation des conflits. La complète disparition du principe de nécessité dans la législation pénale contemporaine le place en effet en première ligne dans la prise en charge par les pouvoirs publics des phénomènes perçus comme troublant, même superficiellement, l'ordre public. A l'extension indéfinie du champs infractionnel répond l'obsession de l'automatisme de la réponse pénale au premier fait délictueux signalé¹¹³¹. Promue au nom de l'efficacité répressive, cette propension à l'hégémonie de la pénalisation ne conduit pourtant qu'à la dissolution de son autorité.

La réduction des possibilités d'action de la puissance publique à l'alternative simpliste entre inaction et répression mine la légitimité des formes alternatives de régulation, en particulier en matière éducative et sociale¹¹³². Mais la tendance hégémonique de la régulation pénale altère de la même façon sa propre force normative. Promouvoir la pénalisation exclusive et systématique de tous les comportements perçus comme socialement indésirables revient à ôter à la règle pénale la dimension exceptionnelle dont elle tirait toute son autorité. Loin d'accroître sa portée dissuasive, la généralisation et la banalisation de la norme répressive ne peuvent que la réduire à néant. Dès lors que le procès pénal devient le mode normal si ce n'est exclusif de régulation des conflits et des troubles sociaux, il perd toute la dimension solennelle et impérieuse qui contribue à nourrir l'image d'une forme de régulation d'une particulière importance, n'ayant vocation qu'à s'appliquer aux actes les plus graves. Le droit pénal ne peut présenter une normativité supérieure à celle des autres règles que dans la seule mesure où il apparaît comme l'ultime recours.

362. L'érosion de la force normative du droit pénal se nourrit également de sa croissance anarchique et pléthorique. L'inflation textuelle que nous connaissons aujourd'hui, en multipliant le nombre de

1131 *Supra* n°330.

1132 *Supra* n°336.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

qualifications pénales potentiellement applicables à un même comportement, multiplie dans le même temps le nombre de textes appelés à rester lettre morte. Le nombre de circonstances aggravantes susceptibles d'être relevées pour une infraction donnée demeurant nécessairement limité¹¹³³, leur développement incontrôlé a pour conséquence de laisser leur application effective à la discrétion de l'autorité de poursuite. Dans le même temps, la prolifération contemporaine d'incriminations essentiellement conjuratoires multiplie les hypothèses d'infractions purement virtuelles, dont la mise en œuvre ne peut qu'achopper sur l'impraticabilité du texte dans un Etat de droit. Quand bien même feraient-elles l'objet d'une poursuite systématique, celle-ci ne pourrait que se heurter sur les exigences de légalité et de présomption d'innocence dont la juridiction de jugement ne peut d'affranchir aussi aisément que le ministère public¹¹³⁴.

Au total, l'extension infinie du champs pénal nourrit l'image d'une formidable impuissance d'un pouvoir répressif, qui ne semble pouvoir apporter aux phénomènes dont il promet l'éradication d'autre réponse que leur prohibition symbolique. Bien réels en revanche s'avèrent l'entretien si ce n'est l'approfondissement du déséquilibre social causé par l'infraction que cette pénalisation endémique et belliqueuse induit.

B) Une pénalisation stérile.

363. Dès lors que l'on entend se démarquer du fantasme d'une pénalisation ayant vocation à mettre un terme au phénomène délictueux tel que le réalisme répressif l'a progressivement instillé dans les représentations, son aptitude contemporaine à conforter la cohésion sociale nous en apparaît que plus incertaine.

Avant d'être assimilé à un improbable outil de résorption du risque délictueux, le droit pénal présentait avant tout une fonction pacificatrice. Au delà de la diversité des termes, on convenait que sa mission consistait d'abord à réparer le trouble à l'ordre social causé par l'infraction, les auteurs les plus conséquents de l'humanisme pénal liant indéfectiblement cette restauration de l'équilibre social à l'amendement du condamné¹¹³⁵.

1133 Il demeure ainsi de trois en matière délictuelle et de deux en matière criminelle.

1134 *Supra* n°329.

1135 *Supra* n°17.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

La progression du leitmotiv de l'efficacité répressive, en réduisant toujours plus la portée des principes de nécessité et de proportionnalité, remet directement en cause cette vocation de concorde. Se déployant selon des logiques de plus en plus expéditives, régulièrement conçu comme un simple outil de rétorsion, le procès pénal peine à incarner l'instrument du retour à l'équilibre social rompu par l'infraction (1). Réciproquement, le détournement et l'enfermement de la figure victimaire dans une indépassable posture vindicative interdisent aux victimes réelles de quitter leur position d'offensé (2).

1°) L'aggravation du préjudice collectif.

364. Poursuivi au nom de l'efficacité, l'accroissement sans limites de l'emprise du pouvoir répressif sur la Société a pourtant pour principale conséquence la perpétuation voire l'aggravation des déséquilibres sociaux causé par le phénomène délictueux. Deux des traits saillants de la logique répressive sécuritaire illustrent bien cette incapacité à remplir sa fonction pacificatrice dans laquelle elle place le droit pénal. En premier lieu, la posture d'intransigeance et d'ostentation punitive promue par le réalisme répressif est à l'origine d'une dynamique d'escalade répressive qui rend particulièrement incertaine toute perspective de concorde. Loin de favoriser le retour à l'équilibre social, l'extension du champs pénal en dehors de toute considération de nécessité et de proportionnalité vient ajouter au trouble causé par l'infraction le nouveau déséquilibre social né d'une répression démesurée.

Même s'il n'existe pas en la matière d'études sociologiques approfondies, on peut se demander si la tendance à la disproportion de la pénalisation ne contribue pas à cristalliser et à radicaliser les comportements qu'elle prétend endiguer. Une telle interrogation se fait particulièrement sentir s'agissant de l'incrimination croissante de comportements qui s'analysent au pire comme troublant la tranquillité publique. Prolongeant une réflexion déjà formée il y a plus de deux siècles par les Constituants, comment ne pas redouter qu'une pente répressive aussi systématique et maximaliste n'ait pour effet d'inciter les personnes ciblées d'une part à élever leur niveau de délinquance pour en tirer un plus grand profit, d'autre part à se placer dans une logique d'affrontement avec un pouvoir répressif par principe inflexible ? Ainsi sont disséminés les germes d'une véritable surenchère belliqueuse, qui voit à l'élévation du niveau de violence tel que constaté par les services de police¹¹³⁶

¹¹³⁶ Si l'élévation des statistiques policières ne reflète pas nécessairement une élévation réelle du nombre de délits, elle

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

répondre un nouveau durcissement de la répression...qui alimente en retour l'activité délictueuse. Dans une telle perspective, loin de favoriser le rétablissement de l'équilibre social mis à mal par la commission de l'infraction, le droit pénal devient au contraire l'instrument d'un approfondissement sans fin du déséquilibre...

365. Un constat similaire peut être dressé à propos du principe de rigidité punitive qui émerge parallèlement dans le sillage de la logique répressive sécuritaire. A la faveur de la progression du leitmotiv de l'efficacité répressive, nous constatons en effet une remise en cause brutale du principe d'individualisation de sanction pénale à l'époque contemporaine¹¹³⁷. Couplée à la promotion concomitante d'un droit pénal de rétorsion supposé répondre aux aspirations des victimes, elle aboutit à recréer les « monstres » au nom desquels on prétend durcir sans fin la répression des infractions les plus graves. Sans exception, les études de démographie pénale ont pourtant mis en lumière la réduction sensible du risque de réitération que permettent non seulement les peines alternatives à l'incarcération mais encore l'aménagement systématique des peines de prison¹¹³⁸.

Indifférent à de telles considérations scientifiques, le retour en force du thème de l'affliction nécessaire qui sous-tend en réalité le retour à la fixité des peines favorise plus que tout autre chose l'enfermement de certains individus dans un parcours délictueux. L'absence de perspective précise de libération anticipée, des conditions de détention particulièrement désocialisantes que crée une surpopulation carcérale endémique¹¹³⁹ et le développement d'un arsenal de mesures coercitives préventives entravant significativement la réinsertion des condamnés auxquels elles s'appliquent, sont autant de facteurs qui contribuent à construire la dangerosité censée justifier une telle politique pénale.

La logique répressive sécuritaire se trouve ainsi à l'origine d'une spirale répressive sans fin, récréant sans cesse les périls contre lesquels elle prétend prémunir la Société. Et, en dépit de toutes les envolées rhétoriques qui la fondent, elle n'offre pas davantage à la victime l'occasion de se départir de sa condition.

n'en sert pas moins de prétexte à l'accroissement des prérogatives du pouvoir répressif.

1137 *Infra* n°383.

1138 V. Pierre V. Tournier, « Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ? », *AJ. Pénal* 2005, n°9, 315-317.

1139 De 98,4% en 2000, le taux d'occupation des établissements pénitentiaires a bondi à 121,9% en 2003, oscillant entre 115 et 120% depuis ; *Annuaire statistique de la Justice*, édition 2005 p.203 et édition 2009-2010, p215.

2°) L'entretien du préjudice privé.

366. De toutes les mystifications qui permettent à la logique répressive sécuritaire de détricoter en toute impunité l'ordre pénal républicain, celle qui entoure l'utilisation de la figure victimaire dans le discours normatif constitue l'une des plus spectaculaires. Le décalage entre la profession de foi en faveur des victimes qui nourrit régulièrement les débats parlementaires et l'effet concret sur leur position dans le procès pénal de l'évolution menée en leur nom est en effet des plus criants. D'abord, parce que le développement exponentiel des modes de jugement simplifiés et accélérés des délits que nous constatons aujourd'hui se fait également au détriment du droit des victimes à faire valoir leurs demandes dans de bonnes conditions¹¹⁴⁰. Surtout, loin de leur permettre de se libérer du préjudice consécutif à l'infraction, l'enrôlement de la figure victimaire dans la dernière séquence de législation pénale contribue bien au contraire à l'enfermer indéfiniment dans son statut d'offensé.

Ce mouvement de victimation perpétuelle se donne d'abord à voir dans la phase présentencielle du procès pénal. En construisant l'image d'une victime en quête d'une pénalisation réparatrice, catharsique si ce n'est vindicative, le réalisme répressif la prive d'une justice pénale ayant vocation à dépassionner l'infraction pour mieux lui permettre de s'en distancier. Ce n'est pas avec le spectacle d'une rétribution en forme de rétorsion que la victime peut dépasser sa situation d'offensée. Pour lui permettre cela, le procès pénal doit certes, par la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur des faits, consacrer l'illégitimité de son préjudice au regard de la loi et de la Société. Mais la condamnation ne peut avoir cet effet que si elle intervient au terme d'un processus suffisamment sobre et mesuré pour éviter une surenchère répressive qui ne ferait qu'entretenir la situation d'anomie née de l'infraction. De la même façon qu'elle met en demeure l'institution judiciaire de tenir compte ses hypothétiques aspirations vindicatives, la logique répressive sécuritaire place d'autorité la victime dans cette posture. En créant l'illusion d'une procédure pénale à son service, en recréant pour elle un quasi-procès pour la constatation de l'irresponsabilité pénale de l'auteur des faits, elle l'associe indéfiniment à un vécu victimaire dont elle voudrait au contraire se libérer.

1140 L'économie générale de la procédure de comparution immédiate, postulant le jugement le plus rapide des faits – généralement à l'issue d'une garde-à-vue de 24 à 48 heures – rend matériellement très difficile l'exercice de l'action civile. Il en est de même pour la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dans laquelle il est sacrifié au souci d'une transaction rapide sur l'action publique. Enfin, le caractère non-contradictoire de la procédure de l'ordonnance pénale rend son exercice des plus hypothétiques.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

367. Fort logiquement, ce mouvement de victimation perpétuelle se poursuit dans la phase postsentencielle du procès pénal. En voulant associer la victime au processus d'aménagement de la peine de l'auteur de l'infraction, le législateur contribue en réalité à lier sempiternellement leurs existences quand la première peut très légitimement ne pas souhaiter être indéfiniment rappelée à ce moment douloureux de sa vie. Le simple fait de postuler, des années après la condamnation et plus encore après les faits, le maintien de la qualité de partie civile chez la victime témoigne du refus sinon de l'incapacité de concevoir que cette dernière puisse se détacher de l'infraction et de ses conséquences¹¹⁴¹. Envisager par principe que la victime veuille s'opposer à la libération anticipée du condamné des années après les faits c'est, une fois encore, figer cette dernière dans une indépassable posture vindicative.

Ainsi la pénalisation endémique promue par le réalisme répressif est également une pénalisation stérile, incapable de rétablir l'équilibre social troublé par l'infraction ni de libérer la personne lésée de sa condition victimaire. En organisant une réponse pénale automatique et hégémonique, la logique répressive sécuritaire contribue puissamment à la dégradation du droit pénal en un instrument juridique supplétif, sans identité ni finalité. La remise en cause de sa vocation de protection de la liberté du citoyen contre l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif n'en est que plus importante.

1141 *Supra* n°356.

CHAPITRE 2 : DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ AU PRINCIPE DE PRÉCAUTION.

368. En juillet 2002, le Ministre de l'intérieur, proposant l'attribution aux services d'enquête de biens saisis au cours de l'enquête avant même la condamnation de leurs possesseurs, n'envisageait la perspective d'une relaxe que sous la forme singulière d'une « *déclaration d'innocence* »¹¹⁴².

On peut certes mettre sur le compte d'une maladresse ou même d'une certaine inculture juridique une telle formulation, qui semble poser en principe la culpabilité des personnes poursuivies. On aurait tort de n'y voir qu'une imprécision terminologique. La remise en cause plus ou moins explicite de la présomption d'innocence constitue en effet une conséquence mécanique de la progression de la logique répressive sécuritaire dans notre système juridique. A partir du moment où l'on assigne au procès pénal la mission de garantir la sécurité de l'individu, tout ce qui peut paraître s'opposer à cette exigence se trouve inexorablement remis en question.

A mesure que s'impose dans notre ordre pénal l'exigence d'efficacité répressive, toute l'architecture juridique et notamment procédurale patiemment mise en place pour prémunir le citoyen de l'arbitraire des autorités répressives menace ruine. Face au principe cardinal de légalité des délits et des peines émerge bientôt un singulier principe de précaution pénale, leitmotiv diamétralement opposé qui voudrait s'affirmer comme le nouveau pivot du droit pénal. Quand la sécurité remplace la liberté comme socle du système juridique, la perspective s'inverse brutalement. Il ne s'agit plus cantonner l'action du pouvoir répressif à ce qui est strictement nécessaire à la coexistence pacifique des citoyens mais bien au contraire de traquer et neutraliser *ante delictuem* tout ce qui apparaît menacer, même virtuellement, leur intégrité.

A la lumière d'un tel glissement s'observe une mutation complète de l'idée de proportionnalité de la répression. Loin de signifier la stricte limitation des prérogatives des autorités policières et judiciaires à ce qui est indispensable à la constatation, la poursuite et la sanction des infractions, elle tend à être dévoyée en une figure rhétorique qui prend argument de l'aggravation dramatique de la délinquance pour promouvoir une répression plus violente encore (Section 1).

¹¹⁴² Assemblée nationale, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la Sécurité intérieure, n°36 de la douzième législature, Paris, 10 juillet 2002, p.23.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

En second lieu, le principe de précaution pénale s'incarne dans la prise en compte croissante, dans la conception et la mise en application du droit pénal, de la figure du criminel dangereux. A l'origine d'un arsenal répressif qui, plus que tout autre chose, contribue à lui donner corps, elle tend à y remplacer la présomption d'innocence qui guide aujourd'hui le procès pénal par une invraisemblable présomption de dangerosité (Section 2).

SECTION 1 : D'UNE PROPORTIONNALITÉ L'AUTRE : DE LA MODÉRATION À LA SURENCHÈRE RÉPRESSIVE.

369. En 1791, introduisant à l'assemblée constituante la discussion qui allait précéder l'adoption du premier Code pénal, Michel le Peletier de St Fargeau rappelait, à la suite de Beccaria, que « *le méchant [est] poussé par la loi même au dernier degré du crime, parce que dès ses premiers pas, il trouve le dernier degré du supplice* »¹¹⁴³. Au début du XXIème siècle, la préoccupation du législateur est sensiblement différente, avant tout centrée sur « *l'adaptation attendue du système pénal français, destinée à doter notre pays des armes nécessaires pour lutter contre les nouvelles formes de criminalité* »¹¹⁴⁴.

A deux siècles d'intervalle, la perspective paraît s'être de nouveau inversée. On ne raisonne plus du danger de la démesure répressive à la nécessité d'un strict encadrement de l'action des autorités mais du péril délictueux à la nécessité d'accroître leurs prérogatives. L'exigence d'efficacité distillée par la logique répressive sécuritaire commande en effet de renforcer par principe l'emprise du pouvoir répressif sur la Société avant, éventuellement, de se demander de quelles garanties minimales il convient d'assortir cette extension.

Ainsi peut se mettre en place une véritable dynamique d'escalade répressive, qui voit la réponse pénale monter en gamme à chaque nouvelle manifestation délictueuse un tant soi peu mise en exergue. L'exigence républicaine de modération répressive subit dès lors une érosion constante, qui se ressent tant dans la phase présenticielle du procès pénal (1) que dans sa phase postsentencielle (2).

1143 Michel LEPELETIER de St FARGEAU, *op.cit.*, p.90.

1144 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, n°856 de la douzième législature, Paris, 14 mai 2003, p.15.

§ 1 : L'affaïssement du principe de proportionnalité dans la phase pénitentiaire du procès pénal.

Les formes contemporaines d'atteinte au principe de proportionnalité sont de deux ordres. Elles trouvent d'abord leur origine dans l'extension continue que connaissent les pouvoirs des services de police et du Ministère public depuis plus de dix ans. Mais il ne faut pas négliger la résurgence contemporaine du pouvoir proprement répressif de l'autorité administrative et de certaines autorités privées.

Aussi devons nous analyser non seulement l'accroissement du pouvoir répressif judiciaire (A), mais également celui du pouvoir répressif extra-judiciaire (B).

A) L'accroissement démesuré du pouvoir répressif judiciaire.

370. L'augmentation des prérogatives des autorités répressives ne signe pas, en soi, une atteinte au droit à la sûreté. Elle ne recouvre une telle dimension que dans la mesure où elle conduit à leur conférer des pouvoirs réellement disproportionnés par rapport à la mission qui est la leur dans un Etat de droit¹¹⁴⁵. Autrement dit, les pouvoirs des services de police ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire à la constatation des infractions et notamment à l'appréhension de leurs auteurs potentiels. De la même façon, les pouvoirs du Ministère public ne devraient avoir pour seule finalité que la poursuite effective et utile des infractions à la loi pénale.

Or, dans un cas comme dans l'autre, nous observons un accroissement de leurs prérogatives sans commune mesure avec l'évolution de leurs attributions – du moins celles que les autorités répressives ont vocation à exercer dans une Société démocratique. Au bénéfice d'une rhétorique de la montée des périls particulièrement prégnante dans les débats législatifs¹¹⁴⁶, nous constatons l'accroissement parallèle du pouvoir répressif des services de police (1) et de celui du ministère public (2).

1145 *Supra* n°127.

1146 *Supra* n°125.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) La démesure de l'enquête pénale.

371. La disproportion entre les pouvoirs d'investigations des service de police et leur finalité de constatation des infractions se donne d'abord à voir en ce qui concerne les atteintes à la vie privée. La création, par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, d'un régime d'enquête spécifique aux infractions commises en bande organisée, a ainsi considérablement étendu les possibilités d'investigations intrusives données aux enquêteurs. A côté de l'interception des conversations téléphoniques autorisée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention¹¹⁴⁷, il leur est désormais permis de procéder en tous lieux à la sonorisation et l'enregistrement d'images à l'insu des personnes observées¹¹⁴⁸ et, depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, de procéder de la même façon à la captation à distance de données informatiques¹¹⁴⁹. De telles mesures ne sauraient en soi être considérées comme nécessairement démesurées. L'intensité de l'atteinte portée à la vie privée implique cependant qu'elles ne soient employées que pour la constatation et l'élucidation des infractions les plus graves.

Dès lors, un premier facteur de disproportion de ces mesures se donne à voir dans l'importance de leur domaine d'application potentiel. En application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le régime dérogatoire concerne aujourd'hui dix-huit catégories d'infractions parmi les plus courantes, depuis le crime de meurtre en bande organisée jusqu'au délit de non justification de ressources¹¹⁵⁰. Or la circonstance de bande organisée, qui autorise le recours aux mesures d'enquête exceptionnelles, demeure à ce jour particulièrement imprécise et est laissée à l'appréciation des juges du fond par la Cour de cassation¹¹⁵¹. Aussi sa caractérisation reste, au stade de l'enquête, par hypothèse incertaine. En conséquence, le nombre de faits potentiellement concernés s'avère particulièrement important. En outre, si les différentes mesures de surveillance occultes qu'autorise l'invocation de la bande organisée doivent être autorisées par un juge, force est de constater que

1147 Articles 100 et suivants, 706-95 du Code de procédure pénale.

1148 Articles 706-95 et suivants du Code de procédure pénale.

1149 Articles 706-102-1 et suivants du Code de procédure pénale.

1150 Sont ainsi visés le meurtre les tortures et actes de barbarie, le trafic de stupéfiants, l'enlèvement et la séquestration, la traite des êtres humains, le proxénétisme, le vol, l'extorsion, l'escroquerie, la dégradation et la détérioration d'un bien par incendie, la fausse monnaie, le terrorisme, les délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, le blanchiment, le recel, l'association de malfaiteurs prévus la non-justification de ressources, le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport ainsi que les crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement, contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs.

1151 *Supra* n°173.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'exigence de motivation est particulièrement légère. L'autorisation prend ainsi la forme d'une ordonnance sans recours, prise au regard des seules « *nécessités de l'information* »¹¹⁵², sans que la juridiction soit expressément invitée à justifier de la nécessité réelle de la surveillance pour la constatation de l'infraction en cause.

372. En second lieu, la disproportion du pouvoir répressif des services d'enquête s'observe dans la démesure des atteintes portées à la liberté d'aller et venir des personnes suspectées. L'évolution du régime de la garde-à-vue est à cet égard symptomatique, dans la mesure où elle reproduit à l'échelle d'une mesure coercitive donnée le conflit systémique normatif qui agite l'ensemble de la matière pénale¹¹⁵³. La conception de la garde-à-vue promue par le réalisme répressif et traduite par les lois n° 2003-239 du 18 mars 2003 et n°2004-204 du 9 mars 2004 en fait essentiellement un instrument de démonstration répressive. D'abord, parce que le recours systématique à cette mesure, sans considération des nécessités de l'enquête, aboutit de fait à un usage disproportionné¹¹⁵⁴.

Ensuite, parce qu'en supprimant l'obligation de notifier à la personne gardée à vue son droit de garder le silence¹¹⁵⁵ et en prévoyant le report de l'intervention de l'avocat jusqu'à la soixante-douzième heure en matière de bande organisée¹¹⁵⁶, il s'agit d'ôter tout caractère contradictoire à la mesure. Cette conception trahit l'opinion selon laquelle le respect d'un minimum de droits de la défense n'aurait pour seule finalité que de lui permettre d'organiser son impunité. Dans une telle perspective, la garde-à-vue est perçue non comme une mesure coercitive préventive, mais comme un mode d'obtention de preuve se caractérisant, à titre principal, par la pression exercée sur la personne suspectée en vue d'obtenir d'elle des aveux – ce que le droit au silence et la présence à ses côtés de l'avocat sont supposés contrarier.

373. L'évolution récente du régime de la garde-à-vue ne doit donc absolument rien à la logique répressive dominante de ces dernières années. Certes, la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, en imposant des critères précis et une motivation circonstanciée pour le placement et la prolongation de la mesure, en rétablissant le droit au silence et en prévoyant l'assistance effective de l'avocat aux

1152 Articles 706-95 et 706-102-1 du Code de procédure pénale.

1153 V. Vincent SIZAIRE, garde-à-vue : Risques et Faux semblants d'une réforme annoncée, in AJ Pénal 2010, n°11, p.480-483.

1154 *Supra* n°167.

1155 Article 19 de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

1156 Article 706-88 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

auditions du suspect, a incontestablement restauré les conditions d'une mise en œuvre proportionnée¹¹⁵⁷. Mais, loin de s'inscrire dans la continuité de la dynamique normative récente du législateur, cette réforme se rattache au contraire à celle qu'il s'emploie méthodiquement à combattre et ne doit son adoption qu'aux décisions successivement prises par les Cours suprême européennes et nationale.

Ce n'est en effet qu'à l'issue de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010¹¹⁵⁸ puis des arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 censurant le dispositif alors applicable¹¹⁵⁹, que le gouvernement se décida à déposer dans l'urgence un projet de loi, ayant jusqu'alors considéré que la position tout aussi critique adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme ne menaçait pas le droit français¹¹⁶⁰. La caractère contraint du revirement opéré par le législateur apparaît d'autant plus manifeste que le texte adopté demeure en-deçà des exigences européennes, en ne prévoyant pas l'accès de l'avocat au dossier de la procédure¹¹⁶¹ et en conférant au Procureur de la République des prérogatives incompatibles avec sa position procédurale d'accusateur¹¹⁶².

Ainsi l'accroissement récent des prérogatives des services de police judiciaire leur confère un caractère sensiblement démesuré qui, couplé à l'accroissement parallèle du pouvoir du Ministère public, vient remettre en cause de façon particulièrement marquée le principe de proportionnalité.

1157 Articles 62-2 à 64 du Code de procédure pénale.

1158 CC, décision QPC n°2010/14/22 du 30 juillet 2010.

1159 Crim. 19 octobre 2010, Bull. Crim.2010 N°169 ; la décision sera confirmée par l'assemblée plénière, avec effet rétroactif, dans quatre arrêt du 15 avril 2011, Bull. Crim. 2011, AP, n°1.

1160 Dans ses Arrêts *Salduz c/ Turquie* du 27 novembre 2008 et *Dayanan c/ Turquie* du 13 octobre 2009, la Cour de Strasbourg indique ainsi, selon une formule de portée générale, que « *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* ».

1161 Article 63-4-1 du Code de procédure pénale.

1162 Le Procureur de la République demeure, en application de l'article 63 du Code de procédure pénale, compétent pour prolonger la mesure de garde-à-vue et peut en outre, aux termes de l'article 63-4-2, s'opposer à la présence de l'avocat jusqu'à la douzième heure.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) La démesure des poursuites pénales.

374. A la faveur de la reconfiguration du procès pénal en un outil de gestion de la déviance, la conception et la conduite de la poursuite pénale s'affranchissent chaque jour davantage du principe de proportionnalité. Sous couvert d'un souci de simplification et d'accélération, s'observe en premier lieu une tendance très lourde au développement en matière délictuelle de procédures véritablement expéditives. Cette évolution est d'abord permise par l'extension du domaine d'application de la procédure de comparution immédiate. Destinée à juger très rapidement les faits, en pratique dans les deux ou trois jours suivant leur commission, elle ne devrait s'appliquer qu'aux infractions en état d'être jugées et d'une gravité telle qu'elle justifie une présentation sans délais du prévenu devant le tribunal correctionnel. En ne fixant comme limite à ce type de poursuite qu'un seuil de peine encourue de deux ans en matière d'enquête préliminaire et de six mois en matière de flagrance¹¹⁶³, la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 l'a concrètement étendu à la quasi totalité des délits, augmentant le nombre de comparutions immédiates de plus de 36% entre 1999 et 2005¹¹⁶⁴.

Ainsi le justiciable, prévenu comme partie civile, se trouve-t-il exposé – quelque soit la gravité réelle des faits poursuivis – à une procédure qui, de fait, limite considérablement l'exercice de ses droits, en ne lui laissant au mieux que quelques heures pour préparer l'audience. Généralement utilisée dans ce but par le Ministère public, la comparution immédiate autorise pourtant une application de la loi pénale plus rigoureuse qu'à l'ordinaire en permettant la délivrance d'un mandat de dépôt quelle que soit le quantum de la peine prononcée¹¹⁶⁵. La disproportion répressive qui caractérise la systématisation de ce mode de poursuite n'en apparaît que plus manifeste.

375. Mais le principe du contradictoire se trouve atteint de façon plus marquée encore avec l'institution et le développement de la procédure d'ordonnance pénale délictuelle, aux termes de laquelle le juge statue sur la seule base du dossier et des réquisitions du Procureur de la République, sans entendre ni les parties ni leurs conseils¹¹⁶⁶. Créée par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, son domaine d'application a été considérablement étendu par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 « *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement (sic.) de certaines procédures*

1163 Article 395 du Code de procédure pénale.

1164 Observatoire de la Justice pénale 1999-2009, p.9

1165 Article 397-4 du Code de procédure pénale.

1166 Article 495-1 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

juridictionnelles ». Initialement cantonnée aux délits prévus par le Code de la route, à certains délits commerciaux passibles de seules peines d'amende et au délit d'usage de stupéfiant, elle est désormais applicable à quatorze catégories d'infraction, y compris des délits récurrents comme le vol, le recel ou les dégradations volontaires¹¹⁶⁷. Essentiellement motivé par un souci de rationalisation de la production répressive, se généralise progressivement un mode de jugement correctionnel dans lequel l'absence de contradictoire prive le justiciable, dans l'incapacité de faire valoir sa défense, de toute garantie d'un traitement proportionné.

376. La disproportion de la répression se nourrit également de l'affaïssement significatif de son contrôle juridictionnel, seul à même de garantir que les modalités particulières de la poursuite pénale s'avèrent strictement nécessaires à la conduite de l'action publique. Depuis plus de dix ans, au terme d'un parallélisme saisissant, les attributions et les prérogatives du Ministère public n'ont cessé de croître à mesure que sa dépendance fonctionnelle et statutaire à l'égard du pouvoir exécutif se réaffirmait. L'étendue et la portée du contrôle du juge pénal en ont été réduites d'autant.

Ce basculement se manifeste d'abord par la propension à le cantonner à une fonction de simple homologation d'une condamnation déterminée en son principe et ses modalités par le Ministère public¹¹⁶⁸. Instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, la procédure de composition pénale permet ainsi au Procureur, pour les délits punis d'une peine n'excédant pas cinq ans d'emprisonnement, de proposer une « mesure » à l'auteur de l'infraction qui reconnaît sa responsabilité, avant de soumettre l'accord éventuellement passé à l'approbation du président du Tribunal ou du juge commis par lui¹¹⁶⁹. Même si elle n'est pas formellement qualifiée de poursuite, cette procédure s'en rapproche toutefois fortement, certaines « mesures » étant directement inspirées des peines correctionnelles tandis que la composition est inscrite au bulletin n°1 du Casier judiciaire.

Créée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 et généralisée à la quasi totalité des délits par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité étend ce schéma à la poursuite pénale stricto sensu¹¹⁷⁰. Dans un cas comme dans l'autre, le

1167 Article 495 du Code de procédure pénale.

1168 V. Camille VIENNOT, *op.cit.*, p.339 et suivantes.

1169 Articles 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale.

1170 Articles 495-7 et suivants du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

contrôle du juge se trouve doublement réduit. D'une part, il ne peut substituer à la peine proposée une sanction qui lui paraîtrait plus proportionnée. D'autre part, il ne dispose pas de la faculté d'apporter, le cas échéant, leur correcte qualification pénale aux faits poursuivis, ne pouvant sanctionner une éventuelle sur-qualification que par un refus d'homologuer.

377. La marginalisation du contrôle juridictionnel de la répression se nourrit enfin de la tendance marquée du Ministère public à limiter au maximum le recours à l'instruction préparatoire avant la saisine du tribunal correctionnel. Ainsi le nombre d'ouvertures d'information a-t-il été divisé par deux entre 1999 et 2009¹¹⁷¹. Alors que la procédure d'instruction permet une mise en état particulièrement contradictoire et exhaustive du dossier avant son renvoi éventuel devant la juridiction de jugement¹¹⁷², la conduite des investigations sous la seule autorité du Ministère public laisse sa construction à sa seule discrétion, les parties ne pouvant concrètement en prendre connaissance que dans les jours précédant l'audience.

Certes, les mesures coercitives et intrusives décidées au cours de l'enquête préliminaire telles la perquisition sans consentement, la prolongation de la garde-à-vue au delà de la quarante-huitième heure ou les écoutes téléphoniques doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention¹¹⁷³. Mais, parce qu'il ne dispose d'aucune garantie d'inamovibilité fonctionnelle et qu'il n'intervient que de façon ponctuelle, souvent dans l'urgence et sans aucune faculté d'influer sur la conduite du dossier, ce magistrat est loin d'exercer un contrôle de proportionnalité équivalent à celui du juge d'instruction¹¹⁷⁴.

Au total, l'accroissement du pouvoir répressif des autorités policières et judiciaires présente un caractère éminemment démesuré qui ne peut qu'affaiblir le principe de proportionnalité. Mais ce dernier se trouve également atteint par l'essor parallèle du pouvoir répressif extrajudiciaire.

1171 Observatoire de la Justice pénale 1999-2009, p.5.

1172 En vertu des articles 79 et suivants du Code de procédure pénale, l'information judiciaire permet non seulement l'accès des parties à l'entier dossier de la procédure, mais laisse encore et surtout la possibilité d'orienter les investigations en formulant des demandes d'actes que le juge d'instruction ne peut refuser que par ordonnance motivée. L'ensemble des décisions rendues au cours de l'instruction le sont après débat contradictoire.

1173 Articles 76, 706-88 et 706-95 du Code de procédure pénale.

1174 V. Vincent SIZAIRE, Quel modèle pour l'instruction ? In AJ Pénal 2009, n°10, p388-392.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) L'accroissement du pouvoir répressif extrajudiciaire.

A la différence du pouvoir répressif judiciaire, dont la progression n'est pas en soi synonyme de démesure, l'existence même d'un pouvoir répressif s'exerçant en dehors de tout cadre judiciaire est le signe d'une répression disproportionnée ou, à tout le moins, dépourvue de toute garantie de proportion.

C'est ainsi une autre forme de mise en cause du principe de proportionnalité que nous pouvons observer à l'époque contemporaine, non seulement à travers le développement significatif du pouvoir répressif administratif (1), mais également dans la résurgence d'un pouvoir répressif privé de plus en plus influent (2).

1°) La progression du pouvoir répressif administratif.

378. Héritage direct de la réaction bonapartiste, l'influence de l'Administration au sein du système répressif n'a cessé de produire ses effets depuis le début du XIX^{ème} siècle¹¹⁷⁵. Néanmoins, après une nette tendance au reflux de ses prérogatives au profit de l'autorité judiciaire depuis la Libération, se donne aujourd'hui à voir un complet retournement qui voit l'autorité administrative reprendre une place de plus en plus prépondérante dans la conduite du procès pénal. Cette emprise se manifeste tout d'abord par l'essor considérable d'une véritable pré-répression administrative placée sous l'autorité du préfet et surtout du maire et qui s'inscrit dans une politique plus vaste de prévention répressive de la délinquance¹¹⁷⁶.

Mais elle se traduit également par l'influence indirecte mais incontestable de l'autorité préfectorale dans la définition et la conduite de la politique pénale locale. Si la loi pénale confie officiellement au procureur de la République la direction de la police judiciaire¹¹⁷⁷, ses agents demeurent très concrètement placés sous l'autorité organique du ministre de l'intérieur, représenté localement par le préfet. Depuis l'adoption du décret n°2002-889 du 15 mai 2002, le ministère de l'intérieur a en outre autorité directe non seulement sur les services de la police nationale, mais également sur les

1175 *Supra* n°177.

1176 *Infra* n°405.

1177 Article 41 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

services de gendarmerie¹¹⁷⁸. Le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure annexé à la loi n°2002-1094 d'orientation et de programmation du 29 août 2002 précise que « *le préfet assure la coordination de l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure, sans préjudice des compétences de l'autorité judiciaire. Les objectifs nationaux sont déclinés par les conférences départementales de sécurité co-présidées par le préfet et le procureur de la République* »¹¹⁷⁹. De façon tout aussi explicite, le décret n°2004-374 du 29 avril 2004 dispose que « *le préfet de département a la charge de l'ordre public et de la sécurité des populations* »¹¹⁸⁰, alors que dans le même temps la garantie de la sécurité des individus est expressément présentée comme la finalité première de la justice pénale¹¹⁸¹.

Au bénéfice de cette double autorité sur l'activité des services de police judiciaire, le préfet ne peut qu'exercer une influence déterminante sur l'exercice de la politique pénale. C'est la raison pour laquelle cette dernière s'avère aujourd'hui moins gouvernée par des considérations tenant à la structure locale de la délinquance que par des considérations tenant aux différentes politiques publiques que le droit pénal est appelé à soutenir¹¹⁸². En usant du procès pénal comme un simple instrument destiné à apporter un surcroît de coercition à la mise en œuvre des priorités de l'exécutif, une telle évolution ne peut que favoriser une répression disproportionnée car indifférente à l'importance et à la gravité effective des comportements soumis à pénalisation systématique.

379. Enfin, le pouvoir répressif administratif se développe aujourd'hui à travers le développement des entités répressives dites « indépendantes ». Les pouvoirs publics observent en effet ces dernières années une nette tendance à conforter et à étendre leur champs de compétence. Ce mouvement est particulièrement sensible en matière économique et financière, où la répression administrative vient directement concurrencer, si ce n'est même supplanter, la répression judiciaire. D'un côté, le législateur organise une large dépénalisation du droit commercial. Les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001, 2003-706 et 2003-707 du 1er août 2003 ont ainsi abrogé la plupart des infractions sanctionnant la violation d'obligations formelles. Derrière l'apparent souci de

1178 La loi n°2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale a ensuite rattaché organiquement la gendarmerie nationale au ministère de l'intérieur.

1179 Rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure annexé à la loi d'orientation et de programmation du 29 août 2002, JORF du 30 août 2002, p.14400

1180 Article 11 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements.

1181 *Supra* n°294.

1182 *Supra* n°261 et 344.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

simplification, se diffuse l'opinion selon laquelle il conviendrait de privilégier systématiquement des modes de régulations alternatifs à la pénalisation pour sanctionner des actes opportunément qualifiés de « *conflits entre personnes privées* »¹¹⁸³. Parallèlement, sont renforcées dans leurs prérogatives l'autorité de la concurrence, qui vient remplacer le Conseil du même nom¹¹⁸⁴, et l'autorité des marchés financiers, née de la fusion la commission des opérations de bourse et du conseil des marchés financiers¹¹⁸⁵.

Un tel transfert au pouvoir administratif de l'essentiel de la répression des actes et pratiques commerciales contraires à l'intérêt général heurte les exigences de la Sûreté d'une double façon. D'abord, en privant les personnes poursuivies devant ces instances au titre des quasi-infractions dont elles ont connaissance du droit à un véritable contrôle juridictionnel de la répression. Certes, les procédures suivies devant les entités répressives ad hoc s'inspirent aujourd'hui des exigences du procès équitable, prévoyant en particulier un certain nombre de garantie du respect du contradictoire. Elles n'en demeurent pas moins des émanations de l'Administration et observent une confusion des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de jugement qui interdit de les considérer comme suffisamment impartiales¹¹⁸⁶.

Mais la Sûreté du citoyen se trouve également menacée par la poussée de l'arbitraire des puissances privées que libère potentiellement un tel mouvement de dépenalisation. Certes, les comportements tombant sous le coup des pouvoirs répressifs de l'Autorité de la concurrence et de l'Autorité des marchés financiers demeurent réprimés. Mais, en ne prévoyant que des sanctions pécuniaires aux effets très sensiblement inférieurs à ceux d'une sanction pénale, notamment en terme de privation ou de restriction de droits, une telle orientation s'inscrit inévitablement dans une logique de modération de la répression à l'égard du pouvoir économique¹¹⁸⁷. La résurgence, sous toutes ses formes, du pouvoir répressif privé constitue en effet un autre trait saillant de la remise en cause de la proportionnalité de la répression.

1183 COULON Jean-Marie (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, rapport au ministre de la justice, Paris, La Documentation française, 2008, p.3.

1184 Article 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

1185 Article 1er de la loi n°2003-706 pour la sécurité financière.

1186 *Supra* n°188 et suivants.

1187 *Supra* n°197.

2°) La progression du pouvoir répressif privé.

380. C'est l'une des formes typiques par lesquelles s'exprime le bon sens répressif que la promotion d'une plus ou moins grande délégation de pouvoir aux autorités privées dans la conduite du procès pénal¹¹⁸⁸. L'époque contemporaine est ainsi marquée par la reconnaissance officielle du rôle des acteurs de la sécurité privée dans la politique globale de sécurité promue par les pouvoirs publics. Affirmé pour la première fois par la loi n°95-73 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 21 janvier 1995¹¹⁸⁹, cet adoubement a depuis été confirmé par l'ensemble des textes d'orientation et de programmation ultérieurs.

Ainsi la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 approuve en son premier article un rapport annonçant que « *L'Etat veillera à ce que les autres acteurs de la sécurité que sont les professions de sécurité exercent leurs activités dans des conditions qui permettent les complémentarités* »¹¹⁹⁰. De la même façon, l'étude d'impact de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 indique, pour s'en féliciter, que « *[les] réformes [qu'elle introduit] conduiront à une augmentation de l'activité du secteur de la sécurité privée* »¹¹⁹¹. Sans surprise, « *les effectifs des sociétés de sécurité privée croissent de 3% par an, si bien qu'avec plus de 200 000 effectifs d'ici à 2012, il y aura bientôt presque autant d'agents privés en France que de policiers ou de gendarmes* »¹¹⁹². Loin de l'objectif initialement poursuivi par la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 d'un encadrement d'une activité alors strictement cantonnée dans la sphère privée, il s'agit d'associer de façon explicite ces différentes personnes privées à la garantie de la sécurité du citoyen et donc à la lutte contre la délinquance. .

381. Or, sauf à demeurer vœu pieu, une telle reconnaissance ne peut longtemps prospérer sans remettre en cause le monopole de la coercition légitime que les seuls services de l'Etat sont supposés détenir dans une démocratie. Faut-il le rappeler, prémunir le citoyen de l'arbitraire du pouvoir répressif c'est d'abord lui garantir que seules les institutions représentatives de la

1188 Supra n°187.

1189 Laquelle dispose, en son article 1er, « *L'Etat associe, dans le cadre des contrats locaux de sécurité, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, qui participent également à la politique de sécurité. D'autres personnes, morales et privées, et notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport, peuvent concourir à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces contrats* ».

1190 Rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure 2003-2007, p.3.

1191 Etude d'impact du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Paris, mai 2009, p.57.

1192 Djoheur ZEROUKI-COTTIN, « La sécurité privée en marche vers la professionnalisation », AJPénal 2010 p.495.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

collectivité, agissant selon les prescriptions de la loi, sont habilitées à l'exercer. Enrôler expressément les forces de sécurité privée dans la lutte contre la délinquance aboutit pourtant à leur conférer des prérogatives répressives qui excèdent largement celles qu'elles détiennent, au même titre que chaque citoyen, en vertu de l'article 73 du Code de procédure pénale¹¹⁹³.

D'une part, cela les conduit à s'arroger un pouvoir général de police dans les lieux, en particulier ceux ouverts au public, où elles exercent leurs missions¹¹⁹⁴. D'autre part et surtout, cela pousse le législateur à leur octroyer des prérogatives normalement réservées aux agents de police judiciaire, dans la conduite de l'enquête pénale. Une telle extension se vérifie en premier lieu en matière de vidéosurveillance. La loi n°95-73 du 21 janvier 1995 a d'abord introduit la possibilité pour une personne morale de droit privé de procéder à la transmission et l'enregistrement d'images prises *« dans des lieux et établissements ouverts au public aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens lorsque ces lieux et établissements sont particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol ou sont susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme »*¹¹⁹⁵. Introduit par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, l'article 126-1-1 du Code de la construction et de l'habitation autorise désormais toute copropriété à transmettre *« aux services chargés du maintien de l'ordre des images réalisées en vue de la protection des parties communes des immeubles à usage d'habitation lors de circonstances faisant redouter la commission imminente d'une atteinte grave aux biens ou aux personnes »*.

D'une façon plus générale, la généralisation des dispositifs de vidéosurveillance mis en œuvre par des personnes publiques, dont le domaine d'application a été sensiblement étendu par la loi du 14 mars 2011¹¹⁹⁶, a conduit les pouvoirs publics à entrer dans une démarche de délégation systématique de leur mise en œuvre à des personnes morales de droit privé, à tel point que le législateur fait désormais figurer cette activité au rang des services de sécurité privée¹¹⁹⁷.

1193 Lequel dispose que *« dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche »*

1194 V. Martin MONGIN, « Alarmante banalisation des vigiles », in le Monde diplomatique, janvier 2008, p 4 et 5.

1195 Article 10 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995.

1196 Laquelle ajoute, aux motifs tirés de la protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords, de la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, de la régulation des flux de transport, de la constatation des infractions aux règles de la circulation et de la prévention des risques d'agression, de vol ou d'actes de terrorisme, celle du trafic de stupéfiants, des fraudes douanières, la prévention des risques naturels ou technologiques, le secours aux personnes et la défense contre l'incendie et la sécurité des installations accueillant du public dans les parcs d'attraction.

1197 Article 11-8 de la loi du 12 juillet 1983, créée par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

382. Le législateur organise enfin l'attribution de prérogatives de police coercitives à des personnes purement privées. Ainsi depuis la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 pour la sécurité quotidienne – dont les dispositions ont été pérennisées par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 – les agents affectés à la surveillance de lieux accueillant du public sont habilités à « *procéder à l'inspection visuelle des bagages à main et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille* » voire, pour certains d'entre eux, à des « *palpations de sécurité* »¹¹⁹⁸. Les pouvoirs qui leurs sont ainsi octroyés apparaissent d'autant plus importants qu'ils peuvent, sur simple décision du préfet, être autorisés à les exercer non seulement dans l'enceinte du bâtiment dont ils ont la garde, mais également « *sur la voie publique* »¹¹⁹⁹. Dans le même ordre d'idées, le pouvoir de procéder à des relevés d'identité a été étendu par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 aux agents de sécurité des entreprises de transport public, qui peuvent désormais « *conduire l'auteur de l'infraction devant [l'officier de police judiciaire] ou bien le retenir le temps nécessaire à son arrivée ou à celle d'un agent de police judiciaire agissant sous son contrôle* »¹²⁰⁰.

§ 2 : L'affaîssement du principe de proportionnalité dans la phase postsentencielle du procès pénal.

Principe gouvernant l'ensemble du procès pénal, l'exigence de proportionnalité impose, au stade du jugement, que les peines prononcées n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire au rétablissement de l'équilibre social troublé par l'infraction¹²⁰¹. Or la logique répressive sécuritaire vient opposer à cette exigence un principe de rigidité punitive qui se traduit par la réduction à la portion congrue de la faculté d'appréciation de la juridiction de jugement comme de la juridiction d'application des peines.

Il s'agit d'abord de rendre inéluctable, pour un nombre croissant d'infractions, la condamnation à une peine d'emprisonnement ferme et fixe (A). Mais il s'agit également de promouvoir une politique d'aménagement des peines dont la rigidité et l'automaticité n'en affectent pas moins la proportionnalité de la sanction (B).

1198 Article 3-1 de la loi du 12 juillet 1983.

1199 Article 3 de la loi du 12 juillet 1983.

1200 Article L2241-2 du Code des transports.

1201 *Supra* n°16.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La promotion d'une modularité de la peine résiduelle.

Mise en œuvre conséquente d'un principe d'efficacité répressive compris comme la mise à l'écart le plus longtemps possible du condamné, les possibilités de modulation de la sanction pénale se sont, depuis une dizaine d'années, considérablement réduites pour un nombre croissant d'infractions.

L'évolution de la loi pénale est ainsi marquée par une nette tendance à une stricte limitation des peines alternatives à l'emprisonnement ferme susceptibles d'être prononcées (1°), mais également de leurs possibilités d'aménagement après condamnation (2°).

1°) Une modularité réduite ab initio.

383. Introduit par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, le dernier alinéa de l'article 132-24 du Code pénal dispose « *qu'une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours* » et doit, sauf exception, faire l'objet d'un aménagement ab initio. L'effectivité de ce principe de subsidiarité de la peine privative de liberté, application directe de l'exigence de proportionnalité, apparaît pourtant de plus en plus résiduelle. Plusieurs mécanismes instaurés parallèlement viennent effet contrecarrer directement sa mise en œuvre. Initialement cantonnés aux infractions commises en état de récidive légale, ils ont progressivement été étendus à la plupart des délits soumis au tribunal correctionnel, achevant de dessiner un régime du prononcé de la sanction pénale qui favorise au contraire la seule peine de prison.

Cette hégémonie carcérale s'appuie en premier lieu sur la limitation des peines alternatives à l'emprisonnement pouvant être décidées par la juridiction de jugement. La loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, a commencé à réduire sa faculté d'appréciation en lui interdisant de prononcer plus de deux sursis avec mise à l'épreuve lorsque les faits sont commis en état de récidive légale¹²⁰². Mais c'est surtout la réintroduction, par la loi n°2007-1198 du 10 août 2007, de peines d'emprisonnement minimales encourues en cas de récidive, qui conduit mécaniquement à la systématisation de la sanction privative de liberté. Désormais, le juge ne peut prononcer de peine d'emprisonnement

¹²⁰² Article 132-41 du Code pénal, qui dispose par ailleurs que « *lorsqu'il s'agit soit d'un crime, soit d'un délit de violences volontaires, d'un délit d'agression ou d'atteintes sexuelles ou d'un délit commis avec la circonstance aggravante de violences* » en état de récidive, la juridiction ne peut plus prononcer de sursis avec mise à l'épreuve si la personne a déjà été condamnée à cette peine pour des faits identiques ou assimilés.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

inférieure à une certaine fraction de la peine encourue ou une peine alternative que s'il démontre, par une « *décision spécialement motivée* », que « *les circonstances de l'infraction* », « *la personnalité de son auteur* » ou ses « *garanties d'insertion ou de réinsertion* », justifient qu'il y soit passé outre¹²⁰³.

Initialement réservé aux seules infractions commises en état de récidive légale, ce dispositif connaît, conformément à l'effet cliquet propre à la logique répressive sécuritaire¹²⁰⁴, une extension continue de son domaine d'application. Ainsi la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 l'a-t-elle introduit pour les délits de violences volontaires et d'embuscade lorsqu'ils sont punis de peines de sept à dix ans d'emprisonnement¹²⁰⁵. De façon beaucoup plus extensive, la proposition de loi n°4168 du 17 janvier 2012 voudrait appliquer le principe des peines minimales à l'ensemble des infractions commises en état de réitération, c'est à dire, en application de l'article 132-16-7 du Code pénal, par une personne déjà condamnée définitivement pour un crime ou un délit commettant « *une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale* »¹²⁰⁶. Autrement dit, il s'agit ni plus, ni moins que de réserver une complète modularité de la sanction pénale aux seuls primo-délinquants. Dans une telle perspective, le principe de subsidiarité de l'emprisonnement se trouve, pour la grande majorité des infractions, directement contredit par un régime du prononcé de la peine qui rend la peine privative de liberté pratiquement inéluctable

384. L'évolution parallèle des règles relatives à la délivrance d'un mandat de dépôt à l'audience correctionnelle achève de verrouiller cette hégémonie carcérale, en interdisant, de fait, l'aménagement de la peine d'emprisonnement prononcée. En principe, une condamnation à une peine privative de liberté ne peut être assortie de la délivrance immédiate d'un mandat de dépôt qu'à titre exceptionnel et si son quantum est d'au moins un an¹²⁰⁷. Cependant, depuis la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, l'incarcération immédiate du condamné peut désormais être prononcée

1203 Articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal. Lorsque la personne commet pour la seconde fois en état de récidive légale un crime ou un délit de violences volontaires, d'agression ou d'atteinte sexuelle, puni d'une peine de dix ans d'emprisonnement ou commis avec la circonstance aggravante de violences, il n'est plus possible de prononcer une peine alternative à l'emprisonnement et la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure au seuil minimal que si la personne présente « *des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ».

1204 *Supra* n°302.

1205 Article 132-19-2 du Code pénal.

1206 Proposition de loi de M. Jean-Paul GARRAUD et plusieurs de ses collègues tendant à renforcer l'effectivité de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français et visant à réprimer les délinquants réitérants, n° 4168 de la treizième législature, déposée le 17 janvier 2012 au bureau de l'Assemblée nationale.

1207 Article 465 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

qu'elle que soit le quantum de la peine lorsque les faits sont commis en état de récidive légale et devient même, selon un significatif renversement de logique, de droit en matière de violences et d'agressions sexuelles¹²⁰⁸. Cette tendance est encore renforcée par l'extension de la procédure de comparution immédiate à la quasi totalité des délits et sa montée en puissance depuis le début des années 2000¹²⁰⁹. En autorisant là encore la délivrance d'un mandat de dépôt quelle que soit le quantum de la peine d'emprisonnement prononcée¹²¹⁰, ce mode de poursuite limite mécaniquement leur potentiel aménagement – c'est d'ailleurs essentiellement pour obtenir un mandat de dépôt que le Ministère public y a recours¹²¹¹.

Cette propension à l'incarcération se double en outre, après condamnation, d'une tendance symétrique à la fixité des peines.

2°) Une modularité réduite a posteriori.

385. Autre expression d'une acception de l'efficacité répressive indéfectiblement liée à l'hégémonie carcérale, s'affirme depuis une dizaine d'année la propension sensible du législateur à limiter l'aménagement des peines de prisons. Affectant essentiellement les récidivistes, cette restriction se traduit d'abord par l'allongement continu de la période d'incarcération fixe, durant laquelle aucune modulation de la sanction ne peut intervenir. Ainsi la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 a-t-elle sensiblement réduit le quantum des réductions de peine susceptibles d'être octroyées aux personnes condamnées en état de récidive légale¹²¹² et augmenté pour ces derniers la durée de la période dite « de sûreté » (sic.), c'est à dire la période durant laquelle la personne ne peut bénéficier « *des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle* »¹²¹³.

La stricte limitation du domaine d'application de cette dernière constitue le second axe de

1208 Article 465-1 du Code de procédure pénale.

1209 Ainsi le nombre de comparutions immédiates a cru de 37,8% entre 1999 et 2007, passant de 32 947 à 45 404 ; Observatoire de la Justice pénale 1999-2009, p.9

1210 Article 397-4 du Code de procédure pénale.

1211 V. Benoît BASTARD et Christian MOUHANNA, *op.cit.*, p.154 et 155.

1212 Articles 721 à 721-3 du Code de procédure pénale

1213 Article 132-23 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

crystallisation de la peine utilisé par le législateur. C'est ainsi que la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 a porté de quinze à vingt ans – vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité - le délai d'épreuve maximum durant lequel aucune libération anticipée ne peut intervenir lorsque les faits ont été commis en récidive légale¹²¹⁴. Le même texte a en outre supprimé la possibilité, pour les condamnés se trouvant dans cette situation, de bénéficier d'une mesure de libération conditionnelle pour raisons familiales¹²¹⁵. La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 a ensuite, pour l'ensemble des infractions au titre desquelles la peine de suivi socio-judiciaire est encourue – et dont le nombre va croissant¹²¹⁶ – subordonné l'octroi d'une libération conditionnelle à l'acceptation par le condamné des soins qui lui sont proposés au cours de l'exécution de sa détention¹²¹⁷. Enfin, aucune libération anticipée ne peut plus intervenir, depuis la loi n°2010-242 du 10 mars 2010, sans l'avis préalable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté¹²¹⁸.

386. Les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004 avaient pourtant posé le principe d'un aménagement systématique des peines de prison n'excédant pas un certain seuil. Dès lors qu'on le rapporte à ces différentes évolutions, un tel leitmotiv, même solennellement réaffirmé par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite « *pénitentiaire* »¹²¹⁹, apparaît d'une effectivité toute relative. En d'autres termes, si toute peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans d'emprisonnement – quantum rapporté à un an si le condamné est en état de récidive – doit, en principe, être exécutée de façon aménagée¹²²⁰, ces dispositions ne reçoivent application que dans la limite des peines échappant au principe de rigidité punitive qui se déploie par ailleurs.

On retrouve, derrière cette évolution contradictoire, la marque du conflit normatif originel du droit pénal moderne et de sa particulière intensité contemporaine. Mais la contradiction n'est qu'apparente. Par son caractère mécanique et impersonnel, l'architecture d'aménagement des peines qui se met en place dans les espaces que lui concède l'obsession carcérale n'en remet pas moins en cause le souci d'une répression proportionnée.

1214 Article 729 du Code de procédure pénale.

1215 Article 729-3 du Code de procédure pénale.

1216 *Infra* n°413.

1217 Article 729 du Code de procédure pénale.

1218 *Ibid*.

1219 Article 707 du Code de procédure pénale.

1220 L'article 723-15 du Code pénal dispose ainsi que ce type de peine doit faire l'objet « *dans la mesure du possible et si [la] personnalité et [la] situation [du condamné] le permettent, [...] d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) La promotion d'une modularité de la peine mécanique.

Il pourrait paraître incongru de rattacher à un même mouvement la propension à un emprisonnement fixe et la systématisation parallèle de son aménagement. Pourtant, si l'ensemble n'est pas exempt de contradictions qui reflètent le conflit entre deux logiques normatives antagonistes, une même conception rigide de la pénalité s'en dégage globalement.

Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif d'une répression pondérée et personnalisée qu'exprime l'idée de proportionnalité est mis à mal non seulement par le développement d'une procédure de moins en moins contradictoire (1), mais aussi par son caractère aveugle (2).

1°) Une modularité non contradictoire.

387. Porté par les lois du 15 juin 2000, du 9 mars 2004 et du 24 novembre 2009, le développement spectaculaire qu'a connu la phase d'application des peines du procès pénal depuis une décennie n'en demeure pas moins ambivalent. Certes, il a pour partie consacré la juridiction de l'application des peines et démultiplié ses prérogatives¹²²¹. Mais, dans le même temps, ce mouvement se traduit par l'introduction et la généralisation de procédures dites simplifiées d'aménagement des sanctions pénales, qui se caractérisent au contraire par un reflux du contradictoire et un amoindrissement du contrôle juridictionnel.

Introduite sous une première forme par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, la procédure simplifiée d'aménagement des peines en fin d'exécution est ainsi placée sous l'autorité du Directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation. Il lui appartient d'établir, à l'intention du juge d'application des peines, des propositions d'aménagement qui, sauf opposition de ce dernier dans les trois semaines suivant leur transmission, seront mis en œuvre. Initialement limité aux peine d'un reliquat de trois à six mois et aux seules mesures de semi-liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique, ce dispositif a été étendu par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 d'une part à l'ensemble des personnes condamnées à une peine n'excédant pas deux ans ou dont la durée d'emprisonnement restant à subir n'excède pas deux ans, d'autre part à la

1221 V. Pierrette PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines », RSC 2004, p.955.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

mesure de libération conditionnelle¹²²².

Désormais, c'est au Procureur de la République que le Directeur adresse ses propositions, à charge pour ce magistrat de décider s'il convient de les transmettre au juge de l'application des peines¹²²³. Parallèlement, la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 a introduit une nouvelle procédure rendant pratiquement automatique, pour les peines d'emprisonnement n'excédant pas cinq ans et n'ayant fait l'objet d'aucun aménagement, leur exécution sous le régime de la surveillance électronique au cours des six derniers mois. Là encore, la mesure est mise en œuvre par le service pénitentiaire d'insertion et de probation sous l'autorité du seul Ministère public¹²²⁴.

388. Toutes ces dispositions qui, de prime abord, pourraient être perçues comme favorables au justiciable, marquent en réalité un net recul de la garantie de ses droits par rapport à celle dont il bénéficie s'agissant des aménagements de peines examinés après débat contradictoire, en application de l'article 712-6 du Code de procédure pénale. Si l'accord du condamné est bien évidemment exigé préalablement à l'engagement de ces différentes procédures simplifiées, ses possibilités de recours sont particulièrement limités dans l'hypothèse où aucun aménagement ne lui est proposé. Si le texte de loi l'invite à y recourir à chaque fois que cela est possible, le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation apprécie de façon totalement discrétionnaire « *l'absence de projet sérieux d'insertion ou de réinsertion* » ou « *l'impossibilité matérielle* » d'exécution, seuls critères d'exclusion de la procédure¹²²⁵.

Par ailleurs, le condamné ne dispose d'aucun recours contre la décision du Procureur de la République de ne pas transmettre la proposition d'aménagement au juge de l'application des peines, sauf à formuler une demande d'aménagement « classique »¹²²⁶. Il s'agit également de la seule voie de recours ouverte à la personne se voyant refuser l'exécution de la fin de sa peine sous le régime de la surveillance électronique, recours particulièrement illusoire compte-tenu des délais d'audiencement observés dans la plupart des juridictions¹²²⁷.

1222 Articles 723-19 du Code de procédure pénale.

1223 Article 723-20 du Code de procédure pénale.

1224 Article 723-28 du Code de procédure pénale.

1225 Article 723-20 du Code de procédure pénale.

1226 *Ibid.*

1227 Article 723-28 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Ainsi le développement de l'aménagement des peines de prison s'accompagne-t-il de l'affirmation, dans la phase postsentencielle du procès pénal, d'un pouvoir répressif administratif particulièrement important. Or, eu égard aux seuils d'emprisonnement permettant désormais le recours à ces procédures simplifiées (sic.), celles-ci rentrent directement en concurrence avec la procédure contradictoire d'aménagement des peines, ainsi que le reconnaît d'ailleurs explicitement le directeur de l'administration pénitentiaire dans une circulaire du 10 décembre 2010¹²²⁸. Au bénéfice d'une politique pénale tout aussi productiviste avant qu'après la condamnation, leur développement vient subrepticement remettre en cause la juridictionnalisation de l'application des peines, façonnant une modularité de la peine aveugle.

2°) Une modularité aveugle.

389. Dans une circulaire du 10 mai 2011, le directeur de l'administration pénitentiaire prenait argument de « *l'augmentation de 4% de la population écrouée détenue entre avril 2010 et avril 2011* » pour préconiser l'intensification du « *recours aux dispositions de la loi du 24 novembre 2009 relatives aux aménagement de peines ainsi que celles instaurant la surveillance électronique de fin de peine* »¹²²⁹. Ainsi la modulation de la peine privative de liberté n'apparaît envisagée que comme un simple outil de régulation des flux d'entrée et de sortie de prison. Dans cette perspective, sa généralisation ne s'oppose nullement à la promotion parallèle d'un principe de rigidité punitive. Bien au contraire, il s'agit de faire en sorte, en organisant de façon mécanique la sortie anticipée de la plupart des détenus, que les établissements pénitentiaires puissent, dans un contexte de surpeuplement chronique, supporter la croissance continue de la population carcérale consécutive au primat donné à la peine privative de liberté¹²³⁰.

Une telle pratique de la modulation de la peine s'inscrit à mille lieux de celle découlant de

1228 « *Les procédures de débat contradictoire, la PSAP [procédure simplifiée d'aménagement de peine] et la surveillance électronique de fin de peine seront régulièrement en concurrence* », in circulaire JUSK1040026C du 10 décembre 2010, relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatives à la procédure simplifiée d'aménagement des peines, BOMJ n°2010-10. p.4.

1229 Circulaire JUSK1140036C du 10 mai 2011, relative au développement de la surveillance électronique de fin de peine, p.2, BOMJ n°2011-05.

1230 Ainsi le nombre de personnes incarcérées au cours d'une même année est-t-il passé de 74 851 en 1999 à 90 270 en 2007 ; Observatoire de la Justice pénale 1999-2009, p.18.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'exigence de proportionnalité, qui commande d'adapter la répression à la gravité relative de l'acte, loin de toute automaticité. Elle s'oppose tout autant au principe subséquent d'individualisation de la sanction pénale, en promouvant une politique d'aménagement des peines relativement indifférente à l'évolution du condamné. Mise au centre de la pénologie républicaine par les Constituants, la recherche de l'amendement de la personne ne semble plus compter au rang des finalités du procès pénal. Le comportement observé par la personne influe moins sur la politique d'aménagement de la peine que la nécessité de réguler les flux d'incarcération dans un contexte d'insuffisance persistante du parc carcéral.

390. Relevons en outre que si la procédure contradictoire d'aménagement des peines – qui réserve encore une part importante à l'idée d'individualisation de la sanction – demeure, l'économie générale de la phase d'application des peines depuis la loi pénitentiaire ne peut que conduire à la marginaliser. Au delà même des directives visant à privilégier les modes « simplifiés » de modulation de la sanction, la faiblesse si ce n'est l'absence d'exigences d'évolution personnelle attendue du condamné ne peuvent que l'inciter à privilégier ces formes d'aménagement, en particulier pour les courtes peines. Pourquoi donc s'engager dans un projet sérieux d'insertion sociale et professionnelle lorsqu'on est assuré de pouvoir bénéficier, sans autre condition que sa faisabilité pratique, d'un régime de surveillance électronique ? Sous ce rapport, ériger la procédure contradictoire en voie de recours contre le refus d'un aménagement « simplifié » ne peut qu'accentuer sa marginalisation. Comment considérer qu'une personne s'étant vu refuser une modulation de son incarcération aussi peu exigeante du point de vue de ses gages de réinsertion puisse utilement s'inscrire dans une démarche positive de réadaptation sociale ?

Ainsi l'exigence d'une répression pénale mesurée et adaptée se trouve progressivement remise en cause par une acception ou, à tout le moins, un usage de la proportionnalité de la répression diamétralement opposé, qui voudrait justifier l'élévation continue de la pénalité par la nécessité de porter une réponse à la hauteur du péril délictueux. Loin d'en limiter les effets, le développement parallèle de la phase d'application des peines vise bien au contraire à rendre soutenable cette politique de surenchère répressive. Mettre cette dernière en perspective avec la mise en cause concomitante de la présomption d'innocence permet de prendre toute la mesure de la réalité du risque d'implosion de l'ordre pénal républicain.

SECTION 2 : DE LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE À LA PRÉSUMPTION DE DANGÉROSITÉ.

391. En décembre 2011, le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi d'orientation et de programmation pour l'exécution des peines indiquait que « *le droit pénal français [avait] connu, depuis 2002, une évolution fondamentale à travers la prise en compte de la dangerosité et l'introduction dans notre droit de mesures de sûreté [sic.] destinées à prévenir le risque de récurrence des personnes susceptibles d'être dangereuses à l'issue de leur peine. Alors qu'il se fondait jusqu'en 2002 de façon quasiment exclusive sur une logique de responsabilité pénale aboutissant au prononcé de peines, notre droit est passé à une logique prenant en compte non plus seulement la question de la responsabilité mais également la dangerosité* »¹²³¹.

Si la réalité d'une telle évolution n'est guère contestable, il n'est pas évident qu'il soit opportun, comme le fait le rapporteur de ce texte, de s'en féliciter. Loin de simplement s'ajouter à l'idée de responsabilité, la notion de dangerosité est à l'origine d'une logique répressive radicalement opposée. Il ne s'agit plus de fonder la coercition publique sur la commission, en connaissance de cause, d'un acte légalement prohibé, mais sur la seule propension de l'individu, très approximativement évaluée, à en commettre à l'avenir. C'est donc à un renversement complet de perspective que nous assistons qui, conséquence prévisible de l'affirmation du droit à la sécurité¹²³², tend à substituer à une conception du droit pénal fondée sur le libre-arbitre une conception fondée sur le risque délictueux. Alors que l'état dangereux mis en avant par les auteurs déterministes visait à invalider en son principe même le traitement pénal de la délinquance, la dangerosité fonctionne comme une « *source d'extension de la contrainte pénale* »¹²³³

Aussi, l'émergence de cette présomption de dangerosité au nom de laquelle on déploie des mesures coercitives préventives ne peut qu'amoindrir d'autant l'effectivité de la présomption d'innocence. D'une part, nous observons que la charge de la preuve, si elle n'est pas encore renversée, vacille suffisamment pour faire trembler notre modèle répressif (1). D'autre part, le développement

1231 Assemblée nationale, Rapport n°4112 de la treizième législature, Paris, 21 décembre 2011 p.25.

1232 *Supra* n°303.

1233 Julie ALIX, « Une liaison dangereuse, Dangerosité et droit pénal en France », in Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ et Christine LAZERGESS, *op.cit.*, p.55.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

exponentiel d'une singulière politique de prévention répressive de la délinquance contribue à remettre en cause, de fait, l'idée selon laquelle on ne peut être sanctionné que si la preuve est rapportée de la commission d'une infraction (2).

§ 1 : Le vacillement de la charge de la preuve.

392. Dans un ordre juridique où la liberté est le principe, c'est à l'autorité de poursuite d'établir la preuve de la culpabilité de la personne qu'elle accuse. Si la règle demeure, son domaine d'application ne cesse, depuis une dizaine d'années, d'être érodé.

Certes, la présomption d'innocence n'a jamais été, depuis sa réaffirmation solennelle en 1789, d'une effectivité absolue. Sans évoquer l'hypothèse de sa remise en cause en pratique – par définition particulièrement difficile à établir, il existe de longue date des dispositifs juridiques qui en limitent la portée. Le Code pénal établit, en particulier, une présomption quasiment irréfutable d'intention en matière contraventionnelle¹²³⁴.

Les formes actuelles de remise en cause de la présomption d'innocence se caractérisent cependant par une acuité inédite. L'aménagement qu'elles opèrent dans la charge de la preuve ne tiennent pas aux spécificités juridiques et techniques du contentieux, mais traduisent la volonté d'introduire une véritable présomption de culpabilité pour certaines infractions – ou pour certains justiciables.

Celle-ci se donne en premier lieu à voir dans le développement incontrôlé des fichiers à caractère pénal qui, dans une certaine mesure, trahit le souci des autorités répressives se pré-constituer une preuve pour des infractions à venir (A). De façon plus explicite encore, elle s'affirme parallèlement dans l'émergence d'une obligation de collaboration à l'accusation mise à la charge de la personne mise en cause (B).

¹²³⁴ L'article 121-3 du Code pénal dispose en effet, en son dernier alinéa, qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) Le développement endémique des fichiers pénaux.

393. La multiplication des systèmes de traitement informatisés de données personnelles constitue aujourd'hui une tendance générale, le volet pénal n'étant qu'une dimension d'un vaste mouvement de fichage de la population qui, en tant que tel, interroge l'effectivité de la Sûreté du citoyen. Il ne s'agit pas de dire que tout instrument de collecte et de conservation de données nominatives porte, en soi, une atteinte injustifiée à la liberté individuelle. Il convient en revanche de s'assurer que, par son objet ou son régime, un tel outil n'expose pas le citoyen à l'arbitraire des pouvoirs publics.

En matière pénale, l'exigence de telles garanties s'avère d'une importance cruciale compte-tenu de l'usage qui peut en être fait. La nature, la finalité, la durée de conservation des informations recueillies et la qualité des personnes y ayant accès sont autant d'indicateurs du degré de préservation de la Sûreté du citoyen.

Sous ce rapport, le régime des fichiers pénaux judiciaires et para-judiciaires présente d'importantes lacunes. Non seulement leur croissance se révèle proprement démesurée (1), mais leur utilisation excède largement ce qui est nécessaire à la bonne conduite du procès pénal (2).

1°) Une croissance incontrôlée.

394. Depuis la fin des années 1990 s'affirme une tendance lourde du législateur à organiser la collecte et l'exploitation de données personnelles dans le cadre ou pour les besoins supposés du procès pénal. Celle-ci se traduit en premier lieu par la multiplication des outils de conservation de telles données. Au fichier national des empreintes génétiques (FNAEG) créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 afin « *de faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions* »¹²³⁵, sont venus ainsi s'adjoindre le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) introduit par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 afin de « *prévenir le renouvellement des infractions [fichées] de faciliter l'identification de leurs auteurs* »¹²³⁶ et le répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires (RDP) introduit par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 afin de « *faciliter et [...] fiabiliser (sic.) la connaissance de la*

1235 Articles 706-54 et suivants du Code de procédure pénale.

1236 Articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

personnalité et l'évaluation de la dangerosité des personnes poursuivies ou condamnées »¹²³⁷. Parallèlement, les différents fichiers utilisés de longue date par les services de police et de gendarmerie ont été légalisés par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003¹²³⁸.

Eu égard à l'importance de l'atteinte portée à la préservation de la vie privée des individus concernés par de tels outils, leur mise en œuvre ne devrait, pour respecter le principe de proportionnalité, pouvoir être autorisée que pour les infractions les plus graves et uniquement s'il est avéré que la conservation des données en cause est utile à leur constatation ou à la prévention de leur renouvellement. Or, non seulement le nombre d'infractions permettant la collecte et la conservation des données personnelles n'a cessé de s'étendre, mais cette extension s'est réalisée sans aucune évaluation de l'efficacité de ces dispositifs par rapport à leurs finalités respectives.

Initialement réservé aux seuls crimes et délits et sexuels et aux homicides sur mineurs, le domaine d'application du FNAEG a successivement été étendu par les lois n°2001-1062 du 15 novembre 2001, n°2003-239 du 18 mars 2003, n°2004-204 du 9 mars 2004 et n°2005-1550 du 12 décembre 2005 pour concerner aujourd'hui la quasi-totalité des atteintes aux personnes et aux biens, les actes de terrorisme et les infractions à la législation sur les armes¹²³⁹. De la même façon, le FIJ AIS, opportunément rebaptisé « *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes* », a vu son domaine étendu aux crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, aux crimes de tortures ou d'actes de barbarie et aux meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale par loi du 12 décembre 2005¹²⁴⁰. Quant aux différents fichiers de police, leur domaine d'application ne peut guère être plus étendu, puisqu'ils ont vocation à centraliser les informations recueillies sur tout crime ou délit ainsi que sur la plupart des contraventions de la cinquième classe¹²⁴¹.

395. Cette extension démesurée du champs du fichage pénal est encore aggravée par le lien parfois particulièrement ténu qui rattache la personne fichée à l'infraction. S'il ne fait aucune difficulté en ce qui concerne les personnes définitivement condamnées, nous pouvons être plus circonspects pour

1237 Articles 706-56-2 et suivants du Code de procédure pénale.

1238 Dont les dispositions ont été intégrées aux articles 230-6 à 230-11 du Code de procédure pénale par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011.

1239 Article 706-55 du Code de procédure pénale.

1240 Articles 706-47 et 706-53-1 du Code de procédure pénale.

1241 Article 230-6 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

les autres. Ainsi le FNAEG contient-t-il également, sur simple décision de l'officier de police judiciaire ou du Procureur de la République, les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions auxquelles il s'applique, c'est-à-dire sans qu'aucune décision constatant leur culpabilité n'ait été rendue¹²⁴². L'atteinte ainsi portée à la présomption d'innocence apparaît d'autant plus élevée qu'aucun effacement automatique de l'inscription n'est prévue en cas de décision de classement sans suite, de non-lieu ou de relaxe, le Procureur de la République étant appelé à ordonner leur effacement uniquement quand « *leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier* »¹²⁴³. Les instructions régulièrement adressées aux services de police pour systématiser de tels prélèvements ne peuvent enfin que favoriser une alimentation sans proportion avec la finalité affichée d'élucidation des infractions les plus graves¹²⁴⁴.

Un constat similaire peut être dressé en ce qui concerne les fichiers de police qui, par définition, centralisent des informations bien avant une hypothétique décision sur l'action publique. Si l'effacement de plein droit des données est prévu en cas de décision de relaxe ou d'acquittement devenue définitive, le Procureur de la République peut toujours ordonner leur maintien dans le fichier. La loi prévoit en outre le principe du maintien des données en cas de classement sans suite ou de non-lieu¹²⁴⁵. Relevons enfin, en ce qui concerne le FIJAIS, que peuvent y être inscrites les personnes dont la condamnation n'est pas définitive et, sur décision du Juge d'instruction, les personnes mises en examen¹²⁴⁶.

Le développement endémique des fichiers pénaux à l'époque contemporaine vise donc avant tout à centraliser et conserver le maximum d'informations sur les personnes mises en cause par les autorités répressives, sans considération de la proportion entre l'atteinte ainsi portée à leur vie privée et la gravité relative des infractions en cause. L'économie générale de l'ensemble de ce dispositif de collecte de données est en outre fondé sur l'idée selon laquelle les personnes ainsi fichées sont susceptibles de commettre de nouveaux délits. Or les propres statistiques du ministère de la Justice

1242 Article 706-54 du Code de procédure pénale

1243 *Ibid.*

1244 Dans une dépêche CRIM-PJ n°08-28.H5 du 9 juillet 2008, le garde des sceaux indique ainsi « *qu'une alimentation rigoureuse du FNAEG dans tous les cas prévus par la loi est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de ce traitement* ».

1245 Article 230-8 du Code de procédure pénale.

1246 Article 706-53-2 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

nous enseignent pourtant que les infractions visées par le FIJAIS et, dans une moindre mesure, par le FNAEG, sont celles pour lesquelles le taux de récidive est le moins élevé¹²⁴⁷. Dans une telle perspective, l'usage lui-même démesuré qui est fait de ces instruments ne peut que renforcer l'atteinte portée à la Sûreté du citoyen.

2°) Un usage ambivalent.

396. Au delà même de l'extension indéfinie du domaine des différents fichiers pénaux, la destination des données qui y sont consignées conditionne directement le degré de protection du citoyen face à l'arbitraire potentiel que peut y retirer le pouvoir répressif. Sous ce rapport, le FNAEG constitue sans doute, malgré son champ d'application extensif, l'instrument présentant le moins de risques de détournement. Les données qui y sont consignées ne peuvent en effet être consultées qu'à l'occasion d'une procédure pénale conduite sous l'autorité d'un magistrat et dans le seul but de procéder à l'élucidation d'une infraction¹²⁴⁸. De par leur nature, elles ne risquent en outre guère de motiver l'application aux personnes concernées de dispositifs de surveillance plus ou moins coercitifs.

La finalité poursuivie par le FIJAIS se révèle en revanche des plus ambivalentes. Il est en effet pour le moins contradictoire de vouloir en faire simultanément un outil de prévention du renouvellement des infractions en cause et de facilitation de l'identification de leurs auteurs, anticipant par la même l'échec du dispositif... En réalité, son objectif véritable apparaît à la lecture des sujétions imposées aux personnes qui y sont répertoriées. L'inscription au fichier emporte en effet l'obligation de déclarer aux services de police, pendant une durée de vingt à trente ans, une adresse et d'en justifier, selon les cas, tous les ans, tous les six mois voire tous les mois¹²⁴⁹. Par ailleurs, les informations qui y sont consignées sont accessibles non seulement à l'autorité judiciaire, mais également aux préfets et à certaines administrations, pour les décisions de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions¹²⁵⁰. En d'autres termes, le FIJAIS fonctionne avant tout comme un outil de contrôle social, trahissant l'opinion selon

1247 Ainsi le taux de récidive est-il en matière criminelle de 4,6% en 2009 ; Annuaire statistique de la Justice, édition 2011-2012, p.207.

1248 Article 706-54 du Code de procédure pénale.

1249 Articles 706-53-4 et 706-53-5 du Code de procédure pénale.

1250 Article 706-53-7 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

laquelle la réinsertion des personnes qui y sont fichées s'avère à terme illusoire et qu'il convient dès lors de les maintenir sous surveillance constante afin de pouvoir les appréhender plus facilement quand elles récidiveront.

397. Mais c'est dans l'usage des fichiers de police que s'observe l'atteinte la plus marquée à la sûreté du citoyen. La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne et, à sa suite, les lois n°2003-239 du 18 mars 2003 et n° 2011-267 du 14 mars 2011 ont ainsi autorisé leur consultation pour les besoins des diverses enquêtes administratives réalisées sur les personnes postulant à des emplois publics ou privés réglementés¹²⁵¹. Il s'agit, selon les termes du rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi pour la sécurité intérieure, « *d'éviter que des personnes aux lourds antécédents policiers, donc dangereuses pour la préservation de l'ordre public, ne puissent accéder à la nationalité française ou à des emplois et à des lieux sensibles* »¹²⁵².

Or les données qui sont consignées dans les fichiers de police ne préjugent en rien de la décision d'action publique prise à l'égard des infractions relevées et donc de la culpabilité éventuelle des personnes mises en cause. L'utilisation de ces informations pour motiver une décision de refus d'autorisation ou d'habilitation pour l'exercice de tel ou tel emploi ou activité constitue donc une négation pure et simple de la présomption d'innocence. Alors même que la loi pénale autorise de longue date l'autorité administrative à accéder aux condamnations susceptibles d'entraîner l'inaptitude à certains emplois réglementés telles qu'elle figurent sur le bulletin n°2 du casier judiciaire¹²⁵³, le législateur entend y privilégier un véritable casier policier, sans aucune garantie des droits des personnes ni de fiabilité des données.

Dans un tel contexte, il n'est guère surprenant de voir émerger parallèlement une singulière obligation de collaboration à l'accusation mise à la charge de la personne mise en cause.

1251 Il s'agit, en vertu de l'article 17-1 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 des « *décisions administratives de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation, prévues par des dispositions législatives ou réglementaires, concernant soit les emplois publics participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'Etat, soit les emplois publics ou privés relevant du domaine de la sécurité ou de la défense, soit les emplois privés ou activités privées réglementées relevant des domaines des jeux, paris et courses, soit l'accès à des zones protégées en raison de l'activité qui s'y exerce, soit l'utilisation de matériels ou produits présentant un caractère dangereux* ».

1252 Assemblée nationale, rapport n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p.15.

1253 Article 776 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

B) L'émergence d'une obligation de collaboration à l'accusation.

398. Ainsi qu'elle a eu l'occasion de le rappeler avec force dans ses décisions en matière de garde-à-vue, la Cour européenne des droits de l'homme considère de jurisprudence constante que la présomption d'innocence a pour corolaire le droit absolu de la personne inquiétée de ne pas contribuer à sa propre accusation¹²⁵⁴.

Nous assistons pourtant depuis une décennie à l'introduction de dispositions qui visent, directement ou indirectement, à obliger les personnes pénalement mises en cause à collaborer à la poursuite. Autrement dit, il s'agit au delà de l'obligation générale de soumission à l'enquête pénale qui s'impose à « *tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi* »¹²⁵⁵, de sanctionner spécifiquement le refus du justiciable poursuivi de participer activement à la manifestation de la vérité.

Cette tendance se matérialise d'abord de façon explicite, dans l'incrimination de l'opposition ou la carence de la personne à contribuer aux investigations susceptibles d'être retenues contre elle (1). D'une façon tout à la fois plus insidieuse et plus importante, elle se traduit également par le développement des formes de poursuite pénale prétendument « négociées » (2).

1°) Une obligation explicite.

399. Trois exemples symptomatiques trahissent la tentation persistante du législateur contemporain de mettre à la charge de la personne mise en cause une obligation de participation active à l'enquête pénale. Elle se mesure d'abord à travers son extrême réticence à reconnaître à l'individu suspecté ou poursuivi un véritable droit au silence au stade de l'enquête. Timidement introduite par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, l'obligation faite à l'officier de police judiciaire de notifier à la personne gardée à vue son droit de ne pas répondre à ses questions a en effet rapidement été abrogée par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003¹²⁵⁶. Si la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 l'a ensuite rétablie, ce n'est qu'en raison des positions successivement adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, censurant cette lacune¹²⁵⁷. Derrière cette grande

1254 *V.* CEDH, *Frunke c/ France*, 25 février 1993 ou encore, pour une décision plus récente, *BRUSCO c/France*, 14 octobre 2010.

1255 Article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

1256 Article 63-1 du Code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 avril 2011.

1257 *Supra* n°371.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

difficulté à admettre un tel droit, transparaît non seulement l'opinion selon laquelle le refus de la personne suspectée de collaborer à l'enquête est en soi illégitime, mais également qu'elle est par principe coupable, ne voulant se soustraire à l'interrogatoire des enquêteurs que pour éviter qu'ils en apportent la preuve.

400. En deuxième lieu, le législateur tend à obliger le justiciable pénalement mis en cause à collaborer à la poursuite pénale en incriminant de façon spécifique son refus de se prêter à certains actes d'enquête spécifiques. Il faut toutefois distinguer l'hypothèse dans laquelle la mesure de vérification technique à laquelle la personne refuse de soumettre est indispensable à l'établissement de l'infraction des autres. Dans une telle situation, l'incrimination a pour seul but d'empêcher qu'une personne puisse se soustraire à toute responsabilité pénale uniquement en refusant le protocole de contrôle, non de sanctionner, en tant que tel, son refus de participer à l'enquête. Ainsi en est-il en particulier du délit de refus de se soumettre à une mesure de vérification de son imprégnation alcoolique ou de sa consommation de produits stupéfiants par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur¹²⁵⁸.

Fort différente est l'hypothèse dans laquelle la mesure d'enquête à laquelle s'oppose le justiciable constitue un élément de preuve potentiel parmi d'autres à la disposition des autorités répressives. Ainsi, l'incrimination, par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 du refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique, quelque soit l'infraction en cause ou le cadre d'enquête, vise à poser une obligation explicite de collaboration à la poursuite à la charge de toute personne mise en cause¹²⁵⁹. L'atteinte à l'intégrité physique de l'individu apparaît d'autant plus disproportionnée que ce délit, qui concernait initialement les seules personnes déjà condamnées pour une infraction relevant du FNAEG, a été étendu à l'ensemble de la population par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, sans qu'aucun indice particulier rattachant la personne prélevée à l'infraction en cause ne soit exigé.

Depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut en outre être

1258 Article L234-8 et L235-5 du Code de la Route.

1259 Article 706-56 du Code de procédure pénale, II.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République¹²⁶⁰. Alors même qu'il eut été loisible au législateur de rappeler que le juge pénal pouvait tirer toute conséquence sur la culpabilité d'un individu de son refus de se soumettre, ce dispositif trahit une conception du procès pénal dans laquelle la personne mise en cause est nécessairement tenue de participer activement aux diligences réalisées par les autorités répressives.

401. Enfin le législateur organise, avec la création, par la loi n°96-392 du 13 mai 1996, du délit de non justification de ressources, un véritable renversement de la charge de la preuve. En incriminant en tant que tel le simple fait de ne pouvoir justifier de ressources officielles correspondant à son train de vie, il met directement en demeure le justiciable de prouver son innocence. Initialement limitée aux seules personnes en relation habituelle avec l'auteur d'une infraction à la législation sur les stupéfiants¹²⁶¹, ce délit a été étendu par la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 à tout individu en lien avec « *une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions* »¹²⁶². En d'autres termes, la loi pose une présomption d'illicéité des ressources du justiciable au seul motif qu'il côtoie des personnes commettant ou subissant des infractions, lui laissant la charge de la renverser s'il ne veut pas succomber à l'accusation.

Ainsi se dessine par petites touches un modèle répressif dans lequel le prévenu est fortement invité à participer à la conduite du procès sous peine de voir sa responsabilité pénale engagée au seul motif de sa carence dans l'administration de la preuve. L'introduction et le développement dans notre ordre pénal de modes de poursuite fondés sur la reconnaissance préalable par l'accusé de sa propre culpabilité vient donner une dimension générale à ce mouvement.

1260 Article 706-56 du Code de procédure pénale I, cinquième alinéa.

1261 Ancien article 222-39-1 du Code pénal.

1262 Article 321-6 du Code pénal.

2°) Une obligation implicite.

402. On a coutume de réduire l'opposition entre les modes de poursuite pénale dit négociés et les modes de poursuites où aucune transaction ne peut être réalisée sur l'action publique à l'opposition stéréotypée entre le modèle répressif accusatoire anglo-saxon et le modèle répressif supposément inquisitoire du droit dit continental. Ce faisant, les réserves opposées à l'introduction de tels modes de poursuite dans notre Droit peuvent opportunément être rapportées par leurs promoteurs à des divergences de culture juridique¹²⁶³. Pourtant, faire de la reconnaissance par la personne poursuivie de sa propre culpabilité un critère déterminant du choix du mode de poursuite par le Ministère public, revient indirectement à remettre en cause sa présomption d'innocence. L'économie générale de ce type de procédure repose en effet sur une représentation biaisée du procès pénal comme un duel entre l'accusation et la défense entre lesquelles il suffirait de garantir « l'égalité des armes » pour préserver les droits du justiciable. Or l'exercice de l'action publique implique par définition une asymétrie inéluctable entre le représentant de la Société et la personne qu'elle accuse. Même la poignée de justiciables qui seraient en mesure de financer une enquête alternative à celle de l'accusation, ne disposeront jamais des moyens d'investigations intrusifs propres au Ministère public que sont les perquisitions et saisies, les réquisitions, les mesures de contrainte contre les personnes et l'ensemble des mesures de police technique et scientifique¹²⁶⁴.

Dès lors, les conditions dans lesquelles la personne poursuivie peut être amenée à reconnaître sa culpabilité et à accepter la proposition de sanction pénale qui lui est faite lui sont objectivement défavorables. Poussée à l'extrême, la logique du plaider coupable invite en effet la personne à se soumettre à l'accusation non parce qu'elle admet véritablement sa culpabilité, mais parce qu'elle n'a pas les moyens de prouver son innocence. Pourtant, elle connaît depuis plus de dix ans une progression constante. Introduite par la loi n°99-515 du 23 juin 1999 la procédure de composition pénale permet ainsi au Procureur de la République de proposer à la personne qui reconnaît avoir commis un délit puni d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas cinq ans d'exécuter une ou plusieurs « mesures » analogue à une sanction pénale ou une mesure préventive, l'homologation de l'accord entraînant l'extinction de l'action publique¹²⁶⁵. Procédure hybride, à mi-chemin entre

1263 *V.* Jean-Yves LE BORGNE, Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la Nouveauté, AJ Pénal 2009 n° 10, p.400.

1264 *V.* Vincent SIZAIRE, *op.cit.*, p. 390.

1265 Article 41-2 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

l'alternative et la poursuite, la composition pénale ne fait toutefois pas obstacle à l'exercice de l'action publique, notamment par la voie de la constitution de partie civile.

403. Telle n'est pas le cas de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), qui constitue un véritable mode de poursuite correctionnel simplifié (sic.), aux termes duquel « l'accord » passé entre le Ministère public et le prévenu est considéré, s'il est homologué par le juge, comme un véritable jugement de condamnation¹²⁶⁶. Etendu à la quasi totalité des délits par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011¹²⁶⁷, ce mode de jugement peut désormais être mis en œuvre à l'issue d'une procédure d'information¹²⁶⁸. Ainsi se met progressivement en place, concurremment à la procédure contradictoire « classique », un modèle répressif faisant de l'aveu du prévenu l'élément déterminant de l'organisation du procès pénal, incitant ce dernier à collaborer à la poursuite s'il veut obtenir, sinon la clémence du pouvoir répressif, du moins l'assurance d'une procédure plus rapide et confidentielle. Certes, le refus de la proposition qui lui est faite par le Ministère public ne l'expose pas encore à une procédure nécessairement plus défavorable. Néanmoins, la généralisation de la CRPC apparaît indissociable d'un modèle répressif dans lequel la figure du juge se trouve progressivement marginalisée, laissant les parties seules face à une accusation de plus en plus gouvernée par une logique productiviste qui n'incite guère à tenir compte du point de vue de la défense¹²⁶⁹.

Devant un tel recul de l'idée de présomption d'innocence, on comprend aisément comment peut se développer sans trop de heurts l'aporie d'une politique de prévention de la délinquance en forme de répression préventive.

1266 Article 495-11 du Code de procédure pénale.

1267 Article 495-7 du Code de procédure pénale, qui n'exclut que les délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles, les délits de presse, les délits d'homicides involontaires, les délits politiques ou les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

1268 Article 180-1 du Code de procédure pénale.

1269 *Supra* n°256.

§ 2 : L'essor d'une « prévention » répressive de la délinquance.

404. Le 8 novembre 2006, entendu par la commission des lois de l'Assemblée nationale sur son projet de loi de prévention de la délinquance, le ministre de l'intérieur affirmait « *La sanction est donc le premier outil de prévention. Cette considération est incontournable. [...] La première façon de prévenir les crimes est de laisser à penser à ceux qui seraient tentés d'en commettre qu'ils risquent d'être interpellés et punis.* »¹²⁷⁰.

Les limites et le caractère fondamentalement tautologique d'un tel raisonnement pourraient prêter à sourire s'il ne se traduisait pas directement dans notre système répressif. Progressivement, l'opinion selon laquelle il faudrait organiser non seulement la dissuasion, mais la répression *ante delictem* des personnes présentées comme dangereuses, se matérialise dans notre ordre pénal sous la forme de différents dispositifs de contrainte que ne justifie aucune commission d'infraction.

C'est ainsi que s'affirme une véritable pré-répression administrative des populations déviantes (A), et que se multiplient les mesures coercitives préventives visant à les neutraliser avant même l'hypothétique passage à l'acte (B).

A) L'essor d'une pré-répression administrative de la déviance.

Dernier avatar d'un pouvoir répressif administratif décidément particulièrement prégnant à l'époque contemporaine, l'institution, au nom de la prévention de la délinquance, d'un ensemble de mécanismes de contrôle essentiellement punitif des individus et familles perçus comme déviants constitue une autre tendance lourde du législateur.

Consacrée sur la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, la nouvelle architecture de prévention de la délinquance qui se dessine s'appuie sur un méthodique travail de recension des populations déviantes (1), préalable à la sanction, non d'actes précis, mais de leur inscription dans une voie censément délictueuse (2).

1270 Assemblée nationale, rapport n°3436 de la douzième législature, Paris, 15 novembre 2006, p.64.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) La recension des populations déviantes.

405. Dès lors que la prévention de la délinquance devient une politique à part entière, fondée non sur la diminution de l'ensemble des facteurs favorisant la commission d'infractions, mais sur l'empêchement le plus immédiat du passage à l'acte, la détection, la recension et la classification des populations dangereuses deviennent primordiales. C'est ainsi que se mettent en place des structures qui, officiellement dédiées à la concertation et à la coordination des différents services de l'Etat sur un ressort territorial donné, deviennent progressivement des instances d'identification des éléments déviants et de détermination des politiques devant être mises en œuvre à leur égard.

Officialisés par le décret n°2002-999 du 17 juillet 2002, les conseils départementaux de prévention de la délinquance réunissent, autour du Préfet, du Président du Conseil général et du Procureur de la République des représentants des services de la police et de la gendarmerie nationales, de l'économie et des finances, de l'équipement, des affaires sanitaires et sociales, de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, de la protection judiciaire de la jeunesse et de l'administration pénitentiaire, du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, des représentants des collectivités territoriales et des représentants d'associations¹²⁷¹. Cette organisation se décline au niveau communal et intercommunal avec les différents conseils de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD) présidés par le maire¹²⁷².

406. Bien évidemment subordonnée à l'autorité préfectorale, la présence du Ministère public dans ces instances constitue l'élément le plus significatif de l'évolution des conceptions et pratiques en matière de prévention de la délinquance. Même si, depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, cette dernière compte officiellement au rang de ses missions¹²⁷³, les attributions du Procureur de la République demeurent essentiellement répressives, n'ayant vocation à être exercées qu'à l'occasion de la commission, au moins potentielle, d'une infraction. Si l'on peut attendre du Parquet qu'il se soucie de l'éventuelle vertu dissuasive de sa politique pénale et, plus encore, de la prévention du risque de récidive dans la définition de sa politique d'exécution des peines, il n'entre pas dans ses prérogatives d'empêcher le passage à l'acte. Dès lors, le sens de sa participation aux différentes

1271 Article 12 du décret n°2006-665 du 7 juin 2006.

1272 Articles D2211-1 à D2211-4 du Code général des collectivités territoriales, créés par le décret n°2007-1126 du 23 juillet 2007.

1273 Article 39-1 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

instances de prévention de la délinquance est des plus ambiguës. Soit il s'agit avant tout d'échanger des informations générales sur les caractéristiques de la population du ressort et du territoire ou sur la politique pénale pratiquée, et alors la présence du ministère public joue un rôle essentiellement didactique. Soit il s'agit plus directement d'obtenir des résultats concrets en terme de réduction de délinquance locale, et son intervention implique nécessairement l'échange d'informations nominatives à des fins répressives, dans un sens comme dans l'autre.

C'est ainsi, au delà des missions très générales qui leur sont attribuées par la loi, que les CDPD et les CLSPD peuvent en premier lieu devenir des instances d'orientation de la politique pénale locale sur des populations qui, par hypothèse, auront préalablement été désignées comme troublant l'ordre et la tranquillité publique par les différents services administratifs y siégeant. Aux termes de la circulaire interministérielle du 4 décembre 2006, les contrats locaux de sécurité susceptibles d'être conclus dans ces conseils doivent en effet « *produire à court et moyen terme des effets mesurables sur l'amélioration de la sécurité* » sur un « *territoire* » donné¹²⁷⁴. Comment, d'un point de vue judiciaire, parvenir à de tels résultats si le ministère public n'est pas destinataire d'informations précises lui permettant d'orienter ses poursuites ? Inversement, toute prise de position du Procureur de la République sur la seule base de sa politique pénale apparaît inéluctablement vouée à l'échec. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la circulaire relative au rôle de l'institution judiciaire en matière de prévention de la délinquance invite les magistrats du parquet à « *ne prendre que des engagements qui peuvent potentiellement être tenus et à faire preuve de la plus grande prudence dans le choix des termes utilisés pour rédiger ces engagements* »¹²⁷⁵.

407. Ceci explique également que la transmission de l'information aux fins de neutralisation *ante delictum* des populations déviantes soit davantage organisée de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative, sous la forme d'un singulier droit de suite répressif qui lui est accordé. Les lois du 9 mars 2004 et du 5 mars 2007 ont ainsi institué toute une architecture de circulation de l'information qui vise, en pratique, à permettre à l'autorité municipale de s'emparer de situations n'ayant pu donner lieu à réponse judiciaire. Expressément placées au rang des pouvoirs de police du maire, ces dispositions organisent son information systématique par le Procureur de la République non seulement des suites données aux faits qu'il a dénoncés en application de l'article 40 du Code de

1274 Circulaire n°INTK0600110c du 4 décembre 2006, p.8.

1275 Circulaire JUSD0802230 du 6 février 2008 relative au rôle de l'institution judiciaire en matière de prévention de la délinquance, p.12.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

procédure pénale¹²⁷⁶, mais également, à sa demande, des classements sans suite, des mesures alternatives aux poursuites ou des poursuites relatifs à des infractions « *causant un trouble à l'ordre public commises sur le territoire de sa commune* »¹²⁷⁷.

Le Procureur de la République peut en outre porter à la connaissance du maire « *toutes les mesures ou décisions de justice, civiles ou pénales, dont la communication paraît nécessaire à la mise en œuvre d'actions de prévention, de suivi et de soutien, engagées ou coordonnées par l'autorité municipale ou intercommunale* »¹²⁷⁸, ce à quoi il est fortement incité¹²⁷⁹. Depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, le Procureur de la République a en outre l'obligation d'informer le Préfet ou le président du Conseil général de toute condamnation définitive ou d'alternative aux poursuites prise à l'encontre d'un mineur résidant sur le territoire du département afin qu'un contrat de responsabilité parentale puisse, le cas échéant, être mis en œuvre¹²⁸⁰. Ainsi se dessine toute une architecture qui vise à organiser, en amont comme en aval du procès pénal *stricto sensu*, une véritable pré-repression administrative des populations perçues comme déviantes.

2°) La répression des populations déviantes.

408. L'existence dans notre ordre juridique d'un pouvoir répressif administratif particulièrement important constitue depuis l'origine l'une des expressions les plus saisissantes du traditionnel bon sens répressif. L'époque contemporaine marque toutefois une inflexion sensible en conférant à l'autorité administrative, au delà de ses pouvoirs généraux de police, une mission explicite de lutte contre la délinquance qui, sous couvert de prévention, enrôle directement ses différents titulaires dans une démarche avant tout répressive. Le maire constitue le premier acteur de ce nouveau dispositif, étant très officiellement chargé de concourir « *par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique et de prévention de la délinquance* »¹²⁸¹. Réactivant la tradition bonapartiste qui en fait un acteur privilégié de la surveillance des populations dangereuses¹²⁸², il se

1276 Articles L.2211-2 du Code général des collectivités territoriales et 40-2 du Code de procédure pénale.

1277 Article L.2211-3 du Code général des collectivités territoriales.

1278 Article L.2211-2 du Code général des collectivités territoriales.

1279 La circulaire JUSD0802230 du 6 février 2008 précise ainsi que « *les procureurs de la République contribueront au renforcement du positionnement du maire tel qu'il a été voulu par le législateur, en lui assurant une information régulière et suffisante à l'exercice de ses missions* », p.8.

1280 Articles 43 et 46 de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011.

1281 Article L.2211-1 du Code général des collectivités territoriales.

1282 *Supra* n°182.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

trouve investi, depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, de véritables pouvoirs répressifs parapénaux.

Destinataire non seulement des informations relatives aux décisions d'action publique concernant des ressortissants de sa commune, mais également de celles qui, sans préjudice de leur caractère avéré ou de la pertinence de leur qualification pénale, lui sont directement adressées par les services de police¹²⁸³, l'autorité municipale a ainsi toute latitude pour les exercer. En vertu de l'article L.2212-2-1 du Code général des collectivités territoriales, il peut désormais procéder à un « *rappel à l'ordre* », le cas échéant après convocation en mairie, à l'encontre de toute personne ayant commis des faits « *susceptibles de porter atteinte au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité ou à la salubrité publiques* ». Il peut par ailleurs, « *lorsqu'il ressort de ses constatations ou d'informations portées à sa connaissance que l'ordre, la sécurité ou la tranquillité publics sont menacés à raison du défaut de surveillance ou d'assiduité scolaire d'un mineur* » proposer à ses représentants légaux une mesure « *d'accompagnement parental* », destinée à contrôler que ces derniers se conforment « *aux obligations liées à l'exercice de l'autorité parentale* »¹²⁸⁴.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est une conception essentiellement répressive de la prévention de la délinquance qui prévaut. Il ne s'agit nullement d'accompagner des individus ou des familles dans des difficultés sociales qui, à terme, peuvent favoriser la commission d'infractions, mais bien de sanctionner des actes perçus comme troublant l'ordre public et de ce fait assimilables à de quasi-infractions. Si elle rappelle que « *le rappel à la loi et le stage de responsabilité parentale, prérogatives de l'autorité judiciaire, devront être clairement distincts [...] du rappel à l'ordre et de l'accompagnement parental* », la circulaire relative au rôle de l'autorité judiciaire en matière de prévention de la délinquance ne nous livre d'ailleurs aucun critère de distinction, sauf à rappeler que l'intervention du maire suppose « *l'absence d'infractions pénales* »¹²⁸⁵. Ce faisant, elle expose les personnes soumises au pouvoir répressif municipal à un arbitraire plus grand encore, les actes susceptibles de justifier son exercice étant définis de façon particulièrement lâche et extensive alors que la procédure suivie ne leur offre aucune garantie, notamment en terme de contradictoire.

1283 Depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, ces derniers ont en effet l'obligation, en vertu de l'article L2211-3 du Code général des collectivités territoriales, de porter à sa connaissance les « *infractions causant un trouble à l'ordre public commises sur le territoire de sa commune* ».

1284 Article L141-2 du Code de l'action social et des familles

1285 Circulaire JUSD0802230 du 6 février 2008, p.7.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

409. Le même constat peut être dressé s'agissant des pouvoirs dévolus au président du Conseil général par la même loi du 5 mars 2007. D'office ou sur signalement du maire, du chef d'établissement scolaire, du préfet ou du directeur de l'organisme débiteur des prestations sociales, il peut ainsi proposer aux ressortissants de son département un contrat de responsabilité parentale destiné à rappeler et contrôler le respect des « obligations des titulaires de l'autorité parentale » et comportant « toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation »¹²⁸⁶. Là encore, le dispositif trahit une conception essentiellement punitive de la prévention de la délinquance. D'une part, il est mis en œuvre non seulement en cas « d'absentéisme scolaire », mais également de « trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire » ou à l'égard des mineurs ayant été soumis à une mesure alternative aux poursuites ou à une condamnation pénale¹²⁸⁷. D'autre part, il présente une dimension indéniablement coercitive, dans la mesure où la violation de ce contrat ou, tout simplement, le refus des parents de le signer, peut entraîner la suspension des prestations sociales ou la saisine pénale ou civile de l'autorité judiciaire¹²⁸⁸.

410. Relevons enfin, au delà des pouvoirs généraux de police qui lui sont attribués de longue date et de l'influence considérable qu'il est en mesure d'exercer sur les services de police judiciaire¹²⁸⁹, que le préfet est également investi d'un pouvoir spécifique de prévention de la délinquance. Présidant le comité départemental de prévention de la délinquance, il peut en outre, depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, prendre à l'encontre des mineurs de treize ans, « une mesure tendant à restreindre [leur] liberté d'aller et de venir [...] sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures »¹²⁹⁰. Là encore, le dispositif constitue l'exacte réplique de la sanction éducative instituée par le même texte¹²⁹¹, à cette différence près que, n'intervenant pas dans un cadre judiciaire, il peut être décidé en l'absence de tout acte précis et n'offre au mineur concerné aucune garantie procédurale lors de sa mise en œuvre.

Ainsi se diffuse l'opinion selon laquelle la surveillance et, le cas échéant, la sanction *ante delictum* des populations perçues comme potentiellement délinquantes, constitue le meilleur sinon le seul moyen de prévenir efficacement le passage à l'acte. Le développement exponentiel des mesures

1286 Article L.222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles.

1287 *Ibid.*

1288 *Ibid.*

1289 *Supra* n°184 et suivants.

1290 Article 43 de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011.

1291 Article 15-1 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

coercitives préventives en constitue une autre et édifiante illustration.

B) Le développement endémique des mesures coercitives préventives.

411. C'est peut-être dans leur croissance incontrôlée à l'époque contemporaine que l'on peut mesurer à quel point les mesures dites de sûreté portent particulièrement mal leur nom. Plus que tout autre, c'est ce mouvement qui, en voulant substituer à une répression fondée sur la commission en pleine conscience d'un acte préalablement sanctionné une répression fondée sur la commission hypothétique d'un acte censément dangereux, tend à supplanter le principe de légalité par un impossible principe de précaution répressive.

Même si l'inégalité structurelle qui préside à la relation entre l'autorité administrative et l'individu invité à accepter un accompagnement parental ou à souscrire un contrat de responsabilité parentale permet de douter de la pleine liberté de son consentement, ce dernier n'en demeure pas moins formellement indispensable pour leur mise en œuvre. Au contraire, l'ensemble des mesures coercitives préventives qui peuvent être prises à l'endroit d'un justiciable s'imposent à lui au même titre que des sanctions pénales *strico sensu*. Sous ce rapport, si elle n'est pas toujours assumée, c'est bien l'opinion selon laquelle il est nécessaire de réprimer non seulement la délinquance avérée mais également la délinquance potentielle, qui se déploie.

Devant la multiplication et le durcissement sans fins des dispositifs de surveillance préventive (1), c'est bien la construction et la légitimation d'une véritable présomption de dangerosité qui s'affirment (2).

1°) La multiplication des dispositifs de coercition préventive.

412. Moins de vingt ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, on ne peut qu'être saisi par le bouleversement complet du droit de l'application et de l'exécution des peines. Celui-ci résulte pour partie de sa mue juridictionnelle aussi rapide que ambivalente¹²⁹². Mais il résulte tout autant du rétablissement d'un véritable arsenal de mesures dites « de sûreté » (sic.) qui visent à étendre le filet

¹²⁹² *Supra* n°146.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

répressif toujours plus loin et plus longtemps à l'égard de tous ceux qui, à un moment donné de leur parcours judiciaire, sont désignés comme dangereux. Certes, le procédé n'est pas nouveau. Depuis la peine complémentaire de surveillance de haute-police prévue par le Code de 1810 jusqu'à l'éphémère tutelle pénale instituée en 1970 en remplacement de l'emblématique peine de relégation, la volonté d'une répression préventive du délinquant potentiel constitue une constante du droit pénal moderne¹²⁹³. De telles mesures avaient pourtant disparu de notre ordre juridique avec l'abrogation de la tutelle pénale par la loi du 2 février 1981¹²⁹⁴. Leur fracassante réintroduction n'en est que plus édifiante.

Depuis 1998, les mesures permettant d'exercer à l'égard de certains condamnés, après exécution de leur peine principale, une surveillance plus ou moins contraignante, ont en effet connu un développement foudroyant. Avant cette date, le suivi d'une personne condamnée aux fins de prévenir le risque de récidive n'était plus possible qu'au moyen d'un aménagement de la sanction pénale proprement dite. – comme un sursis avec mise à l'épreuve ou une libération conditionnelle. Ce ne sont pas moins de quatre dispositifs de surveillance coercitive préventive qui peuvent désormais, souvent de façon concurrente, être mise en œuvre à l'encontre de ceux dont on veut prolonger indéfiniment la mise sous main de justice.

413. Institué par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, le suivi socio-judiciaire a vu son domaine considérablement élargi. La mesure était initialement encourue au titre de seuls crimes et délits de viol et d'agressions sexuels ainsi qu'aux crimes d'homicide accompagnés de viol ou d'actes de torture et de barbarie. La loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 l'a ensuite étendue à l'ensemble des atteintes volontaires à la vie, aux crimes de tortures et actes de barbarie, au crimes et délits d'enlèvement et de séquestration, aux délits d'atteinte sexuelle sur mineurs et aux crimes et délits de destruction volontaires par incendie¹²⁹⁵. La loi n°2007-297 du 5 mars 2007 l'a enfin étendue à l'ensemble des crimes et délits de violences volontaires commis à l'encontre du conjoint ou du concubin ou d'un mineur de quinze ans par ascendant, en l'érigeant même en peine automatique s'agissant des violences présentant un caractère habituel¹²⁹⁶. Originellement limitée à dix ans en

1293 *Supra* n°154.

1294 Article 69 de la loi n°81-82 du 2 février 1981.

1295 Articles 222-9-1, 222-48-1, 224-10, 227-31 et 322-18 du Code pénal.

1296 Article 222-48-1 du Code pénal.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

matière délictuelle et vingt ans en matière criminelle, la durée maximale du suivi-socio-judiciaire a été portée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 à vingt ans et trente ans pour les crimes punis de la réclusion criminelle à perpétuité, la loi prévoyant en outre que « *lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut décider que le suivi socio-judiciaire s'appliquera sans limitation de durée* »¹²⁹⁷.

Une telle extension ne peut qu'interpeller dès lors que l'on considère la nature et les modalités de la surveillance qu'implique le suivi-socio judiciaire. En application de l'article 131-36-1 du Code pénal, cette mesure emporte « *pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines [...] à des mesures de surveillance et d'assistance* » qui ne sont rien d'autre que les différentes obligations et interdictions pouvant être prononcées à l'égard d'une personne condamnée à une mise à l'épreuve en application des articles 132-44 et 132-45 du Code pénal¹²⁹⁸. Le justiciable peut en outre être soumis par la juridiction de jugement à une paradoxale injonction de soins ou, depuis la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, à un placement sous surveillance électronique mobile¹²⁹⁹. Dans un cas comme dans l'autre, la violation des obligations peut être sanctionnée par une peine d'emprisonnement dont la durée maximum est fixée par la juridiction de jugement, dans la limite de trois ans en matière délictuelle et de sept ans en matière criminelle.

414. Malgré le champs d'application considérable du suivi-socio judiciaire, le législateur lui a adjoint en 2005 une mesure dite de de surveillance judiciaire au contenu et domaine quasiment identiques¹³⁰⁰. Introduite par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, elle visait initialement à soumettre, après leur libération, les personnes condamnées à une peine privative de liberté d'au moins sept ans pour une infraction pour laquelle la peine de... suivi socio-judiciaire est encourue à une surveillance pendant un temps équivalent aux réductions de peines obtenues au cours de l'incarcération. Depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, elle est également applicable aux

1297 Article 131-36-1 du Code pénal.

1298 L'article 131-36-2 du Code pénal dispose ainsi que « *les mesures de surveillance applicables à la personne condamnée sont celles prévues à l'article 132-44. Le condamné peut aussi être soumis par la décision de condamnation ou par le juge de l'application des peines aux obligations prévues à l'article 132-45.* ». Ainsi la personne condamnée se trouve-t-elle soumise d'une part à une surveillance générale du service pénitentiaire d'insertion et de probation, d'autre part à différentes obligations – comme celle de suivre un traitement médical, de réparer le préjudice causé par l'infraction ou d'exercer une activité professionnelle - ou interdictions de séjour ou de relations.

1299 Articles 131-36-4, 131-36-9 et suivants du Code pénal.

1300 Articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

personnes condamnées à une peine privative de liberté d'au moins cinq ans pour une infraction commise une nouvelle fois en état de récidive légale. Décidée par le tribunal de l'application des peines, la surveillance judiciaire présente une analogie tout autant frappante avec le suivi socio-judiciaire s'agissant de son contenu. Elle se traduit en effet par la soumission, éventuellement cumulée, aux obligations et interdictions de la mise à l'épreuve, à une injonction de soins, à un placement sous surveillance électronique mobile ou encore – innovation introduite par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 – à une assignation à résidence.

415. Ce dernier texte repousse plus loin encore les limites de la surveillance pénale préventive en créant les très controversées mesures de rétention et de surveillance dites de « sûreté » (sic.)¹³⁰¹. Applicables aux personnes condamnées à une peine d'au moins quinze ans de réclusion criminelle pour assassinat, meurtre, viol torture et actes de barbarie ou enlèvement à l'égard d'un mineur ou, s'ils sont aggravés, à l'égard d'un majeur, il s'agit de prolonger indéfiniment leur détention en les plaçant, à l'expiration de leur peine, dans un « *centre socio-medico-judiciaire (sic.) de sûreté (sic.)* ». Décidé par une « *juridiction régionale de la rétention de sûreté* » composée de magistrats de Cour d'appel, cet enfermement préventif est prononcé pour une durée d'un an mais peut être renouvelé sans aucune limite. Ce n'est qu'à défaut de rétention de sûreté ou à son expiration que la mesure de surveillance de sûreté peut être ordonnée par le juge de l'application des peines ou la juridiction régionale de la rétention de sûreté pour une durée de deux ans, soumettant le justiciable à un contrôle dont le régime est identique... à celui de la surveillance judiciaire.

Ainsi la logique d'une prévention de la délinquance fondée sur la neutralisation *ante delictum* des personnes est-elle poussée jusque dans ses retranchements les plus extrêmes, dessinant les contours d'une véritable de présomption de dangerosité que l'on voudrait substituer, comme fondement de la répression, à la présomption d'innocence.

1301 Articles 706-53-13 à 706-53-22 du Code de procédure pénale.

2°) La légitimation de la présomption de dangerosité.

416. Notion inconnue du champs juridique il y a encore dix ans, la dangerosité, après avoir fait une entrée remarquée dans notre ordre pénal avec la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005¹³⁰², s'est aujourd'hui imposée comme un élément moteur de la dynamique normative du législateur. C'est en effet ce critère qui conditionne non seulement la surveillance judiciaire, qui ne peut être ordonnée qu'en présence d'une expertise médicale faisant « *apparaître la dangerosité du condamné* »¹³⁰³, mais également celle du placement sous surveillance électronique mobile dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire¹³⁰⁴. De la même façon, la rétention de sûreté ne peut être décidée qu'à l'encontre des personnes présentant « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffrent d'un trouble grave de la personnalité* »¹³⁰⁵, tandis que la surveillance de sûreté a vocation à s'appliquer aux personnes réputées moins dangereuses¹³⁰⁶. Dans un cas comme dans l'autre, la mesure ne peut en outre être ordonnée qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté rendue notamment après une « *expertise médicale réalisée par deux experts* »¹³⁰⁷.

417. L'analyse plus poussée de ces dispositifs révèle une imprécision et plus encore une ambiguïté conceptuelle des plus troublantes. L'obligation, pour chacune de ces mesures préventives, de faire évaluer préalablement la dangerosité du condamné par une expertise médicale laisse penser que celle-ci serait, dans l'esprit du législateur, d'ordre psychique ou, tout du moins, médicalement mesurable. Cette réhabilitation, derrière celle du fou dangereux, de la figure du monstre chère au bon sens répressif¹³⁰⁸, se donne notamment à voir dans les vertus quasi-magiques désormais prêtées aux soins pénalement ordonnés et contrôlés. La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 a ainsi conféré à l'injonction de soins ordonnée dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire un caractère automatique, sauf décision contraire de la juridiction de jugement¹³⁰⁹. Le

1302 Les dispositions relatives à cette mesure sont ainsi codifiées dans une section du Code de procédure pénale relative « *à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit* ».

1303 Article 723-31 du Code de procédure pénale.

1304 Aux termes de l'article 131-36-10 du Code pénal, ce dernier ne peut être ordonné qu'à l'encontre d'une personne « *dont l'expertise médicale a constaté la dangerosité* ».

1305 Article 706-53-13 du Code de procédure pénale.

1306 L'article 706-53-14 du Code de procédure pénale dispose ainsi que la surveillance de sûreté peut être prononcée quand « *les conditions de la rétention de sûreté ne sont pas remplies mais que le condamné paraît néanmoins dangereux* ».

1307 Article 706-53-14 du Code de procédure pénale.

1308 *Supra* n°69 et 161.

1309 Articles 131-36-4 du Code pénal et 723-30 du Code de procédure pénale.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

même texte oblige désormais la juridiction de jugement, sauf décision motivée, à assortir toute condamnation à une peine de sursis avec mise à l'épreuve pour une infraction au titre de laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru d'une obligation de soins¹³¹⁰. Il prévoit enfin qu'aucune réduction de peine supplémentaire ni aucune libération conditionnelle ne peut être accordée à une personne qui refuse de se soumettre à des soins pénalement ordonnés¹³¹¹.

Le concept de dangerosité psychiatrique est pourtant l'objet d'un usage des plus incertains et des plus contestés par le corps médical lui-même. En réalité, les études les plus récentes enseignent que si « *les troubles mentaux graves sont à l'origine d'un risque majoré de violence* », celui-ci « *a les mêmes déterminants que la violence dans la Société et est lié en grande partie au développement de la précarisation des malades mentaux* »¹³¹². Un expert psychiatre peut certes déterminer si le trouble psychique dont souffre un individu l'expose à des réactions imprévisibles et violentes pour lui-même ou les tiers, mais il ne peut en aucun cas traduire ce diagnostic clinique en évaluation pseudo scientifique d'un risque de réitération délictueuse. C'est pourtant ce qui lui est demandé par la loi qui, pour chacune des mesures coercitives étudiées, lie expressément la caractérisation de la dangerosité de l'individu à l'appréciation du risque de récidive qu'il présente. Ainsi le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire et la rétention de sûreté sont ils présentés comme ayant respectivement pour objectif de « *prévenir la récidive* », de « *prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* » ou de répondre à « *une probabilité très élevée de récidive* »¹³¹³.

418. C'est ainsi que peut émerger le concept plus imprécis encore de « *dangerosité criminologique* », réputée mesurer la propension d'un individu à commettre une infraction. Il s'agit, en se fondant sur « *une méthode actuarielle fondée sur des échelles de risques* » de mettre « *en évidence les facteurs de récidive à partir d'études comparant des groupes de criminels récidivistes et de criminels d'occasion* »¹³¹⁴. Sans aucune étude d'impact, cette méthode sera consacrée comme la nouvelle ligne directrice de l'action des services pénitentiaires en matière de « *lutte contre la récidive* » par la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 d'orientation et de programmation

1310 Article 132-45-1 du Code pénal.

1311 Article 721-1 et 729 du Code de procédure pénale.

1312 Jean-Louis SENON, Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté, in Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, p.179.

1313 Articles 131-36-1 du Code pénal, 723-29 et 706-53-13 du Code de procédure pénale.

1314 Assemblée nationale, Rapport sur le projet de loi « *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale* », n°2007 de la treizième législature, Paris, novembre 2009, p.33.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

pour l'exécution des peines¹³¹⁵.

Il ne s'agit pas ici de se livrer à une analyse critique exhaustive de ce type d'approche, ni même de contester en son principe la démarche consistant à vouloir évaluer le plus précisément possible le risque de récidive d'une personne condamnée pour mieux adapter la sanction pénale. On ne peut en revanche qu'être interpellé, qu'elle que soit la pertinence de ce type d'évaluation, par la prétention d'en inférer une prédiction d'activité délinquante suffisamment fiable pour justifier l'exercice de mesures coercitives préventives à l'encontre d'un individu. S'il est possible de mettre à jour des facteurs favorisant le passage à l'acte délictueux, la commission d'une infraction relèvera toujours, en dernier ressort, de l'exercice du libre-arbitre de son auteur. Dès lors, quel que soit le fondement prétendument scientifique que l'on invoque, la légitimation d'une répression fondée sur la seule appréciation de la dangerosité d'une personne révèle un changement radical de philosophie répressive. Il s'agit ni plus ni moins que de substituer au principe de liberté reposant sur la présomption d'innocence un principe de précaution répressive fondé une présomption de dangerosité.

419. Même si les mesures coercitives préventives étudiées concernent aujourd'hui les infractions les plus graves, il faut être particulièrement conscient des virtualités liberticides d'un tel renversement de perspective. A partir du moment où l'on considère que le seul risque de commission d'une infraction par un individu justifie l'exercice à son encontre de mesures répressives, le degré de tolérance à ce même risque devient bientôt le seul critère de détermination du champs d'application d'une telle surveillance coercitive. En conséquence, ce dernier peut s'étendre indéfiniment, au gré de l'évolution de la sensibilité du législateur. C'est ainsi que la liste des infractions au titre desquelles la mesure de suivi-socio judiciaire et, par voie de conséquence, celle de surveillance judiciaire, peuvent être prononcés n'a cessé s'étendre depuis 1998. Et, alors même qu'il n'existe, par hypothèse,

1315 Le rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, approuvé par l'article 1er de la loi précise ainsi « *pour que l'évaluation de la dangerosité criminologique puisse progresser; il convient également d'engager une réflexion sur les outils et les méthodes à la disposition des praticiens. Si la méthode clinique, qui repose sur des entretiens avec la personne et son observation dans le cadre d'expertises psychiatriques, est aujourd'hui bien établie dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, la méthode actuarielle fondée sur des échelles de risques est, pour sa part, insuffisamment utilisée par l'institution judiciaire dans son ensemble. Très répandue dans les pays anglo-saxons, et en particulier, au Canada, cette méthode repose sur des tables actuarielles mettant en évidence les différents facteurs de récidive à partir d'études statistiques comparant des groupes de criminels récidivistes et de criminels d'occasion. Parce que la dangerosité criminologique ne se réduit pas à la seule dangerosité psychiatrique, il convient d'intégrer ces méthodes actuarielles dans les outils et méthodes permettant aux praticiens d'émettre des avis circonstanciés, fondés sur des critères précis* ».

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

aucun recul sur sa mise en œuvre, le domaine d'application de la rétention de sûreté (sic.) a, de la même façon, été étendu par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 aux crimes de meurtre, torture et actes de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration commis en état de récidive légale¹³¹⁶.

Un tel glissement éclaire de façon particulièrement cinglante le risque de basculement systémique auquel notre ordre pénal est aujourd'hui confronté. Dans son arrêt M. c/Allemagne du 17 décembre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle avec force que la détention de sûreté – équivalent germanique de notre rétention de sûreté – doit nécessairement être regardée comme une peine. Elle ne peut dès lors être considérée comme une privation légitime de liberté qu'à la condition qu'il existe « *un lien de causalité suffisant entre la condamnation* » de la personne « *et la prolongation de sa privation de liberté* »¹³¹⁷. En d'autres termes, il n'est pas possible, dans un Etat de droit, de prendre une mesure privative de liberté à caractère pénal contre une personne au seul motif de sa supposée dangerosité. L'essor remarquable de ce concept dans l'évolution récente de notre législation nous donne un triste aperçu du nouveau système répressif qu'il dessine.

1316 Article 706-53-13, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

1317 CEDH, M. c/Allemagne, 17 décembre 2009, considérant n°97.

CONCLUSION

« Dans un peuple à peine sorti de l'état sauvage, les esprits endurcis ont besoin plus qu'ailleurs d'impressions fortes et sensibles. Il faut la foudre pour abattre un lion féroce que les coups de fusil ne font qu'irriter. Mais dans l'état social, à mesure que les âmes s'adoucissent elles deviennent plus sensibles et la rigueur des châtiments doit s'atténuer si l'on veut maintenir le même rapport entre l'objet et la sensibilité »¹³¹⁸.

420. Affirmant « comprendre les inquiétudes exprimées », le rapporteur du projet de loi portant institution, à titre expérimental, du droit de défense préventive, n'en n'est pas moins resté ferme sur la défense d'une mesure qui s'avérerait aujourd'hui indispensable pour lutter contre l'augmentation et la radicalisation de la délinquance. A ceux qui voient dans l'octroi aux forces de l'ordre d'une présomption irréfragable de légitime défense une atteinte excessive aux libertés publiques, il objecte que cette mesure présente toutes les garanties nécessaires contre un « risque d'inconstitutionnalité ». Ainsi ne sera-t-elle possible qu'en cas de crimes ou de délit punis de dix ans, elle s'exercera sous le contrôle effectif du Procureur de la République et ne sera dans un premier temps appliquée que dans les grandes agglomérations. Il est en outre prévu que la levée de la présomption puisse, sur avis conforme du Ministre de l'intérieur, être décidée par une formation spéciale de la Cour de cassation.

A ce stade le lecteur aura, sans doute, compris la dimension purement fictive du projet de loi en cause. Mais il aura également, espérons-le, été suffisamment alerté par son caractère plausible pour mesurer à quel point le système pénal que les artisans du réalisme répressif voudraient faire advenir nous éloigne des aspirations des fondateurs de l'ordre pénal républicain. La logique répressive sécuritaire est à l'origine d'un mouvement normatif perpétuel qui se nourrit de son propre échec à garantir effectivement et absolument la sécurité promise pour repousser toujours plus loin les limites du pénalement répréhensible. Par un effet cliquet, chaque dispositif accroissant sans contrepartie l'emprise du pouvoir répressif sur l'existence du citoyen devient, dès son adoption, le nouveau standard à partir duquel peut se construire l'extension suivante. La facilité avec laquelle le

1318 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.179.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

législateur peut se convaincre de la nécessité d'étendre, sans le moindre recul, le domaine d'application des mesures coercitives préventives étudiées en constitue un exemple saisissant¹³¹⁹.

421. Dans un tel contexte, il est logique pour ne pas dire mécanique que la dé-construction de l'ordre pénal républicain à laquelle nous assistons ne trouve d'autres obstacles sur sa route que ceux que constituent encore les normes supérieures que le législateur est supposé respecter. Encore nous faut-il distinguer selon la nature de ces normes et, plus encore, de celle de leur organe d'application. Le contrôle qu'opère le Conseil constitutionnel sur les lois qui lui sont soumises, dès lors qu'il prend en compte les considérations d'opportunité affichées par le pouvoir légiférant, n'offre au citoyen qu'une protection imparfaite et limitée¹³²⁰. Certes, l'introduction par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 de la question prioritaire de constitutionnalité, en permettant désormais à tout justiciable de contester par voie d'exception la constitutionnalité du texte en cause, a potentiellement élargi le domaine de protection des libertés publiques. Pour autant, ce mécanisme n'a en rien modifié le mode de raisonnement particulier observé par le Conseil dans l'examen des recours. C'est ainsi que la censure opérée sur le régime de la garde-à-vue en juillet 2010, très en deçà des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme¹³²¹, l'a logiquement conduit à valider sans réserve la loi du 14 avril 2011 en dépit de toutes les lacunes qu'elle présente au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹³²².

De fait, c'est bien cette institution qui constitue aujourd'hui le principal rempart contre la progression de l'ordre pénal sécuritaire. Ce sont bien évidemment les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garde-à-vue qui, prolongés par ceux de la Cour de cassation, ont permis l'adoption de la loi du 14 avril 2011, seul texte en dix ans à accorder de nouvelles garanties du justiciable. Mais l'influence de la Cour aura été également décisive dans l'ajournement *sine die* du projet de suppression de la juridiction d'instruction. En affirmant que le Ministère public, appelé à se substituer purement et simplement au juge d'instruction dans la

1319 *Supra* n°419.

1320 *Supra* n°119.

1321 Dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel estime ainsi que le régime dérogatoire de garde-à-vue prévu par l'article 706-88 du CPP en matière de bande organisée est conforme à la Constitution, alors même qu'il autorisait à l'époque le report de l'assistance de l'avocat jusqu'à la soixante-douzième heure sans exiger aucune motivation spéciale d'un magistrat – exigence posée par la CEDH dans ses arrêts Salduz et Dayanan.

1322 Décisions n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

conduite des enquêtes¹³²³, ne disposait pas des garanties d'indépendance et d'impartialité pour être qualifié d'autorité judiciaire, elle aura considérablement fragilisé la position du gouvernement¹³²⁴. Il faut enfin faire mention de la décision déjà citée relative au mécanisme de la rétention de sûreté (sic.), condamnant le principe d'une privation de liberté pénale sans lien suffisant avec la commission d'une infraction¹³²⁵.

422. Si cet inventaire démontre l'importance et l'efficacité de ce mécanisme de protection des libertés publiques mis en place à la Libération, il ne laisse pas de nous interpellé sur l'ampleur des atteintes contemporaines au droit à la Sûreté du citoyen. Si tel ne peut être l'objet principal d'une recherche juridique, cette situation doit également conduire à questionner la réalité du gain d'efficacité répressive mis en avant au soutien de cette entreprise de dé-construction de l'ordre pénal républicain. Au demeurant, le scepticisme que nous sommes en droit d'observer à l'endroit de la stricte aptitude de la logique répressive sécuritaire à faire reculer durablement et effectivement la délinquance avait déjà été formulé en son temps par les Constituants. Ainsi Michel Lepeletier de St Fargeau nous enseigne avec justesse que *« chez un peuple où les mœurs douces ne tempèrent pas l'aspérité de la loi [...] on l'invoque sans répugnance, on l'applique sans regret ; le peuple court en foule aux supplices. Mais ces cruels spectacles ne font qu'endurcir les mœurs publiques et ils deviennent le germe d'attentats plus atroces ; il faut alors enchérir sur les tourments, et ainsi par une fatale réaction et par une progression sans bornes, les crimes multiplient les tortures et les tortures nouvelles enfantent de nouveaux crimes »*¹³²⁶.

Au-delà de l'escalade répressive inhérente à la logique répressive sécuritaire, Lepeletier éclaire ici l'autre face de la surenchère belliqueuse à laquelle elle nous conduit. On ne peut certes prétendre apprécier scientifiquement l'incidence de tel ou tel modèle répressif sur l'évolution générale de la délinquance dans la mesure où il n'existe aujourd'hui aucun outil fiable en la matière¹³²⁷. La sociologie criminelle, confirmant largement les intuitions de l'humanisme pénal, permet en revanche de mesurer l'effet du durcissement contemporain de la répression sur la propension délictueuse des personnes condamnées. Déclinaison majeure du leitmotiv de l'efficacité répressive, le principe de rigidité punitive qui tend aujourd'hui à supplanter celui de l'individualisation de la

1323 V. Vincent SIZAIRE, *L'autre réforme de l'instruction*, RPDP 2010 IV, p.821 à 829.

1324 CEDH, Medvedyev et autres contre France, 10 juillet 2008, et Moulin contre France, 23 novembre 2010.

1325 *Supra* n°419.

1326 Michel LEPELETIER de St FARGEAU, *op.cit.*, p.98 et 99.

1327 *Supra* n°252.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

peine se révèle ainsi parfaitement contreproductif au regard de sa finalité officielle. En moyenne, le taux de nouvelle condamnation est ainsi de 61 % pour les sortants de prison contre 32 % à la suite d'un Sursis avec mise à l'épreuve et 34 % à la suite d'un travail d'intérêt général peine principale¹³²⁸. De la même façon, le taux de nouvelle condamnation en 2011 est de 63 % pour les peines sans aménagement, de 55 % pour les aménagements autres que la libération conditionnelle et de 39 % en cas de libération conditionnelle¹³²⁹.

423. En d'autres termes, loin de réduire le taux de récidive et de réitération, la logique répressive sécuritaire conduit bien au contraire à un pernicieux phénomène de cristallisation de la délinquance, contribuant à enfermer indéfiniment les individus ciblés dans la déviance. Mais elle contribue également à un phénomène de radicalisation de la délinquance non moins inquiétant. Là encore, Lepeletier nous avait en son temps déjà mis en garde : « *la loi franchit-elle tous les degrés de la peine ? Le méchant franchira aussi tous les degrés du crime ; il n'a point d'intérêt à s'arrêter ; nul calcul ne le retient* »¹³³⁰. Et, là également, la sociologie pénale contemporaine donne amplement raison à ses analyses. Quoique encore parcellaires, toutes les études réalisées en la matière, notamment outre-atlantique, établissent une corrélation plus ou moins importante entre le durcissement de la répression et l'augmentation des infractions les plus violentes¹³³¹. En définitive, l'accroissement continu et démesuré des prérogatives du pouvoir répressif n'ayant pour d'autre effet que d'exciter les comportements délictueux que l'on prétend ainsi endiguer, l'escalade répressive peut se poursuivre indéfiniment.

Invalidée par l'analyse sociologique, la prétention des « réalistes » à justifier la mise en cause du droit à la sûreté par la volonté d'améliorer l'efficacité de la répression méconnaît en outre grossièrement l'une des dimensions essentielles de la philosophie répressive républicaine. Au fondement de l'humanisme pénal – comme d'ailleurs du libéralisme pénal – il y a non seulement la volonté d'établir un système répressif rationnel et mesuré, mais également une justice pénale

1328 Pierre V. Tournier, *Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ?* Actualité Juridique Pénal 2005, n°9, 315-317.

1329 Annuaire statistique de la Justice édition 2011-2012.

1330 Michel LEPELETIER de St FARGEAU, *op.cit.*, p.100 ; plus loin, Michel LEPELETIER évoque pour illustrer son propos « *l'absurdité [...] de punir le voleur de grand chemin, le serviteur qui dérobaît quelques effets à son maître, l'homme qui en brisant les clôtures s'introduisait dans les maisons, de la même peine que l'assassin ; la loi elle-même les invitait au meurtre, puisque le meurtre n'aggravait pas la punition de leurs crimes, et pouvait en étouffer la preuve* », *ibid.*, p.100.

1331 V. Philippe ROBERT et Laurent MUCCHIELLI (dir.) *Crime et sécurité ; l'état des savoirs*, Paris, Éditions de la Découverte, 2002.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

efficace. Et l'ordre pénal absolutiste est dénoncé non seulement pour son arbitraire et sa démesure mais aussi pour sa prodigieuse incapacité à répondre utilement à la délinquance. C'est ainsi que Beccaria peut écrire qu'une « *une foule d'erreurs et d'injustices ont leur source dans les fausses idées que les législateurs se font de l'utilité* »¹³³², réfutant la plupart des pratiques de l'ancien droit pénal comme la torture ou la peine de mort pour leur barbarie, mais également pour leur inefficacité¹³³³. De façon plus explicite encore, Lapeletier considère, dans son rapport sur le projet de Code pénal à l'assemblée constituante, que « *les peines qui réuniront tous les différents caractères [qu'il a exposé] jusqu'ici, rempliront un des principaux objets de toute institution pénale, celui de réprimer utilement et efficacement les crimes* »¹³³⁴. En ce sens, il nous faut considérer les exigences de limitation et de modération de la répression constamment défendues par les inventeurs du droit pénal républicain tout à la fois comme l'expression d'une posture humaniste et comme un véritable souci d'efficacité répressive. En prescrivant le moins de pénalisation et de coercition possible dans la réponse aux atteintes à la cohésion sociale, ils nous exhortent également à allouer de la façon la plus économe et optimale les moyens du pouvoir répressif.

424. Mais les artisans de l'ordre pénal de 1789 ne se contentent pas de faire de l'efficacité du procès pénal une pétition de principes. Ils nous livrent pour y parvenir deux outils qui n'ont rien perdu de leur pertinence et qui soulignent en creux toute l'incongruité de cette répression tendanciellement démesurée et arbitraire qui se dessine de nouveau à l'horizon. Il s'agit d'abord du souci d'une répression diligente, qu'ils opposent comme gage de son efficacité au modèle absolutiste d'une pénalité terrifiante appliquée par un pouvoir répressif « sans entraves ». Beccaria le premier affirme « *que le châtement est plus utile quand il est prompt, parce que moins il se passe de temps entre le délit et la peine, plus forte et plus durable est dans l'esprit l'association de ces deux idées de délit et de peine* »¹³³⁵. A sa suite, les constituants ajouteront à cette exigence de promptitude de la réponse pénale celle, directement complémentaire, de sa certitude. C'est ainsi qu'Adrien Duport peut affirmer que « *la raison et l'expérience ont prouvé que les hommes étaient plutôt retenus par la certitude de la punition que par l'intensité de la peine* »¹³³⁶.

Le second levier d'efficacité du procès pénal qu'ils nous désignent n'est autre que l'amélioration de

1332 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.166

1333 *Ibid.*, p.95, 126 et suivantes.

1334 Michel LEPELETIER de St FARGEAU, *op.cit.*, p.105.

1335 Cesare BECCARIA, *op.cit.*, p.109.

1336 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.745.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

la constatation et de l'élucidation des infractions par les autorités répressives. Mais loin de prétendre, pour ce faire, remettre en cause l'encadrement juridique du pouvoir répressif – comme est aujourd'hui tenté de le faire le législateur, c'est tout au contraire sur l'impératif de protection de la Sûreté du citoyen que les constituants fondent leur exigence d'efficacité de la police judiciaire. C'est en ce sens, que Duport souligne que « *la société ne peut vouloir qu'un homme soit condamné que lorsque le fait a été constaté de la manière et par les moyens qui peuvent conduire à la plus haute certitude possible* »¹³³⁷. Loin de se construire sur l'arbitraire du pouvoir répressif, c'est bien au contraire en veillant à son strict encadrement que nous pouvons trouver les voies d'une plus grande efficacité de la répression.

Qu'il s'agisse de la promptitude de la réponse pénale ou de la diligence de la police judiciaire, les solutions esquissées par les inventeurs du droit pénal moderne restent d'une particulière pertinence à l'époque contemporaine. Avant de se préoccuper de développer des procédures de plus en plus expéditives au prétexte d'accélérer le cours du procès pénal¹³³⁸, le législateur serait bien mieux inspiré de la doter enfin des moyens lui permettant, sans rien amoindrir des garanties fondamentales du justiciable, d'intervenir dans un délai raisonnable. Quand tout aura été entrepris pour que les alternatives aux poursuites, les mesures éducatives provisoires ordonnées par le juge des enfant, le jugement des infractions ou encore l'exécution des condamnations soient mis en œuvre sans retard, peut-être serons nous en droit d'espérer que son prétendu échec ne serve de prétexte à la déconstruction de l'ordre pénal républicain. Avant d'accroître indéfiniment et sans aucune mesure les prérogatives des autorités répressives, le législateur serait tout autant inspiré de leur octroyer les moyens nécessaires à une amélioration de l'élucidation des infractions autre que statistique. Associée à la possibilité de reconstituer le moindre de nos mouvements qu'autorise aujourd'hui le développement de la génétique, des technologies de l'information et de leurs usages, l'essor remarquable de la police technique et scientifique offre des perspectives d'investigations autrement plus efficaces que la vieille mise sous pression policière du suspect.

Telle est la première leçon que nous devons retenir des inventeurs de l'humanisme pénal pour affronter les défis de notre temps. La seconde est d'ordre épistémologique. En liant indéfectiblement la préservation de la liberté du citoyen à la qualité de l'ordre juridique et l'effectivité de la loi, ils

1337 Adrien DUPORT, *op.cit.*, p.746.

1338 *Supra* n°257 et suivants.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

nous livrent une grille d'analyse mais également d'élaboration de la règle de Droit d'une richesse insoupçonnée. En tentant d'appréhender cette dernière d'abord dans son aptitude à protéger la liberté de l'homme en Société, c'est cette perspective scientifique, limpide et exigeante, que nous nous sommes efforcés d'observer au cours de la présente étude. Celle-ci doit dès lors être considérée comme la modeste feuille de route d'une démarche plus ambitieuse encore. L'étude de concepts encore balbutiants ou des dimensions de notre système répressif insuffisamment connues sous ce rapport – tels les notions de droit répressif administratif, de droit répressif privé ou l'analyse historique du rôle de l'autorité préfectorale dans le procès pénal¹³³⁹ – méritera bien sûr d'être approfondie. Mais dès lors que nous envisageons le droit dans sa finalité de préservation de la Sûreté de l'individu, le champ d'étude s'avère infiniment plus vaste. En réalité, ce sont l'ensemble de ses branches qui peuvent être revisités selon ce prisme particulier, à commencer par le droit de la santé publique, le droit du travail, le droit de l'information ou encore le droit de la consommation.

Destinant « à la génération présente » l'énoncé des nouveaux fondements de l'ordre pénal, Michel Lepeletier de St Fargeau annonçait « des bienfaits bien plus grands [...] pour la génération future », estimant que « c'est dans l'avenir que les mœurs publiques, véritablement régénérées, atteindront la hauteur de notre nouvelle constitution »¹³⁴⁰. Gageons que nous saurons un jour nous montrer à la hauteur de cet héritage.

1339 *Supra* n°176 et suivants.

1340 Michel LEPELETIER de St FARGEAU, *op.cit.*, p.149.

BIBLIOGRAPHIE

A - TEXTES JURIDIQUES

Lois et ordonnances

- Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits
- Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée
- Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
- Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature
- Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions
- Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution
- Loi n°75-624 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal
- Loi n° 75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale
- Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes
- Loi n°83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi 81-82 du 02 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale
- Loi n°84-576 du 9 juillet 1984 relative au placement en détention provisoire et au mandat de justice
- Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal
- Loi n°86-1019 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance
- Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale
- Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de la procédure pénale

- Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité
- Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs
- Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la protection de la présomption d'innocence et aux droits des victimes
- Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne
- Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 portant modification de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure
- Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice
- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure
- Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
- Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales
- Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs
- Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale
- Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance
- Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs
- Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental
- Loi n° 2008-582 du 20 juin 2008 renforçant les mesures de prévention et de protection des

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

personnes contre les chiens dangereux

- Loi n° 2008-644 du 1er juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines
- Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République
- Loi n°2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale
- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire
- Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux
- Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public
- Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale
- Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants
- Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
- Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue
- Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs
- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles
- Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines

Décrets et arrêtés

- Décret impérial du 1er mai 1812.
- Décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature
- décret n° 2002-889 du 15 mai 2002 relatif aux attributions du ministre de l'intérieur, de la

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

sécurité intérieure et des libertés locales

- Décret n° 2002-999 du 17 juillet 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance
- Décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements.
- Décrets n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 relatif à l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
- Décret n°2005-1387 du 8 novembre 2005 relatif à l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
- Décret n° 2007-1126 du 23 juillet 2007 relatif au conseil local et au conseil intercommunal de sécurité et de prévention de la délinquance et au plan de prévention de la délinquance dans le département
- Décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes
- Décret n°2009-1321 du 28 octobre 2009 relatif à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice

Décisions

- Décision du 27 avril 1961 instituant un Haut tribunal militaire.
- Décision du 3 mai 1961 instituant un Tribunal militaire.

Circulaires

- Circulaire relative à la politique pénale en matière de délinquance juvénile n° JUS F 98 500 88 C du 15 juillet 1998, p.1, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°71.
- Circulaire du 15 décembre 1999 relative aux réponses judiciaires aux actes de violence urbaine, inédite
- Circulaire n° JUSD0130006C du 9 mai 2001, Action publique et Sécurité, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°82.
- Circulaire n° JUSD0230056C du 19 mars 2002, p2, bulletin officiel du ministère de la

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Justice, n°86.

- Circulaire JUSD0230179C du 8 novembre 2002, relative à la présentation des dispositions de procédure pénale de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. NOR : JUSD0230179C, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°88.
- Circulaire n°JUSD0230200C relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs du 13 décembre 2002, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°88.
- Circulaire n° JUSD0330082C du 3 juin 2003 relative à la présentation des dispositions de droit pénal de la loi n° 2003-239 du 18 mars pour la sécurité intérieure, Bulletin officiel du ministère de la Justice n°90.
- Circulaire n° JUSD0430092C du 14 mai 2004, relative à la présentation des dispositions de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité , bulletin officiel du ministère de la Justice, n°94.
- Circulaire n° JUSD0043144C du 28 juillet 2004, relative au renforcement de la lutte contre la délinquance routière, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°95.
- Circulaire n° JUSD0430184C du 21 septembre 2004, relative à la présentation des dispositions générales de procédure pénale de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1er octobre 2004, Bulletin officiel du ministère de la Justice, n°95.
- Circulaire n° JUSD0530061C du 8 avril 2005, relative à la lutte contre la toxicomanie et les dépendances, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°98.
- Circulaire du 27 juillet 2005 relative à la politique pénale pour la répression des infractions relatives au travail illégal, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°99.
- Circulaire n°JUSD0630020C du 21 février 2006 relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°101.
- Circulaire JUSD0630054C du 19 avril 2006, relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs Bulletin officiel du Ministère de la Justice n°102.
- Circulaire n° JUSD0630129C du 4 décembre 2006 relative à la politique pénale en matière

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

de lutte contre l'immigration irrégulière et le travail clandestin, Bulletin officiel du Ministère de la Justice n°104.

- Circulaire interministérielle n°INTK0600110c du 4 décembre 2006 relative aux contrats locaux de sécurité, inédite.
- Circulaire JUSD0802230 du 6 février 2008 relative au rôle de l'institution judiciaire en matière de prévention de la délinquance, Bulletin officiel du Ministère de la Justice n° 2008-01
- Circulaire n° JUSD0925748C du 1er novembre 2009 relative aux instructions générales de politique pénale, bulletin officiel du ministère de la Justice, n°2009-06.
- Circulaire JUSK1040026C du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatives à la procédure simplifiée d'aménagement des peines, Bulletin officiel du ministère de la Justice n°2010-10.
- Circulaire JUSK1140036C du 10 mai 2011 relative au développement de la surveillance électronique de fin de peine, Bulletin officiel du ministère de la Justice, n°2011-05.

Documents parlementaires

- ASSEMBLEE NATIONALE, projet de loi relatif à la protection de la présomption d'innocence et aux droits des victimes, n°1079 de la onzième législature, Paris, 16 septembre 1998, p.4
- ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°36 de la douzième législature, Paris, 10 juillet 2002, p.30
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°53 de la douzième législature, Paris, 11 juillet 2002, p.30
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n°508 de la douzième législature, Paris, 18 décembre 2002, p 14
- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière, n°689 de la douzième législature, Paris, 12 mars 2003, p.8
- ASSEMBLEE NATIONALE, projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, n°784 de la douzième législature, Paris, 9 avril 2003

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur le projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, n° 856 de la douzième législature, Paris, 14 mai 2003, p.49.
- ASSEMBLEE NATIONALE, proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, n°1961 de la douzième législature, Paris, 1er décembre 2004, p.2.
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, n°1979 de la douzième législature, Paris, 8 décembre 2004,
- ASSEMBLEE NATIONALE, projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, n°2615 de la douzième législature, Paris, 26 octobre 2005,
- ASSEMBLEE NATIONALE, proposition de loi anti-émeute, n°2260 de la douzième législature, Paris, 9 novembre 2005.
- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, n°2675 de la douzième législature, Paris, 28 novembre 2005,
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, n° 2681 de la douzième législature, Paris, 16 novembre 2005
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport n° 3125 de la douzième législature, établi par la commission d'enquête « chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement », Paris, 6 juin 2006.
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi de prévention de la délinquance, n°3436 de la douzième législature, Paris, 15 novembre 2006,
- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°65 de la treizième législature, Paris, 11 juillet 2007, p.59.
- ASSEMBLEE NATIONALE, projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°442 de la Treizième législature, Paris, 28 novembre 2007
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté (sic.) et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°497 de la treizième législature,
- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur le projet de loi créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines, n°610 de la treizième législature, Paris, 16

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

janvier 2008 p.5.

- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport tendant sur la proposition de loi tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, n°1601 de la treizième législature, Paris, avril 2009, p.10
- ASSEMBLEE NATIONALE, proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n°1641 de la treizième législature, Paris , 5 mai 2009.
- ASSEMBLEE NATIONALE, rapport sur la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public n°1734 de la treizième législature, Paris, 10 juin 2009,
- ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance (sic.) de la sécurité intérieure, n°1697 de la treizième législature, Paris, 27 mai 2009.
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi pénitentiaire, n° 1899 de la treizième législature, Paris, septembre 2009,
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur la proposition de loi relative à l'amointrissement du risque de récidive criminelle, n°2007 de la treizième législature, Paris, 4 novembre 2009,p.35.
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, n°3532 de la treizième législature, Paris, juin 2011
- ASSEMBLEE NATIONALE Proposition de loi tendant à renforcer l'effectivité de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français et visant à réprimer les délinquants réitérants, n° 4168 de la treizième législature, Paris,17 janvier 2012.
- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi de programmation relative à l'exécution des peines n°4112 de la treizième législature, Paris, 21 décembre 2011
- SENAT, rapport sur le projet de loi relatif à l'efficacité de la procédure pénale, n°486 de la session ordinaire 1997-1998, Paris, juin 1998.
- SENAT, rapport sur la proposition de loi renforçant la protection de la présomption

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

d'innocence et les droits des victimes, n°208 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 6 février 2002.

- SENAT, projet de loi d'orientation et de programmation pour la Justice, n°362 de la session ordinaire 2001-2002, Paris, 17 juillet 2002
- SENAT, rapport sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°371 de la session extraordinaire de 2001-2002, Paris, 24 juillet 2002,
- SENAT, projet de loi pour la sécurité intérieure, n°34 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, 23 octobre 2002
- SENAT, rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière, n°251 de la session ordinaire 2002-2003, Paris, avril 2003.
- SENAT, rapport sur le projet de loi portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, n°441 de la session ordinaire 2003-2004, Paris, 24 juillet 2003.
- SENAT, Rapport sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, n°174 de la session ordinaire 2004-2005, Paris, février 2005,
- SENAT, rapport sur le projet de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, n°228 de la session ordinaire 2004-2005, Paris, 8 mars 2005,
- SENAT, Rapport sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence, n°84 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, novembre 2005,
- SENAT, projet de loi de prévention de la délinquance, n°433 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, 28 juin 2006.
- SENAT, rapport sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, n°476 de la session ordinaire 2005-2006, Paris, juin 2006,
- SENAT, Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, n°333 de la session 2006-2007, Paris, 13 juin 2007, p.6.
- SENAT, Rapport sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°174 de la session ordinaire 2007-2008, Paris, janvier 2008.
- SENAT, rapport sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, n°214 de la session ordinaire 2010-2011, Paris, janvier 2011,

B - JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel

- Conseil constitutionnel, Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice
- Conseil constitutionnel, Décision n°2003-467 du 16 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
- Conseil constitutionnel, Décision no 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme
- Conseil constitutionnel, Décision no 2007-553 DC du 3 mars 2007, Loi de prévention de la délinquance.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Daniel W. et autres [Garde à vue]
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, Samir M. et autres [Retenue douanière]
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

Cour de Cassation

- Cass. Ch. Réun., 7 juin 1842.
- Cass. Crim., 8 décembre 1906, D.1907 I 207.
- Cass. Crim., 3 août 1912, S.1913 I, 377

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- Cass. Crim. 19 février 1959, Bull. Crim. N°121.
- Cass. Crim., 3 mars 1960, Bull Crim. N° 138.
- Cass. Crim. 25 février 1991, Bull. Crim., n°94.
- Cass. Crim., 15 juin 1993, bull. Crim., n° 2010 ou, pour une décision récente,
- Cass. Crim., 28 juin 2000, Bull. Crim. n°253 ;
- Cass. Civ 1ère, 3 avril 2001, Bull. Civ. I, n°96.
- Cass. Crim. 4 septembre 2002, Bull Crim. N°157
- Cass. Crim. 6 mai 2003, Bull.crim., n°93
- Cass. Crim. 27 janvier 2010, Bull. Crim. n°16.
- Cass. Crim. 19 octobre 2010, Bull. Crim.2010 n°169 ;
- Cass. AP, 15 avril 2011, Bull. Crim. 2011, AP, n°1.
- Cass. Crim., 5 juin 2012, inédit.

Conseil d'Etat

- Conseil d'Etat, 19 février 1909, Abbé OLIVIER Rec. 181,
- Conseil d'Etat, 8 août 1919, LABONNE, Rec. 737 et
- CE, 19 mai 1933, BENJAMIN, Rec. 541
- CE 22 juin 1951 DAUDIGNAC, R.362.
- CE Sect., 27 mai 1977, SA VICTOR DELFORGE, Rec.253.
- CE Ass., 17 février 1995, HARDOUIN et MARIE ; A.J.D.A. 1995.379.
- CE, 3 décembre 1999, DIDIER, AJDA2000.126.

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH Handyside c/ R.U., 7 décembre 1976
- CEDH, 25 avril 1978, TYRER c. ROYAUME-UNI et
- CEDH Sunday Times c/ Royaume Uni, 26 avril 1979 ;
- CEDH 25 février 1982, CAMPBELL ET COSANS c. ROYAUME-UNI
- CEDH, Frunke c/ France, 25 février 1993

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- CEDH, Osman c/ RU, 28 octobre 1998.
- CEDH, Selmouni c/ France, 29 juillet 1999
- CEDH, Medvedyev et autres contre France, 10 juillet 2008,
- CEDH, Salduz c/ Turquie, 27 novembre 2008
- CEDH, Dayanan c/ Turquie, 13 octobre 2009
- CEDH, M. c/Allemagne, 17 décembre 2009
- CEDH, BRUSCO c/France, 14 octobre 2010.
- CEDH, Moulin c/France, 23 novembre 2010.

Cour de Justice de l'Union européenne

- CJUE, El Dridi, n°C-61/11 PPU du 28 avril 2011

C- PUBLICATIONS

Articles, contributions à des ouvrages collectifs

- ALIX Julie, « Une liaison dangereuse, Dangerosité et droit pénal en France », in Geneviève GIUIDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGESS, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011, p.55.
- AUGUSTIN Jean-Marie, « Introduction historique au droit pénal des affaires », RPDP 2002, n° 1, p.11.
- BADINTER Robert, « Les épines et les roses », in La revue socialiste n°42, deuxième trimestre 2011, p.50.
- BANCAUD Alain, « une exception ordinaire, les magistrats et les juridictions d'exception de Vichy », in AFHDJ, *La Justice des années sombres*, p.29 à 74
- BOURDIEU Pierre, Habitus, Code et codification, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, septembre 1986. pp. 40-44.
- FORTIS Elisabeth, « Janus et la responsabilité », in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*,

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- LGDJ, Paris, 2008, p.451.
- GLÉNARD Guillaume, « La conception matérielle de la loi revivifiée », RFDA 2005, p.922.
 - GRANGER Marc-Antoine, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », RCS 2009, n°2, p.282.
 - GREGOIRE Ludivine et BOULAN Fernand, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences », in Droit pénal 2010, n°5, p12.
 - GIUIDICELLI-DELAGE Geneviève, « Un monde (simplement) habitable », in Geneviève GIUIDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011, p.281.
 - JEAN Jean-Paul, « Le système de justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in Michel Massé, Jean-Paul Jean, André Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, pp. 247-280
 - JESTAZ Philippe et JAMIN Christophe, L'entité doctrinale française, D. 1997, C. p 171.
 - KALUSKZYNSKI Martine, « La rivalité des médecins et de Juristes », in L. MUCCHIELLI (dir.), op.cit., p.217.
 - LAZERGES Christine, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in Geneviève GIUIDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011, p.79.
 - LETURMY Laurence, « La répression de la délinquance sexuelle », in Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p.136.
 - MALABAT Valérie, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald OTTENHOF : Le champ pénal, 2006, p.155-165.
 - MALABAT Valérie
 - MUCHIELLI Laurent, « Penser le crime, les représentations scientifiques du crime », in Laurent MUCHIELLI (dir.), *Histoire de la criminologie française*, p. 471.
 - MUCCHIELLI Laurent, « Le « nouveau management de la sécurité » à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007) », Champ pénal/ Penal field [En ligne], Vol. V | 2008
 - MUCCHIELLI Laurent, « Note statistiques de (re)cadrage sur la délinquance des mineurs »,

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Champs pénal, <http://champpenal.revues.org/7053>, mis en ligne le 16 décembre 2009.

- MUCCHIELLI Laurent, « Comprendre l'explosion des garde-à-vues », in *Délinquance, justice et autres questions de société*, Site de ressources documentaires et d'analyse critique animé par un réseau de chercheurs en sciences sociales (www.laurent-mucchielli.org), 18 février 2010.
- MUCCHIELLI Laurent, « Vers une criminologie d'Etat en France », *Politix*, Volume 23 - n° 89/2010, p. 195-214.
- MUCCHIELLI Laurent, « De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la “multidisciplinarité” et “l’exception française” », *Champ pénal / Penal Field*, nouvelle revue internationale de criminologie, vol. VII, 2010, <http://champpenal.revues.org/7728>.
- NOIRIEL Gérard, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la Ie à la IIIe République », in *Genèses*, 30, 1998. p. 95.
- PONCELA Pierrette, « Chronique de l'exécution des peines », *RSC* 2004, p.955.
- PRADEL Jean, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès, essai d'un bilan », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presse Universitaires de Grenoble, 1993, p.240.
- SCHNAPPER Bernard, « La récidive, une obsession créatrice au XIXème siècle », in *Voies nouvelles en histoire du droit*, PUF, Paris, 1991, p.313 à 351.
- SENON Jean-Louis, « Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de Sûreté », in Michel MASSE, Jean-Paul JEAN, André GIUDICELLI (dir.), *Vers un droit pénal postmoderne ?*, Paris, PUF, 2009, p.173-189.
- SIZAIRE Vincent, « Quel modèle pour l'instruction ? », *AJ Pénal* 2009, n°10, p388-392.
- SIZAIRE Vincent, « garde-à-vue : Risques et Faux semblants d'une réforme annoncée », in *AJ Pénal* 2010, n°11, p.480-483.
- SIZAIRE Vincent, « L'autre réforme de l'instruction », *RPDP* 2010 IV, p.821 à 829.
- TOURNIER Pierre-Victor, « Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ? », *AJ. Pénal* 2005, n°9, 315-317.
- VANDERLINDEN Jacques, Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse, *RTDciv* 95, p.69 à 84.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- VARAUT Jean Marc, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1980, p.261.
- VIENNOT Camille, « Punir les parents ? » in Pierrette PONCELA (dir.), *Délinquances des jeunes. Quels actes ? Quelles réponses juridiques ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 165-184
- ZEROUKI-COTTIN Djoheur, « La sécurité privée en marche vers la professionnalisation », *AJPénal* 2010 p.495.

Ouvrages et thèses publiées

- A.F.H.D.J., *La Justice des années sombres*, Paris, La documentation française, coll. Histoire de la Justice, 1996.
- A.F.H.D.J., *La Justice en Algérie*, Paris, La documentation française, coll. Histoire de la Justice, 2005.
- ANCEL Marc, *la Défense sociale nouvelle*, Paris, 1981.
- ANONYME, *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome X, Du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789*,
- ANONYME, *Exposé des motifs du Code Pénal présenté au Corps législatif par MM. les orateurs du gouvernement*, Paris, 1810.
- BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris, Seuil, coll. Points, 1970 (1ère éd. 1957)
- BAUER Alain et RAUFER Xavier, *Violences et insécurité urbaines*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.
- BAUER Alain, *Criminologie plurielle, Une introduction générale à la criminologie*, Paris, PUF, coll. Major Service public, 2011.
- BASTARD Benoit et MOUHANNA Christian (dir.), *Une Justice dans l'urgence, le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2007.
- BECCARIA Cesare, *Traité des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979 (1ère ed. 1773).
- BIGO Didier, BONELLI Laurent, DELTOMBE Thomas, *Au nom du 11 septembre, les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- BONNELLI Laurent, *La France a peur, une histoire sociale de l'insécurité*, Paris, La découverte,, 2008.
- CUSSON Maurice, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987.
- DANET Jean, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, 2006.
- DUPORT Adrien, *Récit au sujet de M de Calonne*, Paris, 1787.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, NRF, 1985, 1ère éd. 1975.
- JEAN Jean-Paul, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008, 122 p.
- KALIFA Dominique, *Histoire des détectives privés en France (1832-1942)*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2007.
- LEPELETIER de St FARGEAU Félix, *Œuvres de Michel Lepeletier de St Fargeau*, Bruxelles, 1826.
- GARAPON Antoine, *La Raison du moindre État*, Odile Jacob, Paris, 2010.
- GARRAUD René, *La Relégation et l'interdiction de séjour, explication de la loi du 27 mai 1885*, Paris, Larose et Forcel, 1886, p.2.
- GRAMATICA Filippo, *Principes de défense sociale*, Éditions Cujas, Toulouse, 1964.
- GUIDICELLI-DELAGE Geneviève et LAZERGE Christine (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011.
- LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, NOËL Pierre, *Les grandes phases d'incrimination entre 1810 et 1945*, Paris, GAPP CNRS, 1992
- LASCOUMES Pierre, *Élites irrégulières, essai sur la délinquance économique et financière*, Gallimard, Paris, 1997.
- MASSE Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *Vers un droit pénal postmoderne ?*, Paris, PUF, 2009.
- MOREAU-CHRISTOPHE L.M, *Code des prisons*, Paris, Imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p.381 et 382.
- MUCCHIELLI Laurent (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, l'Harmattan, 1995.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

- MUCHIELLI Laurent, *Violences et Insécurité, fantasmes et réalités dans le débat français*, Paris, La Découverte, 2002.
- MUYART de VOUGLANS Pierre-François, *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, Lausanne, 1767.
- PAYE Jean-Claude, *La fin de l'Etat de droit : La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La Dispute, 2004.
- PONCELA Pierrette, LASCOUME Pierre, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1998.
- PORTELLI Serge, *Récidivistes, Chroniques de l'humanité ordinaire*, Paris, Grasset, 2009.
- PORTELLI Serge, *Juger*, Paris, L'atelier, 2011.
- PRINS Adolphe *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910.
- RASSAT Michèle-Laure, *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, Paris, La table ronde, 1983, p 29.
- RAUFER Xavier et QUERE Stéphane, *Le crime organisé*, Paris, PUF coll. Que sais-je ?, 2003.
- ROBERT Philippe et MUCCHIELLI Laurent (dir.), *Crime et sécurité ; l'état des savoirs*, Paris, Éditions de la Découverte, 2002.
- ROYER Jean-Pierre, JEAN Jean-Paul, DURAND Bernard, DERASSE Nicolas et DUBOIS Bruno, *Histoire de la Justice en France*, Paris, PUF coll. Droit fondamental, 2010.
- SALAS Denis, *La volonté de punir, essai sur le nouveau populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005
- SALAS Denis, *La Justice dévoyée, critique des utopies sécuritaires*, Paris, Les arènes, 2012.
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine*, Paris, Michel Alcan, 1898.
- SOYER Jean-Claude, *Justice en perdition*, Paris, Plon, 1982.
- VIENNOT Camille, *Le procès pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2012.
- WACQUANT Loïc, *Les prisons de la Misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999.
- WACQUANT Loïc, *Punir les pauvres, le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone, 2004.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Traité et Manuels

- AUBERT Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 2004
- BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2010.
- BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome deux : Procédure pénale, Paris, Dalloz, 1963.
- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.
- DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2009, 16ème éd..
- DUPUIS George, GUESDO Marie-José et CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2002, p.479.
- DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 2010.
- FAGET Jacques, *Sociologie de la délinquance et de la Justice pénale*, Ramonville St Agne, Erès, coll. Trajets, 2007.
- HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, t.1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1867.
- HELIE Faustin, *Théorie du Code pénal*, T1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1872.
- GARRAUD René, *Précis de droit criminel- deuxième partie Procédure pénale*, quatrième édition, Paris, Larose et Forcel, 1892.
- GUINCHARD Serge, BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2010.
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2010.
- JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure, 1771.
- LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 2001.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G, P DEVOLVE et B GENEVOIS, *Les grands arrêts de*

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2011, p.197.

- MERLE Roger et VITU André, *Traité de Droit criminel*, Paris, Cujas, 1967.
- MUYART de VOUGLANS Pierre-François, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Neuchâtel, 1781
- ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'à ce jour, analyses du cours de 1839-1840, recueillies et publiées par M. G. Narjot*. Paris, Joubert, 1841,
- PAULIN Christophe, *Droit pénal général*, Paris, Litec coll. Objectif droit, 2010.
- PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, Paris, PUF, 2001.
- PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, deuxième édition modifiée coll. Que Sais-je ?, 1991.
- PRADEL Jean et VARINARD André, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2009.
- PRADEL Jean, *Manuel de procédure pénale*, Paris, Cujas, 2010, 15ème ed.
- RASSAT Michèle-Laure, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, Coll. Université, 2010.
- ROBERT Jacques Henri, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. Themis droit, 2005.
- ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin, 1863.
- SOYER Jean-Claude, *Droit pénal et Procédure pénale*, Paris, LGDJ, 2008.

Thèses et mémoires de recherche (non publiés)

- MESSINEO Dominique, *La jeunesse irrégulière (1830-1912), entre moralisation, correction et tutelle judiciaire: essai sur une dynamique doctrinale*, Thèse, Université de Paris Ouest Nanterre, 2010.
- PONSEILLE Anne, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Montpellier, 2001.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Rapports publics et Etudes statistiques

- BAUER Alain (dir.), *Déceler – Etudier - Former : une nouvelle voie pour la recherche stratégique*, rapport au président de la République et au premier ministre, in *Cahiers de la Sécurité* 2008, n°4.
- COMITÉ D'ÉTUDES SUR LA VIOLENCE LA CRIMINALITÉ ET LA DÉLINQUANCE, *Réponses à la violence, rapport à M le Président de la République*, Paris, La documentation Française, 1977.
- CONFÉRENCE NATIONALE DE CRIMINOLOGIE, Rapport établi pour Madame la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche sur la faisabilité, la mise en place et le développement des Etudes, Recherches et Formations en Criminologie, Paris, Juin 2010, p.14.
- COULON Jean-Marie (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires, rapport au ministre de la justice*, Paris, La Documentation française, 2008, p.3.
- KENSEY Annie, « La récidive des sortants de prisons », *Les cahiers de l'administration pénitentiaire*, n°15, Paris, mars 2004.
- KENSEY Annie, « La récidive des condamnés à perpétuité », *Les cahiers de l'administration pénitentiaire*, n°24, Paris, août 2008.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE - DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES, *Avant-projet de réforme du Code de procédure pénale*, Paris, 2010.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE - DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES, *Observatoire de la Justice pénale, Chiffres nationaux 1999-2009*, Paris, 2010.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES, *Annuaire statistique de la Justice, édition 2011-2012*, Paris, 2012.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES, *Annuaire statistique de la Justice, édition 2009-2010*, Paris, 2010.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES, *Annuaire statistique de la Justice, édition 2005*, Paris, 2006.

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

D - PRESSE

- MONGIN Martin, « Alarmante banalisation des vigiles », *in* le Monde diplomatique, janvier 2008, p 4 et 5.

E- SITES INTERNET

- www.cesdip.org
- www.criminocorpus.org

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Index

- Absolutisme pénal...9, 13, 15, 33, 35, 63, 64, 65, 71, 78, 146, 159, 166, 181, 229, 252, 266, 275
- Absolutisme pénal60
- Comparution immédiate.....175, 265, 267, 272, 276, 302, 341, 350, 352, 375, 386
- Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.....175, 263, 272, 376, 403
- Criminologie...72, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291
- Dangerosité.....11, 59, 156, 166, 167, 168, 286, 346, 365, 369, 392, 395, 410, 413, 414, 415, 416, 417
- Droit à la sécurité. .299, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 314, 317, 319, 321, 392
- Fichiers393, 394, 395, 396, 397, 398
- Garde-à-vue...100, 119, 121, 147, 153, 154, 170, 172, 174, 215, 225, 242, 243, 258, 259, 260, 270, 373, 377, 399, 419
- Humanisme pénal. .9, 13, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 33, 45, 48, 52, 55, 56, 61, 65, 67, 69, 84, 85, 137, 146, 269, 278, 293, 295, 298, 302, 363, 420, 421, 423
- Mesures de sûreté...121, 122, 346, 387, 392, 414
- Pouvoir répressif administratif.....153, 163, 181, 182, 378, 379, 390, 404, 407
- Pouvoir répressif privé..181, 192, 193, 198, 290, 378, 380, 381
- Prévention de la délinquance. .74, 126, 144, 186, 187, 236, 237, 241, 252, 310, 321, 329, 341, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 413
- Principe de précaution. .291, 325, 368, 369, 410, 416
- Quasi-infraction....187, 189, 190, 192, 194, 217, 380, 408
- Réalisme répressif.33, 35, 39, 73, 142, 145, 156, 193, 222, 226, 227, 230, 279, 280, 283, 285, 287, 288, 289, 294, 295, 296, 297, 298, 302, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 335, 340, 344, 346, 347, 362, 363, 364, 366, 367, 373, 418
- Récidive. .72, 73, 74, 75, 78, 79, 83, 86, 87, 100, 108, 111, 115, 117, 118, 119, 120, 125, 158, 159, 160, 167, 236, 248, 252, 265, 272, 274, 275, 276, 286, 295, 296, 300, 302, 314, 316, 336, 340, 341, 384, 385, 386, 387, 392, 395, 397, 398, 405, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 421
- Rétention de sûreté....78, 98, 108, 413, 414, 415, 417, 420
- Suivi socio-judiciaire....387, 411, 412, 413, 414, 415
- Utilitarisme pénal....9, 15, 23, 33, 35, 41, 46, 48, 52, 54, 55, 57, 63, 64, 65, 71, 76, 77, 229, 287
- Victime. .9, 28, 29, 70, 71, 73, 74, 75, 79, 85, 88, 110, 111, 116, 164, 166, 193, 200, 225, 226, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 261, 268, 275, 302, 307, 309, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 331, 347, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 360, 364, 365, 366, 367, 401, 426, 427, 428, 431

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

Table des matières

SOMMAIRE.....5

INTRODUCTION.....9

PREMIÈRE PARTIE : LE BON SENS RÉPRESSIF, UNE FORCE D'EROSION DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN41

 TITRE 1 : AUX ORIGINES DU BON SENS RÉPRESSIF : LE CONFLIT NORMATIF FONDATEUR DU DROIT PÉNAL MODERNE.....47

 CHAPITRE 1 : ENTRE ORDRE NOUVEAU ET RETOUR À L'ORDRE, UN CONFLIT INEXORABLE.....49

 SECTION 1 : LE COMPROMIS FACTICE DE LA CODIFICATION IMPÉRIALE51

 §1 : La confrontation oubliée de deux systèmes répressifs antagonistes.....52

 A) L'ordre pénal républicain confronté à la réaction bonapartiste.....53

 1°) Le retour de l'arbitraire.....53

 2°) Le retour de la démesure.....55

 B) L'héritage ambigu de l'utilitarisme pénal.....58

 1°) La réduction techniciste du Droit pénal.59

 2°) L'essor de l'hygiénisme répressif.....61

 §2 : La coexistence problématique de deux logiques répressives antagonistes.....64

 A) La sauvegarde du droit à la Sûreté.65

 1°) La sauvegarde de la légalité.....65

 2°) La sauvegarde de la proportionnalité.....67

 B) L'essor des « nécessités de la répression ».....69

 1°) Une résistance constante à la progression de la Sûreté.....69

 2°) Une résistance souterraine.71

 SECTION 2 : UN COMPROMIS IMPOSSIBLE.....73

 § 1 : L'intolérance au fait délictueux.....74

 A) L'indépassable altérité délictueuse.....74

 1) Le « délinquant » et la Société.....75

 2°) Le délinquant et la victime.....77

 B) L'irréductible anormalité délictueuse.80

 1°) L'anormalité délictueuse ordinaire.....80

 2°) L'anormalité délictueuse extraordinaire.....82

 § 2 : La revendication d'une répression désentravée.....84

 A) L'arbitraire nécessaire.....84

 1°) Le risque de paralysie répressive.....85

 2°) Le risque d'impunité.86

 B) L'affliction nécessaire.....88

 1°) L'ambiguïté de la fonction rétributive de la peine.....89

 2°) L'assimilation des garanties du justiciable à des mesures de faveur.....91

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

CHAPITRE 2 : UN CONFLIT OCCULTÉ, LE MYTHE DE L'ÉQUILIBRE RÉPRESSIF .	94
SECTION 1 : LA CONSTRUCTION SYMBOLIQUE DE L'ÉQUILIBRE RÉPRESSIF	97
§1 : La construction doctrinale de l'équilibre répressif.....	98
A) Une représentation normalisée.....	99
1°) Une opposition explicite en droit pénal processuel.....	99
2°) Une opposition implicite en droit pénal substantiel.....	101
B) Une représentation stéréotypée	103
1°) Une formule désincarnée.....	103
2°) Une formule ambivalente.....	105
§ 2 : Une consécration jurisprudentielle et législative.....	107
A) La consécration jurisprudentielle.	107
1°) Une consécration mécanique.....	108
2°) Une consécration variable.....	109
B) La consécration législative.	111
1°) L'équilibre répressif proclamé.	111
2°) L'équilibre répressif codifié.	114
SECTION 2 : LA NEUTRALISATION SYMBOLIQUE DU CONFLIT NORMATIF ...	117
§ 1 : La neutralisation du conflit normatif.....	118
A) La justification des contradictions du mouvement normatif.....	118
1°) La justification des contradictions ordinaires.....	119
2°) La justification des contradictions exceptionnelles.....	121
B) La justification des incohérences de la structure normative.....	122
1°) La justification de régimes répressifs antagonistes.....	123
2°) L'aporie des mesures dites « de sûreté ».	125
§ 2 : La neutralisation du conflit systémique.....	127
A) La dissimulation du risque de basculement systémique.....	127
1°) Un risque de basculement latent.....	127
2°) Un risque de basculement voilé.....	129
B) La dissimulation de la vulnérabilité contextuelle de la Sûreté.....	131
1°) Une vulnérabilité contextuelle constante.....	131
2°) Une vulnérabilité contextuelle persistante.	133
TITRE 2 : LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DU BON SENS RÉPRESSIF	136
CHAPITRE 1 : UNE FORCE DE MODÉRATION DE LA NORME.....	138
SECTION 1 : UNE FORCE D'ATTÉNUATION DE LA NORME.....	139
§ 1 : Une force de défense du domaine pénal.....	139
A) La défense du domaine infractionnel.....	140
1°) La promotion d'une pénalisation systématique.....	141
2°) le développement d'une pénalisation endémique.....	143
B) La défense du domaine d'intervention des autorités répressives.....	145
1°) La défense du domaine réservé.....	145
2°) L'extension du domaine d'intervention.....	147
§ 2 : Une force de limitation de l'encadrement juridique du pouvoir répressif.....	149

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) La limitation des droits du justiciable.....	149
1°) La limitation des droits « entraves ».....	150
2°) La limitation des droits « superflus ».....	152
B) La limitation de l'encadrement juridictionnel du pouvoir répressif.....	154
1°) La limitation du contrôle de légalité.....	155
2°) La limitation du contrôle de proportionnalité.....	157
SECTION 2 : UNE FORCE DE DÉROGATION.....	160
§ 1 : La dérogation rationae personae, instrument d'une pénalité exorbitante.....	161
A) La répression exorbitante de « l'incorrigible ».....	162
1°) La répression du récidiviste.....	162
2°) La répression contrariée de l'enfant.....	165
B) La répression exorbitante du « monstre ».....	167
1°) La pénalisation contrariée de la maladie mentale.....	168
2°) La répression libérée du « monstre ».....	170
§ 2 : La dérogation rationae materiae, instrument d'une pénalité alternative.....	172
A) Le renforcement de la latitude générale du pouvoir répressif.....	173
1°) Une dérogation « impressionniste ».....	173
2°) Une dérogation mécanique.....	175
B) La construction d'un régime répressif alternatif.....	177
1°) La marginalisation du régime de droit commun.....	178
2°) L'extension du régime dérogatoire.....	180
CHAPITRE 2 : UNE FORCE DE CONTOURNEMENT DE LA NORME.....	183
SECTION 1 : LE POUVOIR RÉPRESSIF EXTRA-JUDICIAIRE.....	185
§ 1 : Le pouvoir répressif administratif.....	186
A) Le pouvoir répressif pénal de l'Administration.....	186
1°) Une immixtion indirecte.....	187
2°) Une immixtion directe.....	189
B) Le pouvoir répressif para-pénal de l'Administration.....	191
1°) L'ambivalence de la police administrative.....	192
2°) Les autorités répressives « indépendantes ».....	194
§ 2 : Le pouvoir répressif privé.....	197
A) La délégation répressive.....	198
1°) Les attributions répressives du pouvoir domestique.....	198
2°) Les attributions répressives du pouvoir économique.....	200
B) La modération répressive.....	202
1°) La modération répressive dans la sphère domestique.....	203
2°) La modération répressive dans la sphère économique.....	204
SECTION 2 : LA SUSPENSION AMBIVALENTE DE LA SÛRETÉ.....	208
§ 1 : L'ébauche d'un état de nécessité public.....	210
A) Un impératif de sauvegarde de la légalité.....	210
1°) Le maintien d'un socle inaltérable de légalité.....	211
2°) La volonté d'assurer la pérennité de l'ordre légal.....	213
B) L'exigence de proportionnalité.....	214

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) L'encadrement juridique des mesures d'exception.....	214
2°) Le contrôle des mesures d'exception.....	217
§ 2 : La tentation de l'arbitraire.....	219
1°) L'arbitraire par insuffisance de limites.....	220
2°) L'arbitraire par insuffisance de contrôle.....	221
B) L'arbitraire dans le recours à la suspension.....	223
1°) L'abus de l'état d'exception.	223
2°) Le renforcement de l'excuse générale de gravité.....	225
LE RÉALISME RÉPRESSIF, UNE FORCE DE DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PÉNAL RÉPUBLICAIN.....	227
TITRE 1 : DU BON SENS AU RÉALISME RÉPRESSIF	232
CHAPITRE 1 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, PRODUIT D'UNE RÉDUCTION GESTIONNAIRE DU PROCÈS PÉNAL.....	234
SECTION 1 : LA RÉDUCTION UTILITAIRE DE LA NORME PÉNALE.....	236
§ 1 : L'instrument d'une gestion punitive de la déviance.....	237
A) La réduction de la déviance à un phénomène délictueux.....	237
1°) La promotion d'une pénalisation hégémonique.	238
2°) La promotion d'une pénalisation démesurée.....	241
B) « L'adaptation » de la norme pénale à la répression de la déviance.....	243
1°) Une emprise pénale symbolique.	244
2°) Une emprise pénale opérationnelle.....	246
§ 2 : L'instrument d'une satisfaction symbolique de la Victime.....	248
A) La réhabilitation de la figure victimaire.....	249
1°) Une réhabilitation biaisée.....	249
2°) Une réhabilitation intéressée.....	251
B) La promotion des « attentes » victimaires.....	253
1°) La promotion d'un droit pénal de réparation.....	254
2°) La promotion d'un droit pénal de rétorsion.....	256
SECTION 2 : LA RÉDUCTION MANAGÉRIALE DE LA POLITIQUE PÉNALE.....	258
§ 1 : L'essor du productivisme pénal.	259
A) L'augmentation de la production répressive.	260
1°) L'augmentation de la production policière.	261
2°) L'augmentation de la production judiciaire.....	264
B) La rationalisation de la production répressive.....	266
1°) La simplification répressive.....	266
2°) L'accélération de la répression.....	269
§ 2 : L'essor de l'opportunisme répressif.	272
A) La promotion d'une réponse pénale « utile ».....	273
1°) Une répression intéressée.....	273
2°) Une répression désinhibée.....	275
B) La promotion d'une réponse pénale ostensible.	277
1°) Une répression visible.....	278

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

2°) Une répression ostentatoire.....	279
CHAPITRE 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, MOT D'ORDRE D'UN MODELE RÉPRESSIF CONCURRENT.....	282
SECTION 1 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, ÉMERGENCE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE ALTERNATIVE	285
§ 1 : Un réalisme criminologique.....	286
A) Une science autonome.....	287
1°) Une science réductrice.....	287
2°) Une éthologie du crime.....	289
B) Une science utilitaire.....	291
1°) Une science adoubée.....	291
2°) Une science appliquée.....	293
§ 2 : Un réalisme juridique.....	296
A) L'intention pragmatique.....	297
1°) Un pragmatisme procédural	297
2°) Un pragmatisme pénologique.....	299
B) Le souci de l'efficacité.....	301
1°) Un nouveau critère d'analyse.....	301
2°) Un nouveau critère de législation.....	303
SECTION 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, MOT D'ORDRE D'UNE LOGIQUE RÉPRESSIVE CONCURRENTÉ	306
§ 1 : Un ordre fondé sur le droit à la sécurité.....	307
A) La sécurité, un droit incertain.....	308
1°) Un droit sans fondement.....	308
2°) Un droits sans limites.....	310
B) La sécurité, une garantie indéfinie.....	312
1°) Une garantie contre le « risque » délictueux.....	312
2°) Une garantie de résorption du « risque » délictueux.	314
§ 2 : Un modèle guidé par une exigence d'efficacité répressive.....	316
A) Le moteur d'une répression sans limites.....	317
1°) La promesse d'une protection absolue.....	317
2°) La promesse d'une punition effective.....	319
B) Le moteur d'une répression sans « entraves ».....	321
1°) Une enquête sans entraves.....	322
2°) Une poursuite sans entraves.....	324
TITRE 2 : LE RÉALISME RÉPRESSIF, INSTRUMENT DE L'IMPLOSION DE L'ORDRE PÉNAL REPUBLICAIN	327
CHAPITRE 1 : LA NÉCESSITÉ DE PUNIR, L'HYPERTROPHIE PARADOXALE DU DROIT PÉNAL CONTEMPORAIN.....	330
SECTION 1 : UNE PÉNALISATION SANS BORNES.....	331
§ 1 : Le réflexe normatif.	331

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

A) Pénaliser pour éradiquer.....	332
1°) Une législation de circonstances.....	332
2°) Une législation conjuratoire.....	334
B) Pénaliser sans nécessité.....	337
1°) Une pénalisation de comblement.....	337
2°) Une pénalisation d'empilement.....	339
§ 2 : Le réflexe répressif.....	341
A) La promotion d'une pénalisation automatique.....	341
1°) L'automaticité de la poursuite pénale.....	342
2°) L'automaticité de la sanction pénale.....	344
B) La promotion d'une pénalisation exclusive.....	346
1°) L'affaïssement des modes alternatifs.....	346
2°) La tentation de l'hégémonie répressive.....	348
SECTION 2 : UNE PÉNALISATION SANS BOUSSOLE.....	351
§ 1 : Une pénalisation détournée.....	352
A) Une pénalisation de soutien.....	352
1°) Une législation pénale de soutien.....	353
2°) Une politique pénale de soutien.....	355
B) Une pénalisation privatisée.....	357
1°) la privatisation de l'action publique.....	358
2°) La privatisation de la sanction pénale.....	360
§ 2 : Une pénalisation dégradée.....	363
A) Une pénalisation sans identité.....	363
1°) L'oubli de l'intérêt général.....	363
2°) L'oubli de la subsidiarité.....	366
B) Une pénalisation stérile.....	367
1°) L'aggravation du préjudice collectif.....	368
CHAPITRE 2 : DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ AU PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	372
SECTION 1 : D'UNE PROPORTIONNALITÉ L'AUTRE : DE LA MODÉRATION À LA SURENCHÈRE RÉPRESSIVE.....	374
§ 1 : L'affaïssement du principe de proportionnalité dans la phase présentencielle du procès pénal.....	375
A) L'accroissement démesuré du pouvoir répressif judiciaire.....	375
1°) La démesure de l'enquête pénale.....	376
2°) La démesure des poursuites pénales.....	379
B) L'accroissement du pouvoir répressif extrajudiciaire.....	382
1°) La progression du pouvoir répressif administratif.....	382
2°) La progression du pouvoir répressif privé.....	385
§ 2 : L'affaïssement du principe de proportionnalité dans la phase postsentencielle du procès pénal.....	387
A) La promotion d'une modularité de la peine résiduelle.....	388
1°) Une modularité réduite ab initio.....	388
2°) Une modularité réduite a posteriori.....	390
B) La promotion d'une modularité de la peine mécanique.....	392

LA FRAGILITE DE L'ORDRE PENAL REPUBLICAIN

1°) Une modularité non contradictoire.....	392
2°) Une modularité aveugle.	394
SECTION 2 : DE LA PRÉSOMPTION D'INNOCENCE À LA PRÉSOMPTION DE DANGÉROSITÉ.....	396
§ 1 : Le vacillement de la charge de la preuve.....	397
A) Le développement endémique des fichiers pénaux.....	398
1°) Une croissance incontrôlée.....	398
2°) Un usage ambivalent.....	401
B) L'émergence d'une obligation de collaboration à l'accusation.....	403
1°) Une obligation explicite.....	403
2°) Une obligation implicite.....	406
§ 2 : L'essor d'une « prévention » répressive de la délinquance.....	408
A) L'essor d'une pré-répression administrative de la déviance.....	408
1°) La recension des populations déviantes.....	409
2°) La répression des populations déviantes.	411
B) Le développement endémique des mesures coercitives préventives.....	414
1°) La multiplication des dispositifs de coercition préventive.....	414
2°) La légitimation de la présomption de dangerosité.....	418
CONCLUSION.....	422
BIBLIOGRAPHIE	429