

Un droit pénal postmoderne ?
Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines

Michel MASSÉ
Professeur à l'université
de Poitiers

Jean-Paul JEAN
Magistrat, professeur
associé à l'université de
Poitiers

André GIUDICELLI
Professeur à l'université
de La Rochelle

Novembre 2007

Faculté de droit et des sciences sociales de l'université de Poitiers
APRED (Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles)
EA 1228

Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Le projet de l'Équipe Poitevine de Recherche et d'Encadrement Doctoral en sciences criminelles (EPRED) a été conduit sous la direction scientifique conjointe de Michel MASSÉ, professeur à l'université de Poitiers, directeur du Master II recherche « Droit pénal et sciences criminelles », JeanPaul JEAN, magistrat, professeur associé à l'université de Poitiers et André GIUDICELLI, professeur à l'université de La Rochelle.

L'hypothèse de départ de la recherche était que les évolutions contemporaines du droit pénal, remises en perspective historique, semblaient traduire des ruptures avec les principes qui fondent le système pénal français. Le concept de postmodernité pouvait apparaître le plus adapté pour servir de grille de lecture, tant la mondialisation des échanges, l'internationalisation des conflits et des modes de régulation, la société de l'information et des réseaux, les mutations technologiques. .. bouleversent nos perceptions, nos modes de raisonnement et d'organisation, nos réponses aux grandes questions de société. Le droit pénal serait touché au cœur de deux de ses composantes essentielles: la stabilité des normes et la souveraineté.

1. L'HYPOTHÈSE DE LA POSTMODERNITÉ

Nos sociétés passeraient de l'ère de la modernité à celle de la postmodernité. Ce concept de postmodernité est largement utilisé dans l'analyse des sociétés contemporaines. Il a fait son entrée sur la scène intellectuelle à la fin des années soixante-dix pour qualifier un nouvel état des sociétés développées, marqué notamment par l'ébranlement des repères rationnels et des grandes idéologies de l'histoire, la montée en puissance de l'individu, le poids des médias, l'accélération du temps et une remise en cause du fonctionnement social et culturel par l'essor de la consommation et de la communication de masse.

La période postmoderne serait marquée par une certaine perte de confiance en la science et la désillusion par rapport au progrès; le déclin de l'idée d'une organisation rationnelle du monde et de la vie en société; un monde irréductiblement caractérisé par la complexité, le désordre, l'incertitude; L'agitation médiatique permanente, les modes, l'accélération du temps se sont substitués à une perspective longue et à un sens de l'histoire vers un mieux universellement promis... Les sciences sociales sont irriguées par des concepts tels que l'anomie, l'aporie, le rhizome, le labyrinthe, le réseau... qui, pour le moins, fixent peu de repères rassurants!

Apparu en premier dans le domaine de l'architecture, le concept de postmodernité a traversé toutes les disciplines. Dans le domaine de la littérature, ce courant de pensée, très en vogue aux États-Unis, est resté en France limité à quelques cercles gravitant autour de ses figures fondatrices à la fin des années soixante-dix: Jean-François L YOTARD, auquel on attribue l'introduction du concept, mais aussi Gilles DELEUZE, Jean BAUDRILLARD ou Gilles LIPOVETSKY. D'autres intellectuels sont plus ou moins apparentés, tels Jacques DERRIDA, Félix GUATTARI, Michel FOUCAULT ou Jacques LACAN, dans la « French theory » des universités américaines.

"Quel que soit le champ disciplinaire concerné (pour la criminologie, voir BRODEUR. 1993), les universitaires débattent toujours de savoir quand commence la période moderne, pour distinguer ce qui est moderne de ce qui ne le serait pas. Il semble cependant qu'il existe un consensus chez les historiens pour associer « l'ère moderne» avec les Lumières à partir du milieu du xvnr siècle. La période postmoderne pourrait se percevoir au début des années soixante-dix, s'affirmer avec la chute du mur de Berlin en 1989 et la fin d'un mode bipolaire, les attentats du 11 septembre 2001...

De nouveaux paradigmes, de nouveaux modes de vie accompagnent les évolutions politiques, économiques et sociales à la charnière des deux siècles et des deux millénaires: société postindustrielle

et économie de l'information; capitalisme consumériste et toute puissance du marketing; mondialisation et effacement de l'État providence versus gonflement de l'État recentré sur ses fonctions régaliennes, ce qui intéresse directement la fonction même du droit pénal.

L'analyse postmoderne n'a cependant pas convaincu tout le monde et la recherche de l'équipe poitevine se veut prudente dans ses analyses. Ainsi, avec d'autres, Alain FINKIELKRAUT en appelle aux valeurs républicaines contre les communautarismes et l'individu consommateur-roi. Le recours, par les contempteurs de la postmodernité, à un langage abscons, pseudo scientifique, a été dénoncé.

En 1996, un canular: «l'affaire SOKAL », a ébranlé les sciences sociales [SAUVAGEAU, 1997]

1.1. DROIT MODERNE ET DROIT POSTMODERNE

On peut certes douter de l'existence de ruptures épistémologiques en droit. L'hypothèse est néanmoins stimulante et s'appuie notamment sur l'analyse de Benoît FRYDMAN [1996] qui évoque la perspective d'une «histoire de la pensée juridique placée sous le signe non de la continuité mais de la rupture, de ruptures peut-être brutales, de véritables révolutions scientifiques ».

Se fondant sur les concepts de révolution et de paradigme introduits par Thomas KÜHN dans l'épistémologie des sciences «dures », Benoît FRYDMAN considère que des renversements comparables se sont produits chez les juristes, avec des modifications radicales de l'idée que les hommes se font de la loi. Il en donne trois exemples: d'abord la révolution jus naturaliste (École du droit naturel moderne, à l'âge classique, XVIIe et XVIIIe siècles), rupture, au nom de la raison, avec le modèle scolastique hérité du Moyen-Âge; ensuite la révolution philologique au début du XIXe siècle, rupture, au nom de la science pratique des juristes, avec le modèle précédent et qui a donné naissance aux différentes manifestations du positivisme; enfin, la révolution réaliste et sociologique qui, un siècle plus tard, bousculera la précédente (entre temps devenue une sorte de doctrine officielle de la science du droit) sans toutefois parvenir à la renverser: «Dans le passé, ces coupures temporelles ont été largement occultées au profit d'une division, géographique celle-là, des ordres juridiques en États-nations et, au-delà, entre pays de droit civil et pays de common law, souvent présentés comme les deux continents de la raison juridique occidentale. » Et il évoque, pour la période contemporaine, la révolution «postmoderne », cette dernière révolution s'accompagnant d'importants changements de notre conception du droit et de la raison juridique, «tournant rhétorique [...] qui semble marquer l'abandon du projet, né avec la modernité, de construire une science du droit déterministe et univoque. » Toute analyse sur la postmodernité doit intégrer une interrogation sur ces ruptures. C'est en cela que sont stimulantes les théories de la postmodernité, même si la postmodernité en droit pénal ne constitue qu'une hypothèse heuristique, posée, dans l'intitulé même de nos travaux, sur le mode de l'interrogation.

Le droit traditionnel, si l'on ose le caractériser en quelques mots, était religieux dans ses fondements, pluraliste dans ses sources et collectiviste dans ses normes. Le droit moderne, sous la double influence des juristes du droit naturel et des philosophies du contrat social, s'est laïcisé, unifié et individualisé. La rationalité juridique, notamment à travers la codification, a construit une hiérarchie des normes, des catégories, plus de clarté et de sécurité, renforçant ainsi son autorité et sa volonté d'universalité. En France, l'unification se réalise autour de l'État-nation et le droit moderne apparaît alors comme l'expression sacralisée, par la loi, de la volonté générale. L'individu est la valeur première et l'autonomie de la volonté lui permet de créer du droit par déclaration ou contrat. Les droits dits subjectifs sont opposables à l'État qui doit les protéger.

Ce subjectivisme est lié à l'universalisme, l'un et l'autre étant des marques du droit naturel pensé par les Grecs et parvenu jusqu'aux Lumières à travers de nombreux avatars. La croyance dans le droit rationnel et juste, la confiance en la loi considérée comme l'instrument privilégié d'organisation des rapports sociaux, s'inscrivent dans le sens du progrès des sociétés occidentales. Après la Première Guerre Mondiale, certains croient même à « la paix par le droit ».

Ce droit moderne a été en partie consolidé par la doctrine. Le positivisme juridique français a longtemps empêché l'ouverture à d'autres théories du droit, propices à des questionnements radicalement différents, tels l'analyse économique du droit, les Critical Legal Studies, le mouvement «Droit et littérature» dans les pays anglo-saxons. Pourtant, dépassant, avec quelques autres, l'approche strictement positiviste, Jean CARBONNIER, en s'essayant à une « sociologie du droit sans rigueur », avait marié classicisme de la pensée juridique et ouverture à d'autres modes d'analyse.

L'hypothèse d'un droit postmoderne a été formulée dans le champ de la recherche juridique, à partir du constat de la fin annoncée du positivisme juridique, par des auteurs qui s'intéressent plus à l'histoire, à la sociologie et à la théorie du droit. Chez les francophones: André-Jean ARNAUD, François OST, Jacques CHEVALLIER, débats développés en particulier dans la revue Droit et société.

Ces auteurs constatent une perte de confiance dans le droit et un déclin donnant naissance, dans les années soixante-dix au mouvement de dérégulation et à l'émergence d'une nouvelle normativité marquée par la complexité et la par flexibilité.

La complexité trouve sa source dans la multiplicité des normes juridiques, dans le déclin de la loi au profit du règlement, dans l'émergence des autorités administratives devenues indépendantes. Le modèle pyramidal s'étirole pour laisser place à celui du réseau, phénomène mis en évidence dans les sciences sociales. La flexibilité et le flou du droit caractérisent des solutions pragmatiques, certes adaptables à cette réalité de plus en plus complexe, mais au détriment de la stabilité et de la sécurité juridiques. La légitimité de la norme ne serait plus acquise, elle ne pourrait s'évaluer qu'à l'aune de son efficacité, de ses résultats.

L'État normatif et régulateur, s'appuyant sur son outil majeur, le droit national, est contraint ou concurrencé par les normes européennes et internationales, par les pouvoirs économique et médiatique, mais aussi par les régulations contractuelles et par les modes négociés de résolution des conflits, qu'il est par ailleurs obligé de susciter pour faire face aux demandes particulières de régulation qui explosent. Le mythe moderne d'un être humain immuable et universel est remis en cause par les droits des individus comme autant de catégories sociales particulières, de minorités revendiquant des droits propres.

Le droit moderne codifié s'était aussi en partie structuré à travers une certaine défiance vis à vis de l'institution judiciaire, défiance non contradictoire avec le positivisme conçu comme une véritable science de la jurisprudence. Or, la montée en puissance du juge dans la seconde partie du XXe siècle, au plan national et international, la superposition et la concurrence des instances judiciaires, le recours du juge aux sources internationales voire supranationales, ont conduit à évoquer une «hypersubjectivisation» du droit revendiquée en justice au nom des droits de l'individu face à la puissance étatique.

~Ces bouleversements nécessiteraient, pour certains, un renouvellement des concepts théoriques et des cadres de pensée du monde des juristes. L'hypothèse d'un nouveau paradigme, celui du passage à la postmodernité, formulée par les théoriciens d'un droit postmoderne, fournirait des outils d'analyse, dont il faut se demander s'ils sont opératoires dans le champ pénal.

1.2. CLASSICISME ET MODERNITÉ EN DROIT PÉNAL

Peut-on réduire la focale et tenter d'appliquer le concept de postmodernité au seul droit pénal pour une approche plus pragmatique et opérationnelle? Même si l'intérêt de la démarche a été un temps discuté [DELMAS-MARTY, 2004], l'exercice pouvait paraître a priori plus facile, tant le droit pénal concerne directement le domaine de la souveraineté, frappé de plein fouet par les mutations qui abolissent les frontières. En effet, la montée du droit pénal européen et l'apparition de juridictions internationales, les multiples dispositifs systèmes d'échange et de coopération entre les États, la perméabilité des normes et des systèmes judiciaires, marquent des évolutions radicales dans l'exercice de la souveraineté.

Le thème de l'évolution du droit, de son mouvement, est très lié à la conception occidentale du droit. Selon les cas ou selon les auteurs, il véhicule une vision faite d'alternance, de continuité, de ruptures, de cycles et de crises [OPPETIT, 1998]. Dans cette perspective évolutionniste, intégrer la notion de postmodernité revient à poser la question d'un changement radical par rapport à un droit pénal « moderne », qui lui-même aurait succédé à un droit pénal « classique ».

L'analyse exhaustive des traités et des manuels de droit pénal montre que les auteurs se font souvent des idées différentes de ce qui correspond au classicisme ou à la modernité dans l'évolution du droit pénal. Il ressort cependant que, dans un premier temps, celui du «monisme pénal », les différences par rapport à l'Ancien Régime avaient concerné avant tout le respect des droits de l'individu face à l'arbitraire de la répression. Mais rien n'avait changé quant à l'idéologie rétributive et celle du libre-arbitre. Le positivisme scientifique de la fin du XIXe siècle a mis à mal l'unité conceptuelle initiale du droit pénal, par la remise en cause du libre-arbitre, l'émergence du concept de dangerosité, et la nécessité des mesures de défense sociale.

Après le moment important que fut la loi du 28 avril 1832 étendant les circonstances atténuantes, on peut considérer que le droit pénal moderne s'est construit progressivement, en intégrant dans le modèle initial, après les avoir refaçonnés, certains des bouleversements provoqués par la pensée positiviste, qui avait remis en cause des postulats jugés jusque-là inébranlables: le libre-arbitre auquel les positivistes opposent le déterminisme, et la peine auxquels ils préfèrent la mesure de sûreté. Si l'influence du mouvement positiviste sur la législation a été certaine, cela n'a pas entraîné une transformation radicale du droit pénal. Il en a été de même des mouvements de défense sociale qui se sont développés ensuite, en particulier le courant français animé par Marc ANCEL après la Seconde Guerre Mondiale. On a pu parler de néoclassicisme contemporain. La vision... classique du droit pénal de fond et la conception moderne (le positivisme, SALEILLES et l'individualisation de la peine, la Défense sociale nouvelle) continuent à irriguer aujourd'hui les écoles de pensée du champ des sciences criminelles.

En revanche, l'histoire des doctrines pénales s'intéresse généralement peu à la procédure pénale dont les mutations ont sans doute été plus fluides. Ainsi, le Code de procédure pénale de 1959 ne constitue pas une rupture par rapport au Code d'instruction criminelle de 1808. Les mouvements qui l'ont affecté se sont accélérés à partir des années soixante-dix, sous l'influence du droit constitutionnel et du droit européen des droits de l'homme. Le modèle du procès équitable, en dépassant l'opposition accusatoire/inquisitoire, constitue certainement l'aboutissement de la procédure pénale moderne. De même, les compromis procéduraires pragmatiques trouvés au sein des juridictions internationales (Tribunal pénal international puis Cour pénale internationale) montrent comment un équilibre est en train de s'établir entre système continental et le système anglo-saxon, entre garanties procédurales et nécessité de juger dans un délai raisonnable.

1.3. UN DROIT PÉNAL POSTMODERNE ?

L'hypothèse de la postmodernité en droit pénal est sujette à controverse. Elle a été formulée par Françoise TULKENS à plusieurs reprises [2000, 2001, 2002] , en focalisant sur une des causes apparentes de rupture: «L'hypothèse qui est la mienne est celle d'une influence déterminante du droit pénal européen sur le droit pénal lui-même dont les fondements, comme la souveraineté ou la territorialité, sont appelés à être revisités.» Également: «L'internationalisation croissante de la délinquance ainsi que de la réaction sociale introduisent, dans le champ du pénal, une rupture épistémologique qui est peut-être aussi importante que celle qui est intervenue à la fin du XVII^{ème} siècle et qui a donné naissance à ce que l'on a appelé l'avènement du droit pénal moderne. Le contrat social, comme socle fondateur de la légitimité du pénal, joint à la notion d'État-nation et de souveraineté, a marqué de son empreinte de nombreux dispositifs du droit pénal positif tels que, par exemple, le principe de la légalité ou celui de la territorialité du droit pénal ». Ou encore, dans une vision plus large: «En Belgique comme à l'étranger [...] les principes fondamentaux du droit pénal [...] connaissent en effet des mutations fondamentales. Certains diront même que des "dogmes" s'écroulent.»

Mireille DELMAS-MARTY, dans un premier temps [2004] a semblé prendre de la distance vis-à-vis des théories de la postmodernité: «La mondialisation, qui ne respecte ni les souverainetés ni les territoires, est perçue par beaucoup comme la marque d'un droit postmoderne, qui se construit soit en opposition (« antimoderne »), soit dans le prolongement (« hypermoderne ») de la philosophie des Lumières et du droit dit moderne. Peu importe l'étiquette ! Le fait est que les États sont toujours là, identifiant le droit à l'État, et l'État à ces symboles que sont la territorialité et la souveraineté. Mais le paysage juridique a changé ». Plus récemment [2006], l'auteur s'est toutefois expressément référé aux hypothèses qui nous intéressent: «Au stade où nous en sommes - au tout début de cette mutation épistémologique, véritable révolution culturelle qui affecte les notions mêmes d'ordre juridique et de systèmes de droit - l'hypothèse du pluralisme ordonné ». Et encore: «La représentation euclidienne (« moderne ») de l'ordre juridique identifiée à l'État et représentée comme un système de normes et d'institutions à la fois hiérarchisé, territorialisé et synchronisé, est désormais enveloppée par une conception non euclidienne (dite postmoderne). » Mireille DELMAS-MARTY cite André-Jean ARNAUD, Yves CARTUYVELS et Jacques CHEVALLIER, qui se posent la question de la rupture ou de l'adaptation dans la continuité du droit pénal moderne.

Cette problématique est bien celle de la recherche, intégrant le droit international, et européen, mais centrée d'abord sur le droit national avec quelques développements de droit comparé, et s'intéressant plus au fond du droit qu'aux systèmes de normes.

Sommes-nous donc entrés dans une période postmoderne du droit pénal? Il est déjà apparu que la menace terroriste pouvait, sous l'effet de la panique qu'elle provoque, accroître le basculement des sociétés occidentales de la démocratie d'opinion à la démocratie d'émotion, dans laquelle les principes mêmes les systèmes pénaux sont remis en cause au profit de législation d'exception. Le même phénomène de « panique morale» avait déjà touché le domaine de la lutte contre la pédophilie dans les démocraties occidentales, ainsi que cela a déjà été largement analysé dans les travaux nord-américains. Mais la présente recherche s'intéresse plus aux mouvements de fond, moins réactifs aux seuls événements visibles. En effet, depuis deux décennies, de profonds changements touchent le champ pénal, à travers des phénomènes qui peuvent être évoqués sous forme d'inventaire non exhaustif:

- l'internationalisation et l'eupéanisation du droit pénal, sous l'influence à la fois de la Cour européenne des droits de l'Homme ainsi que d'un mouvement de coopération et de rapprochement des législations engendré par le processus politique de construction de l'Union européenne et son volet «Justice-Affaires intérieures» ;
- la construction de la justice pénale internationale qui mixe les cultures des pays de common law avec celle des pays de droit écrit;
- la volonté de lutter spécifiquement contre la criminalité organisée transfrontière ;
- la montée du juge, et plus encore du juge européen, dans l'élaboration des normes au détriment du législateur national ;
- la montée des opinions publiques et des médias sur les sujets sensibles, tels la gestion des risques, les accidents collectifs, la protection de l'environnement, certaines formes de délinquances en particulier en matière sexuelle lorsque les victimes sont mineures;
- le poids grandissant des victimes dans les processus de pénalisation et de réparation ;
- l'incapacité des systèmes judiciaires à faire face à la gestion de contentieux de masse dans le cadre des réponses « classiques» du droit pénal ;
- la demande de pénalité notamment pour les récidivistes, la surpopulation carcérale, la demande de "neutralisation des individus dangereux ; la pression policière pour obtenir des moyens d'enquête plus efficaces ; les nouvelles technologies dans l'administration de la preuve;
- le développement d'une société de surveillance et la privatisation dans l'exercice des fonctions de sécurité.

C'est en intégrant tous ces facteurs dans une réflexion globale que l'on peut mesurer l'ampleur des changements de perspective qui concernent ou vont concerner directement le droit pénal, en mesurant leur influence sur les principes fondamentaux qui sont le socle du droit pénal français moderne (légalité, territorialité, individualisation..). On pourrait continuer l'énumération de ces phénomènes, la plupart déjà étudiés de façon ponctuelle, mais rarement tous ensemble mis en perspective. On relève toutefois deux monographies qui prennent la mesure des évolutions qui se sont produites depuis l'apparition du droit pénal «classique/moderne» défini comme le droit apparu sous la double influence de l'École du droit naturel et de la philosophie des Lumières. Dans l'une, Yves CARTUYVELS [2003] s'intéresse surtout aux caractéristiques de la norme pénale (territorialité, légalité...) et à l'image du délinquant (liberté, égalité, citoyenneté abstraite) ; son analyse révèle le projet politique des souverains de l'époque. Dans l'autre, Massimo VOGLIOTTI [2002] dresse plus particulièrement un tableau des évolutions de l'incrimination sur les deux derniers siècles. Même si ces deux auteurs constatent des évolutions très substantielles, ni l'un ni l'autre ne concluent formellement à une véritable rupture.

Au bout du compte, apparaissent deux « manières» de conclure à l'existence d'un droit pénal postmoderne en se référant à l'idéologie répressive contemporaine. La première: identifier une démarche volontariste et rationnelle visant la construction d'un droit pénal distinct des modèles précédents. C'est la voie sur laquelle aurait pu nous engager Marc ANCEL rejetant tout à la fois le déterminisme positiviste et le néo-classicisme. La seconde: constater la « déconstruction » du droit pénal «classique/moderne» sans véritable réflexion d'ensemble, dans une évolution obéissant

essentiellement à des considérations d'ordre pragmatique et à court terme. C'est l'hypothèse que nous avons retenue.

La recherche, toutefois, ne pouvait être approfondie que sur certains thèmes précis. Ont été choisis: la pénalisation du politique, la répression de la délinquance sexuelle, la responsabilité des malades mentaux, l'emprisonnement, sans négliger l'aspect procédural de la gestion des contentieux de masse par le système pénal, en particulier celui relatif à la circulation routière. Quelques exceptions mises à part - îlots de modernité - nous avons constaté, dans la plupart des cas, un réel décrochage avec certains principes du droit pénal moderne (2). L'éloignement progressif de ces principes -dont on ne peut cependant pas conclure qu'il est définitif- s'opère au profit de la montée d'une idéologie du pragmatisme (3). L'un et l'autre mouvement s'analysent parfois comme des ruptures, toujours comme des évolutions significatives.

2. LE DÉCROCHAGE DES PRINCIPES MODERNES DU DROIT PÉNAL

Le décrochage des principes modernes du droit pénal peut être repéré à travers deux phénomènes: d'une part le développement de mouvements de pénalité inspirés par un néopositivisme pénal; d'autre part, la pénalisation de la sphère du politique. Une illustration en est fournie par l'analyse de la situation latino-américaine.

2.1. LE NÉOPOSITIVISME PÉNAL

La pensée néopositivisme s'est affirmée en rupture avec les périodes précédentes dans deux domaines qui ont pris une importance croissante dans les figures de la pénalité : la répression de la délinquance sexuelle et la responsabilité pénale des malades mentaux. Toutefois L'enfermement en milieu pénitencier, même aménagé pour dispenser des soins, reste la réponse centrale sinon la solution. La prison, paradoxalement, demeure depuis deux siècles un îlot de modernité.

2.1.1. La répression de la délinquance sexuelle

La multiplication des règles dérogatoires dont l'ensemble compose un véritable droit pénal spécial serait-elle la manifestation d'un passage vers un droit pénal postmoderne? Certains l'affirment. Tandis que la dépénalisation de l'avortement et, parallèlement, la qualification criminelle du viol auraient marqué, à la fin des années soixante-dix, l'entrée du droit pénal dans l'âge de la modernité sexuelle, l'évolution postérieure, par la multiplication des infractions sexuelles et la sévérité des peines encourues, associée à l'activisme grandissant des associations de victimes, seraient autant d'indicateurs «d'une postmodernité hyper répressive ». Approuver ce point de vue supposerait la constatation d'une déconstruction du droit par dislocation de ses principes, génératrice sinon d'incohérence, du moins d'instabilité. Il est encore trop tôt pour le dire. Mais, à tout le moins, la pluralité des règles dérogatoires en la matière est le signe d'une perte des repères par l'abolition des frontières traditionnelles celles du droit pénal. Et ce seul constat suffit à avancer l'hypothèse de nouvelles rationalités qui sont cependant peut-être moins la marque d'un nouveau modèle que d'un retour à d'anciennes doctrines.

2.1.1.1. L'abolition des frontières traditionnelles du droit pénal

L'ensemble des lois à l'origine des dispositions spécifiques relatives à la délinquance sexuelle a pour finalité affichée d'accroître la répression des auteurs d'infractions sexuelles et (ou) de renforcer la lutte contre leur éventuelle récidive. Leur analyse montre que le renforcement de la répression ne s'est pas seulement traduit par une aggravation des peines encourues mais aussi et surtout par l'option d'une pluralité de dispositions dérogatoires, d'ordre principalement procédural, qui conduisent ce droit à s'affranchir des limites caractérisant le droit pénal commun.

- L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE

D'abord une extension spatiale, puisque, depuis 1994, le législateur a permis un élargissement considérable des possibilités de poursuite en France des auteurs d'infractions sexuelles commises à l'étranger contre des mineurs.

Ensuite une extension temporelle. Cinq lois successives ont abouti à multiplier les exceptions aux règles de la prescription de l'action publique qui visent, au premier rang, les infractions sexuelles commises sur des mineurs. Entorse aux règles communes constitutives du principe de la légalité, ce régime dérogatoire marque aussi une volonté affirmée de ne rien oublier lorsqu'il s'agit d'infractions sexuelles.

- LES RESTRICTIONS AU DROIT À L'OUBLI

D'abord une mémoire hypertrophiée. Elle résulte de règles particulières qui affectent tant les mécanismes d'extinction et d'effacement des condamnations que le casier judiciaire des délinquants sexuels. Toutes ont pour origine la loi du 17 juin 1998 qui, parallèlement, créait la peine de suivi socio-judiciaire alors réservée aux seuls délinquants sexuels.

Ensuite des fichages spécifiques. C'est la création du « Fichier national automatisé des empreintes génétiques » (FNAEG ; loi du 17 juin 1998,) puis celle du « Fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles » (FJNAIS ; loi du 9 mars 2004) dont l'objet est de prévenir le renouvellement des infractions de l'article 706-47 du Code de procédure pénale.

Plus encore que l'extension du champ d'application de la loi pénale, l'interdiction de l'oubli et la multiplication des fichiers sont la marque d'une surenchère, sinon d'une démesure du droit pénal. Il ne s'agit plus en effet de se donner de plus amples moyens pour juger l'auteur d'une transgression à la loi. Il s'agit de toujours garder un œil sur lui, de le rendre toujours visible, non pas pour ce qu'il a fait mais pour ce qu'il risque de faire. Le droit pénal a ainsi opéré un glissement d'une réaction légitime à l'infraction commise vers une prévention exacerbée de l'infraction redoutée. Au cœur de ce mouvement, et en quelques années, a émergé la notion de dangerosité, nouveau paradigme de la menace sociale que le droit pénal doit prévenir.

2.1.1.2. Un droit spécial porteur de nouvelles rationalités

Il conviendrait de constituer une sorte de filet de sécurité au profit de la société, tout en préservant la liberté individuelle de celui qui a payé sa dette à la société mais qui, en raison de sa dangerosité persistante, doit être soumis à un contrôle permanent. Les nouvelles priorités du droit pénal consistent donc à se prémunir, par le recours à des mesures à durée indéterminée, des risques que fait courir à la société un individu potentiellement dangereux.

- UN DROIT PÉNAL DE L'ANTICIPATION

Le droit pénal ne se donne plus pour seul objet de sanctionner celui qui a violé la règle; il cherche à identifier celui qui pourrait à nouveau les violer. Insidieusement, le droit pénal se transforme en un droit prédictif qui, grâce au diagnostic clinique, se donne pour mission de prévenir une éventuelle dangerosité. La catégorisation des délinquants sexuels dangereux a intensifié les discussions sur la nécessité d'un suivi post-carcéral.

- UN DROIT PÉNAL DE LA TRAÇABILITÉ

Ce terme de traçabilité est parfois expressément utilisé: dans le cadre du suivi socio-judiciaire, du placement sous surveillance électronique mobile, dans la mesure de surveillance judiciaire et dans la mise en œuvre des fichiers. Le suivi socio-judiciaire inaugure l'indétermination de la peine; la surveillance judiciaire, celle d'une mesure quasi ante delictum pourtant validée par le Conseil constitutionnel le 8 décembre 2005. Il s'agit, rien de moins, d'un bouleversement du concept traditionnel de la peine par la résurgence des mesures de sûreté.

Dans ce domaine, il y a bien rupture. Mais le «post» prend ici le visage de « [l']Jante ». C'est un néo-positivisme intégré à la législation. Le positivisme n'était qu'une doctrine scientiste ayant eu une incidence (temporaire) sur la législation; ainsi pour la relégation. Il s'agit maintenant d'une doctrine

pénale assumée, fondant sa légitimité sur l'état dangereux d'un individu et la prééminence de la protection sociale sur le risque de récidive. Ainsi est-on allé jusqu'à évoquer le principe de précaution pour les victimes dans la présentation du projet qui allait devenir la loi de lutte contre la récidive du 10 août 2007.

2.1.2. L'irresponsabilité pénale des malades mentaux

La question de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux, régulièrement sous les feux de l'actualité, permet d'entrer de plain-pied dans une réflexion sur la responsabilité pénale et ses fondements. Plusieurs rapports récents, dont l'accumulation est en soi révélatrice, en fournissent la matière: Commission Santé-Justice, intitulé Santé, justice et dangers: pour une meilleure prévention de la récidive; rapport dit BURGELIN du 6 juillet 2005 ; Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses des sénateurs Philippe GOUJON et Charles GAUTIER du 22 juin 2006 ; rapport Réponses à la dangerosité de Jean-Paul GARRAUD du 18 octobre 2006.

Commissions et missions parlementaires dressent le constat d'une pénalisation croissante des personnes atteintes de troubles mentaux et proposent un traitement judiciaire particulier recourant à différentes mesures. Ainsi, l'organisation d'une audience spécifique ayant pour objet l'imputabilité (matérielle) de l'infraction commise par une personne dont le discernement était aboli au moment des faits, ou encore l'extension des mesures de sûreté, dont certaines pouvant s'exécuter en milieu fermé après la peine. Marquées par la volonté de prendre en compte les demandes des associations de victimes et l'affirmation d'un besoin accru de protection de la société, ces préconisations et recommandations témoignent surtout, là encore, du retour du concept de dangerosité comme élément de détermination de la politique pénale.

En ce domaine, toutefois, l'omniprésence de la dangerosité n'emporte pas une remise en cause radicale de la responsabilité pénale subjective fondée sur le libre arbitre. C'est plutôt à une cohabitation des concepts que l'on assiste, le tout concourant à un durcissement de la politique pénale.

Les non-lieu prononcés en application de l'article 122-1, alinéa 1, ne sont plus synonymes de sortie du système pénal. En cas de mise en œuvre de l'alinéa 2 - ce qui est de plus en plus fréquent l'exécution de la peine proprement dite, dont le prononcé aura été la conséquence de la déclaration de culpabilité, peut être prolongée par une mesure de sûreté, fondée quant à elle sur la permanence d'un état dangereux. La fonction de cette mesure de sûreté est d'accroître le contrôle du système pénal, par delà le suivi sanitaire et social, sur certaines catégories de délinquants présentant ou ayant présenté des troubles mentaux, ce qui constitue une conception néopositiviste par excellence.

2.1.3. La prison, un îlot de modernité?

En matière de pénalité, la seule évolution fondamentale de la fin du siècle dernier aura été, en France, l'abolition de la peine de mort, le 9 octobre 1981, parachevée par son interdiction constitutionnelle le 23 février 2007. La prison, quant à elle, est bien restée « le centre de la pénalité » qu'elle était devenue à l'époque moderne. Certes, les évolutions sont importantes: diversification des peines en général et aménagement de celle-ci en particulier, jusque et y compris le placement sous surveillance électronique que certains considèrent comme une modalité radicalement nouvelle (postmoderne ?) de privation de liberté. Mais la prison reste bien la référence et, mise à part l'arrivée en force des mesures de sûreté déjà signalée, il est possible de lire l'évolution de la peine d'emprisonnement comme s'inscrivant dans une grande continuité, voire marquée d'une certaine rationalité.

- CONTINUITÉ

La fonction resocialisatrice de la peine constitue un des traits marquants de l'évolution du droit pénal depuis 1945. Mais elle était déjà consubstantielle aux thèses utilitaristes défendues en leur temps par BECCARIA et, surtout, par BENTHAM. Elle n'est pas non plus absente de la pensée positiviste et s'avère être une idée centrale dans l'œuvre de SALEILLES. Il est vrai que la législation lui reste alors en partie imperméable et qu'un droit pénal d'éloignement, voire d'élimination (loi du 30 mai 1854 sur la transportation des condamnés en Guyane, loi du 27 mai 1885 sur la relégation des multirécidivistes)

prévaudra encore durablement. Toutefois, l'idée que la peine puise sa légitimité dans son utilité pour le corps social et qu'elle ne peut atteindre son objectif qu'en s'adaptant à l'individu pour permettre son retour à la condition d'homme libre est déjà clairement formulée.

Le consensualisme pénal traduit la nécessité de l'accord plus ou moins explicite du condamné à une mesure ou à une peine, comme le travail d'intérêt général ou le placement sous surveillance électronique. Même s'il s'agit en réalité d'une simple condition d'accord aux conditions fixées par l'autorité judiciaire, pour obtenir le bénéfice d'une alternative à l'emprisonnement, ce choix n'est pas nouveau puisqu'il s'agit de celui déjà formulé dans la loi du 14 août 1885 concernant la libération conditionnelle.

Globalement, le développement des alternatives à la détention a lui aussi été permanent: libération conditionnelle (1885), le sursis simple (1891), le sursis avec mise à l'épreuve (1959), le contrôle judiciaire (1970), les substituts aux courtes peines d'emprisonnement, l'ajournement du prononcé et la dispense de peine (1975), le travail d'intérêt général (1983), la suppression des peines d'emprisonnement en matière contraventionnelle (1993), la surveillance électronique (1997).

L'assouplissement des conditions de la libération conditionnelle a permis de passer, de 1995 à 2004, de 5 089 à 6 480 décisions, même si la proportion des libérations conditionnelles au sein du chiffre global des sorties de prison n'a cessé de décroître ces dernières années, passant de 13,1 % en 2001 à 5,7 % en 2005.

"Il est vrai que, dans le même temps, différents textes (lois des 22 novembre 1978, 2 février 1981, 9 septembre 1986 et 1^{er} février 1994) ont instauré et développé des périodes de sûreté qui limitent la possibilité de recourir aux mesures de confiance. Mais elles ne sont cependant pas de nature à expliquer l'augmentation de la population pénale. En définitive, non seulement la place de la prison dans le système répressif ne paraît pas marquée par des mutations ou par des ruptures brutales, mais elle semble s'être tranquillement confortée avec une linéarité quasi indifférente à tous les discours qui entendent remettre en cause son sens ou sa légitimité. .

Le seul changement radical récent semble avoir été la juridictionnalisation de l'exécution des peines. Longtemps restée à l'état d'ébauche avec l'avant projet définitif de Code pénal publié en 1978, puis à l'état embryonnaire avec la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique et avec la loi du 17 juin 1998 relative au suivi socio-judiciaire, la juridictionnalisation a connu une impressionnante accélération à travers la loi du 15 juin 2000 puis celle du 9 mars 2004 [COUVRAT,2004].

- RATIONALITÉ

Les orientations et l'évolution du droit de la peine, à l'opposé des caractéristiques postmodernes, s'inscrivent plutôt dans l'approche du droit pénal moderne, faite de rationalisation, d'ordonnancement et de codification.

-La recherche d'équilibre se manifeste par la prise en considération explicite de toutes les fonctions de la peine. Entre 1945 et 1978, mise à part l'introduction des mesures de sûreté, l'évolution législative a été marquée indiscutablement par la montée des techniques d'individualisation de la peine favorable à la réinsertion des délinquants. Le principe de l'individualisation a même été codifié en 1994 (article 132-24 du Code pénal).

Même s'il lui a fallu vingt ans pour obtempérer aux réserves du Conseil constitutionnel (28 novembre 1973), le législateur a fini par renoncer dans le nouveau Code pénal à édicter des peines privatives de liberté en matière contraventionnelle. Le développement des nouvelles technologies, même s'il n'est pas dépourvu d'ambiguïté, a pour finalité première d'être mis au service d'un évitement des peines privatives de liberté ou à celui de leur terme anticipé à travers le placement sous surveillance électronique (lois des 19 décembre 1997 et 12 décembre 2005).

Dans ce nouvel ordonnancement rationalisé, il faut aussi souligner l'évolution du droit disciplinaire pénitentiaire consécutive au décret du 2 avril 1996.

En conclusion, on peut donc bien considérer la prison en elle-même comme un îlot de modernité.

Elle conserve la confiance du législateur et de l'opinion comme l'ont encore montré les lois du 12 décembre 2005 et, dernièrement, du 10 août 2007 relatives à la récidive et aux peines-plancher. Des évolutions comme la juridictionnalisation et, bientôt, la codification viennent en renforcer la légitimation. Dans ce domaine, la rupture serait le succès des thèses abolitionnistes, qui n'est pas à

l'ordre du jour. On retrouve au contraire, avec le bracelet électronique, une nouvelle forme de modernité. À la fin du XVIII^{ème} siècle, la prison est apparue acceptable parce que moins inhumaine et plus rationnelle que les peines corporelles. Ce sont les mêmes vertus, celles de l'humanisme et du progrès, que l'on trouve aujourd'hui au bracelet électronique, appelé à se substituer à l'incarcération dans la nouvelle société de la surveillance. Surveiller pour punir [DANET, 2006] : le paradigme de la traçabilité a remplacé celui du lieu clos, nouvelle modalité d'un contrôle « continu ».

2.2. LA PÉNALISATION DU POLITIQUE

La construction du droit pénal moderne et tout spécialement les premières codifications européennes ont été essentiellement dédiées à la consolidation du pouvoir étatique. On a pu parler des « frontières naturelles du droit pénal » [CARTUYVELS, 2003]. Pour BECCARIA et les « modernes », pénalité rimait de toute évidence avec territorialité et avec souveraineté; le droit de punir était un droit du souverain, au service du souverain, de l'affirmation et du maintien de ses prérogatives dans l'ordre interne; au-dessus du souverain, il n'y avait, par définition, aucun pouvoir de nature humaine, susceptible de le condamner ni même de le juger.

Ceux qui incarnaient ou qui exerçaient cette souveraineté étaient alors de facto sinon de jure (du fait des immunités et du principe d'inviolabilité...) à l'abri du droit pénal. Les poursuites devant des juges répressifs internes étaient, sinon impossibles, du moins rarissimes du fait de la « raison d'Etat ».

Et il n'existait pas de juridictions pénales internationales.

Or, depuis la fin du siècle/millénaire dernier, on a pu constater que de hauts responsables politiques étaient de plus en plus fréquemment mis en cause et, parfois, condamnés, que ce soit devant des juridictions nationales ou devant de nouvelles juridictions internationales.

Le rapprochement entre ces deux phénomènes fait apparaître une rupture avec le droit pénal moderne, qui n'était en aucune manière dirigé contre l'État et dont les hommes politiques avaient logiquement, sinon légitimement, fini par se croire hors de portée. Force est de constater que, politiquement et à un certain niveau, ces hauts responsables avaient le pouvoir de tenir les juges à l'écart de leurs faits et gestes professionnels, voire privés.

Ce n'est plus le cas aujourd'hui comme en attestent: en droit interne la multiplication des affaires politico-financières en France ou dans d'autres pays, sur fond de lutte contre la corruption ; dans l'ordre international, la réactivation d'une justice pénale internationale juste éclosée à Nuremberg puis gelée dans la guerre froide. Au confluent des deux ordres juridiques, la révision du statut pénal des chefs d'État, la montée en puissance de la compétence universelle et l'expérimentation ponctuelle de juridictions mixtes (Sierra Leone, Timor-Oriental, Cambodge, Liban...) traduit une évolution qui est le fruit d'un double mouvement du droit. D'une part, on assiste, malgré quelques résistances, à un effritement progressif des immunités (qu'elles soient de fait ou de droit) qui protégeaient les plus hauts responsables politiques. D'autre part, on assiste, même si l'évolution n'est pas linéaire, à une indiscutable montée en puissance du judiciaire avec l'appui objectif de la société civile (médias, victimes, organisations non gouvernementales).

Ce phénomène constitue-t-il une révolution, une rupture? Par certaines de ses manifestations, le mouvement peut certes apparaître ancré dans la modernité. Tel est le cas lorsque la spécificité du politique est niée au profit d'une idéologie du droit commun et (ou) de l'égalité absolue entre tous les citoyens, quel que soit leur statut social. Ou encore lorsque - idéologie du droit commun à nouveau on transpose devant les juridictions pénales internationales des modèles qui se révèlent pourtant inadaptés. Ainsi, le système de la responsabilité individuelle pour juger des crimes de masse, ou celui de la procédure pénale lorsque la preuve figure dans les livres d'histoire.

Mais, en un autre sens, l'on assiste à un dépassement de la modernité lorsque l'on voit le droit pénal se retourner contre l'État dont il était l'un des instruments privilégiés, s'affranchir de la raison d'État, et atteindre ceux qui ont servi l'État. Cette rupture historique correspond à une « justiciabilité de la souveraineté », sans doute pensée par GROTIUS, mais indiscutablement inimaginable pour BECCARIA et VOLTAIRE.

2.3. SOCIÉTÉ POSTMODERNE ET CRISE DU DROIT PÉNAL: UNE PERSPECTIVE LATINO-AMÉRICAINE

Un regard porté depuis un autre continent sur les évolutions historiques du droit pénal révèle des phénomènes proches.

Le droit pénal se voit aujourd'hui menacé par trois éléments: une crise exogène, dérivée de la déconstruction postmoderne ; une crise endogène, causée par les tensions axiologiques à l'intérieur du droit pénal; une crise manifestée par la demande de justice exprimée dans le cadre d'un système pénal qui ne cesse de reculer. La question est alors posée de savoir si les outils de la politique criminelle dite moderne du XX. siècle sont encore pertinents pour combattre la criminalité organisée et le terrorisme global du XXI^e siècle?

Le droit pénal de l'ennemi paraît comme une déviance du droit pénal du XX^e siècle. Tandis que «l'état d'exception» constituait le dernier degré de la décomposition de l'État constitutionnel, certaines doctrines pénalistes virent maintenant vers un autre paradigme idéologique et vers un autre modèle d'État, militarisant la solution du conflit en dehors du juridique. Ce droit pénal de l'ennemi est construit sur la base d'un concept inapproprié du bien commun politique. Il fait du délinquant une chose et, du même coup, porte atteinte à la dignité de la personne humaine.

En s'inspirant du courant du personnalisme social, il serait préférable de distinguer: d'une part, un droit pénal général destiné à la protection des biens juridiques, personnels et collectifs; d'autre part, un droit pénal pour les crimes contre l'humanité et le jus gentium parmi lesquels on trouve les divers types de terrorisme (d'État, idéologique ou global).

3. L'IDÉOLOGIE DU PRAGMATISME

L'évolution de la procédure pénale au début du XX^e siècle se situe aujourd'hui en Europe dans un moment de «compromis historique» entre deux injonctions contradictoires: d'une part, le respect des garanties du procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ce qui complexifie les procédures et allonge nécessairement les durées; d'autre part une logique d'efficacité du système pénal face à un accroissement continu de la délinquance et de la masse des affaires à juger.

Pour fonctionner, le système pénal doit, tout à la fois respecter le principe du délai raisonnable, mais aussi juger en mode simplifié et accéléré une grande partie des affaires élucidées. La pression productiviste, de plus en plus forte sur les acteurs du système, se double de la pression de l'opinion publique particulièrement sensible aux réponses à la délinquance quotidienne. La réforme du management public vient ajouter à cela la volonté d'évaluer et de diminuer le coût des politiques publiques. En conséquence, partout en Europe se développe une politique criminelle s'inscrivant dans une logique d'efficacité, renforcée en France dans le cadre de la LOLF (loi organique relative aux lois de finances).

En réalité, l'on est en train d'assister à l'émergence d'un nouvel utilitarisme pénal. La question essentielle est de déterminer si le sens même de l'acte de juger est remis en cause par cette logique du résultat? Priorité gestionnaire, modernisation des outils, injonctions contradictoires, complexité procédurale croissante résultant d'une inflation législative... Simples évolutions, même profondes, ou véritables ruptures? L'hypothèse de la postmodernité permet en tous cas d'essayer de comprendre les évolutions intervenues depuis les années quatre-vingt, ainsi que celles à venir dans l'économie du système pénal français au cours des prochaines décennies (3.1). Appliquée aux procédures de répression en matière de circulation routière, l'analyse révèle des évolutions particulièrement significatives (3.2). Cette logique d'adaptation radicale des systèmes pénaux au nom de l'efficacité, fut-ce au détriment de principes fondamentaux du droit, se retrouve dans les autres pays européens, à l'instar de la Slovénie (3.3).

3.1. LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE MESURÉ À L'AUNE DE SES RÉSULTATS

Le concept d'efficacité de la justice - voire d'efficacité -, l'évaluation de la justice pénale à l'aune de ses seuls résultats, peuvent-ils remettre en cause les fondements mêmes du procès pénal? La politique criminelle peut-elle avoir pour fondement une logique d'efficacité?

- NOUS ASSISTONS À UN VÉRITABLE RENVERSEMENT DE PERSPECTIVE

Par-delà l'exemple topique de l'action publique en matière de lutte contre la délinquance routière, une telle approche se développe dans le système pénal français comme dans la plupart des systèmes comparables en Europe. Le Conseil de l'Europe recommande ce nouveau modèle depuis le début des années quatre-vingt. L'importance politique du débat sur la sécurité, l'attention prioritaire portée aux victimes, font que la société demande légitimement des comptes à la Justice sur son fonctionnement et sur ses résultats, donc sur son efficacité. Le politique accentue sa pression sur tout le système pénal, police et justice, multiplie les effets d'annonce et les textes. Les principales évolutions concernent la part croissante des alternatives aux poursuites et des procédures simplifiées au détriment du procès de droit commun et l'intégration d'une logique de résultat dans les objectifs de la politique criminelle, en termes d'efficacité et de coût. Cette politique criminelle (elle s'applique depuis la phase d'incrimination jusqu'à la phase d'exécution) dessine progressivement les contours d'une nouvelle philosophie pénale néo-utilitariste, dans laquelle on assiste à une diminution progressive de la part du procès traditionnel et de la place effective du juge. La réponse judiciaire à une majorité d'infractions est désormais considérée comme n'ayant pas besoin du label du procès, mais relèverait pour l'essentiel des autorités de constatation et d'une procédure quasi-administrative ou/et d'un traitement simplifié contrôlé ou mis en œuvre par le parquet.

Pour chaque citoyen, l'idée même de Justice -la société sanctionne un des siens qui a transgressé une norme précise, à l'issue d'un procès équitable - se trouve aujourd'hui confrontée à l'idée d'administration de la justice pénale, intégrant des modes diversifiés de gestion des transgressions.

Sont mis au second plan des éléments aussi essentiels que la symbolique du procès ou la nécessité d'intériorisation de la sanction et du rappel de valeurs communes dans la fonction de la peine. La Cour européenne des droits de l'Homme, étendant son raisonnement à l'ensemble de la « matière pénale », tout comme le Conseil constitutionnel, ont estimé que les principes fondamentaux de la procédure pénale autorisaient ces évolutions, sous réserve que des garanties suffisantes soient préservées, en particulier le droit au recours devant un juge. Il reste que cette approche réaliste n'est pas encore assumée conceptuellement, comme si les praticiens avaient placé la doctrine devant une réalité déstabilisante. Si, dans les pays anglo-saxons, la troisième voie a été théorisée avant d'être mise en œuvre, notamment en Grande-Bretagne, il en est tout différemment en France où le discours pragmatique masque une approche idéologique que l'on peut qualifier de libérale-autoritaire et compassionnelle.

- LA NOUVELLE ÉCONOMIE DU SYSTÈME PÉNAL REPOSE DÉSORMAIS SUR UNE DICHOTOMIE ÉVIDENTE ENTRE PROCÉDURE GARANTISTE ET PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

La procédure garantiste - le *due process* - est réservée à l'audience classique, aux affaires complexes et (ou) discutées. Pour le reste, dans un cadre de ressources limitées et afin que le système judiciaire puisse consacrer le temps et les moyens nécessaires à cette justice pénale traditionnelle, la nécessité impose de traiter selon un mode rapide, souvent « négocié », selon une procédure simplifiée, au moindre coût humain et financier, un maximum d'affaires qui ne présentent pas les mêmes enjeux.

La montée de l'approche économique du procès pénal semble constituer la seule façon de sauver un modèle épuisé de gestion des contentieux de masse et de dégager le temps et les moyens consacrés aux procédures garantistes qui, elles, s'inscrivent dans un droit pénal moderne.

La procédure pénale constitue ainsi l'instrument de régulation du système pénal. De fait, il existe dans le système français, non pas deux mais trois modèles de procédure pénale simultanément en action. Une justice pénale garantiste, applicable aux infractions les plus graves ou les plus complexes, entre répression renforcée et garanties de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Une justice pénale simplifiée, parfois « contractualisée », applicable aux contentieux de masse et à la délinquance quotidienne, dans laquelle les prérogatives du parquet augmentent sans cesse. Enfin, une justice pénale de plus en plus automatisée pour certains contentieux de masse, en particulier ceux touchant à la circulation routière, dont on peut se demander s'il s'agit de justice pénale, de justice quasi-pénale ou de gestion administrativisée sous contrôle éventuel du juge.

Lorsque Jean CARBONNIER distingue « le droit pénal du tragique et le reste », il trace sans doute une frontière pertinente entre, d'une part, le socle intangible du droit pénal et de la procédure pénale (un acte, un individu, un procès équitable) et, d'autre part, la partie modulable du domaine pénal: droit souple tant au niveau du fond (pénalisation et dépénalisation en ce qui concerne les incriminations, modes et modalités de sanctions) que de la forme (modes alternatifs et modes simplifiés de jugement). Cette partie non tragique est ouverte à tous les changements, s'adapte constamment comme tous les autres secteurs de la société en lien direct avec les réalités économiques et sociales.

I:J UN NOUVEL UTILITARISME PÉNAL

Ces évolutions ne traduisent pas une «déconstruction» du droit pénal, mais annoncent plutôt l'entrée dans un cycle de recomposition profonde de la procédure pénale et de l'économie générale du système. Un droit pénal postmoderne intégrerait totalement la rationalité économique dans la décision judiciaire et l'y subordonnerait. Ce n'est pas encore le cas. Mais le cadre juridique semble autoriser des évolutions encore plus marquées. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, au nom du principe de proportionnalité, autorise-t-elle une extrême souplesse des systèmes pénaux nationaux. En l'état, il existe sans doute ici quelques indicateurs de postmodernité : la crise d'effectivité ; la crise des hiérarchies normatives; le renvoi aux individus pour trouver une solution (contractualisation, justice négociée) ; le mélange des rôles institutionnels entre procureurs et juges, la flexible application du droit. Mais, globalement, le nouvel utilitarisme pénal apparaît plutôt comme une simple modernisation d'un système en grande difficulté. Il comporte cependant des risques importants de remise en cause de principes fondateurs du droit pénal moderne, au premier rang desquels le principe d'individualisation de la peine, à travers une justice pénale « au tarif» et les peines semi-automatiques pour les récidivistes. L'approche économique du système pénal, fondée sur l'efficacité, correspond à une idéologie libérale sur le plan économique, mais moins sur le plan des libertés. Il s'agit d'une approche néoclassique qui fonde une systématisation de la répression envers ceux qui ne peuvent espérer dans le système «garantiste», le jury aux États-Unis ou bien les longues et coûteuses instructions avec expertises et voies de recours dans le système français.

Sans doute un utilitarisme renouvelé, adapté aux réalités d'aujourd'hui, intégrant les principes directeurs du droit et de la procédure pénale, peut-il rendre sa crédibilité au système en aidant celui-ci à améliorer son efficacité tout au long de la chaîne pénale. Une telle approche doit cependant intégrer un processus d'évaluation des objectifs et des résultats, en s'appuyant sur l'évaluation et les méthodes du benchmarking, pour améliorer les taux d'élucidation, l'effectivité des sanctions prononcées et la prévention de la récidive.

Socle de grands principes, d'une part, droit souple et modulable, d'autre part. Le droit pénal moderne évolue, s'adapte, intègre de nouvelles approches dont une logique d'administration qui lui a longtemps été étrangère. Mais les grands principes gouvernant le procès, s'ils sont soumis à de fortes tensions, ne sont pas fondamentalement remis en cause ou transformés. De profondes évolutions peuvent être constatées, pas des ruptures. Le procès pénal ne paraît pas être entré dans une ère postmoderne. Mais peut-on encore parler de procès pénal s'agissant de la répression des infractions, singulièrement des contraventions routières ?

3.2. LA RÉPRESSION DES INFRACTIONS À LA CIRCULATION ROUTIÈRE

Plus encore dans ce domaine, certains principes qui gouvernent le droit pénal moderne semblent largement remis en cause en ce qui concerne la répression des infractions à la circulation routière. En instaurant des présomptions de responsabilité, le droit pénal routier porte ainsi atteinte au principe qui veut que « nul ne soit responsable pénalement que de son propre fait ». Les procédures qui se veulent simples, rapides et efficaces, dérogent manifestement au principe selon lequel l'application d'une peine à l'auteur d'une infraction suppose toujours l'intervention d'un juge.

L'étude des présomptions de responsabilité en droit de la circulation routière et de l'éviction du juge pénal du contentieux routier confirme, en tout cas, le rôle essentiel joué par le droit pénal routier dans la construction d'un modèle de justice pénale simplifiée. Et il est sans doute possible d'affirmer

l'existence d'un «modèle routier» qui s'est progressivement diffusé à d'autres contentieux, et pas seulement aux contentieux de masse. Ce modèle a d'ailleurs surtout eu une influence en procédure pénale. En effet, la diffusion des présomptions de responsabilité instaurées en droit de la circulation routière dans d'autres matières est moins évidente. Il est vrai cependant que ces présomptions ont été conçues au service de la procédure pénale routière et de son efficacité.

Pour autant il serait imprudent d'affirmer que le droit de la circulation routière illustrerait une véritable rupture dans le traitement de la délinquance, participant par là même à l'émergence d'un droit pénal postmoderne. Car les atteintes portées par le droit pénal routier aux principes modernes concernent essentiellement la matière contraventionnelle. Le droit de la circulation routière s'inscrirait davantage dans la continuité d'un droit pénal qui se détache progressivement de la distinction, bien française, entre les crimes, les délits et les contraventions, contrairement à d'autres pays européens où cette dernière catégorie relève du domaine quasi-administratif. Néanmoins, l'extension récente de certaines de ces atteintes à la matière délictuelle, notamment par le biais de l'ordonnance pénale, montre que le risque d'une extension à d'autres catégories de ce «droit pénal moteur» existe bel et bien, sauf si l'on estimait que l'essentiel de cette délinquance spécifique ne relèverait pas du droit pénal à proprement parler.

Très loin de la justice garantiste, le droit pénal de la circulation routière (le plus important des contentieux de masse) confirme ainsi l'éclatement du droit pénal et pose le problème de son devenir: soit des branches, comme la répression automatisée, s'en détachent (peut-on encore vraiment parler de «justice» pénale?); soit il existe un risque de contamination progressive de l'ensemble par le dérogatoire, risque déjà apparu avec les modalités de répression des infractions sexuelles ou de la délinquance organisée.

3.3. LA PROBLÉMATIQUE DE L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE PÉNALE EN SLOVÉNIE

La problématique de l'efficacité de la justice pénale concerne tous les pays européens. La Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) documente cette approche pour les 47 États membres du Conseil de l'Europe. Une analyse approfondie du système pénal de la justice slovène permet de comprendre comment sont perçues les évolutions des systèmes pénaux influencés par le modèle français, attachés aux valeurs de la Convention européenne des droits de l'Homme et marqués par la transformation radicale de leur société qui intègre désormais pleinement les valeurs de la démocratie et de l'économie de marché.

Les approches croisées du système pénal slovène ont été effectuées sous trois angles : l'évolution des textes depuis l'indépendance de la Slovénie en 1991 ; l'analyse économique du système pénal à partir des concepts d'efficacité, d'effectivité et d'efficience; une recherche sur l'amélioration de l'efficacité à partir de 800 dossiers traités par les juridictions pénales de première instance.

Comme tous les anciens pays d'Europe de l'Est intégrés au sein de l'Union européenne, l'influence des standards européens de justice a été déterminante. La conception « garantiste » a été constamment développée par la Cour constitutionnelle slovène pour préserver les droits des personnes mises en cause, notamment pour limiter et pour encadrer les pouvoirs de la police et la détention provisoire. La justice pénale simplifiée s'est, quant à elle, développée par l'extension des prérogatives du parquet et une diversification des réponses lorsque ne sont encourues qu'une peine d'amende ou une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois années. En cas de réparation du dommage, le procureur peut même abandonner les poursuites. Le principe de légalité des poursuites ne s'applique que lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à trois années. L'influence allemande a conduit à l'introduction du système de l'ordonnance pénale en 2003.

Mais la justice pénale slovène est confrontée aux mêmes difficultés que les autres justices pénales d'Europe: formalisme excessif, phases d'attente inutiles et durée des procédures. La cause principale tient aux modes d'organisation et d'administration des tribunaux (faible apport de l'instruction préparatoire, examen trop tardif des contentieux purement procéduraux et des preuves, absence des prévenus et des témoins à l'audience principale, renvois excessifs et prolongation inutiles des procès).

Les chercheurs préconisent d'augmenter les pouvoirs des juges pour éviter les abus procéduraux et la discussion tardive des preuves, pour mieux garantir le débat contradictoire et le respect des droits.

En Slovénie aussi se produisent de trop fréquents changements législatifs sous la pression médiatique et politique. Le niveau de la répression augmente ainsi qu'une forte exigence pour plus d'efficacité et

une diminution des coûts par une simplification des modes de jugement. Mais reste à savoir si un système de justice qui a pour seule finalité la productivité ne perd pas son essence même, à savoir «le jugement juste» et donc la fonction première qu'elle doit tenir dans une société démocratique.

CONCLUSION

En droit pénal, comme en tous domaines, le dispositif normatif s'est considérablement diversifié et sa forme pyramidale a été redessinée, tout particulièrement sous les influences croisées des deux Europe et de leurs juridictions. Mais ce n'était pas l'objet même de notre recherche. Tout au plus faut-il souligner que notre domaine n'est pas resté imperméable à l'internationalisation comme d'aucuns avaient pu le croire.

Sur le fond, les principales évolutions jusqu'ici intervenues en droit pénal (légalité, utilitarisme, positivisme, individualisation...) s'inscrivaient dans un corps de «doctrine» cohérent et repérable.

Qu'en est-il au début du troisième millénaire?

Nous avons repéré des évolutions aussi importantes voire plus importantes, dans les textes, que par le passé. Certaines sont nouvelles et peuvent s'analyser comme de véritables ruptures avec le droit pénal moderne, spécialement la justiciabilité de la souveraineté (lorsque les chefs d'État ou de gouvernement doivent répondre devant des juridictions internationales de crimes dit de masse) ou, à l'opposé, l'apparition de procédures sans audience, puis sans juge, puis sans véritable décision humaine (lorsqu'il faut s'en prendre aux automobilistes dans des contentieux dits de masse). Le droit commun moderne s'étiolle progressivement, absorbé par le haut (nouvelles juridictions internationales) et vidé de son contenu par le bas (procédures administratives automatisées). D'autres évolutions sont des résurgences, comme le poids grandissant (jusqu'où ?) des victimes, évoquant un passé enfoui, ou la tendance à pénaliser le risque, retour à LOMBROSO et à FERRI sous forme d'un néopositivisme.

On peut alors craindre une régression et penser aux avertissements lancés en 1938 par Henri DONNEDIEU DE VABRES dans son étude sur «La crise moderne du droit pénal» sous-titrée «La politique criminelle des États autoritaires ». Surtout lorsque l'on voit, à l'étranger, ressurgir le débat sur la torture et fleurir en doctrine un droit pénal de l'ennemi. Ou encore lorsque l'insistance sur la dignité des uns (les victimes) en viendrait à nier celle des autres (les présumés coupables).

Mais, et c'est une réserve importante, nous n'avons identifié aucune doctrine d'ensemble dans les évolutions étudiées qui répondent souvent à des injonctions contradictoires. On pourrait voir, dans cette absence même et dans le pragmatisme revendiqué en maints domaines, l'indication d'un droit pénal postmoderne. Toutefois, l'évolution de l'ensemble est trop contrastée pour conclure à un tel basculement, à supposer même qu'il puisse en être attesté de l'intérieur et dans le même temps.

. Pour l'heure, et contrairement au mouvement d'élargissement de notre discipline, initié par la Cour européenne des droits de l'Homme avec sa jurisprudence sur la matière pénale, nous voyons surtout le droit pénal stricto sensu se scinder. Cet autre mouvement cantonne progressivement le garantisme des droits de l'homme à la poursuite des infractions les plus graves (assurément les crimes, mais pas tous les délits) et, pour la répression de ces mêmes infractions, greffe sur la responsabilité pénale subjective une dangerosité potentielle qui fonde l'épanouissement de mesures de sûreté. Cette greffe - qui n'avait pas pris au XIX^e siècle - transformera-t-elle le droit pénal tout entier? C'est la question qui se pose aussi pour les nouveaux dispositifs procéduraux, soit qu'ils dérogent seulement au droit commun de la recherche des preuves (criminalité organisée), soit qu'ils conduisent à marginaliser le rôle du juge du siège à un simple recours saisi par le justiciable après sa condamnation (contraventions routières).

Au nom de l'efficacité - qui suppose une foi renouvelée dans les vertus de la peine - ou tout simplement de l'effectivité, nous assistons à une surenchère du dérogatoire. Le droit commun, celui qui s'applique en principe et celui dans le quel on applique les principes, est devenu un luxe. Il ne faudrait pas qu'il devienne un leurre.

RÉFÉRENCES DES TEXTES CITÉS DANS LA SYNTHÈSE

- ALLAND D, RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003
- ARNAUD J.-A., Pour une pensée juridique européenne, PUF, 1991
- Ibid., Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions sur le droit postmoderne, Droit et société n° 17-18, 1991, p. 38
- BRODEUR J.-P., La pensée postmoderne et la criminologie, Criminologie, Vol. XXVI, 1993,73
- CARBONNIER J., Flexible droit, LGDJ, 7e éd., 1992
- CARTUYVELS Y, Le droit pénal: des frontières « naturelles » en question, in Le droit pénal à l'épreuve de . l'internationalisation, (HENZELIN M. et ROTH R., dir.), LGDJ, Georg & Bruylant, 2003, p. 3
- CHEVALLIER J., L'Etat postmoderne, ColI. Droit et société, LGDJ, 2003
- COUV RAT P., Lajudiciarisation de l'exécution des peines, RSC 2004 p. 684
- DANET J., Justice pénale, le tournant, ColI. Folio, Le Monde actuel, Gallimard, 2006
- DANET J., Relire« la politique criminelle des Etats autoritaires », in Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Dalloz, 2006, p. 37
- DELMAS-MARTY M., Le droit pénal comme éthique de la mondialisation, RSC 2004, p. 1
- DELMAS-MARTY M., article in La reconnaissance mutuelle des décisions Judiciaires pénales dans l'Union européenne, (Kerchove et Weyembergh dir.), Institut d'études européennes, Edit. de l'Université de Bruxelles, 2001
- DELMAS-MARTY M., Les forces imaginantes du droit II, le pluralisme ordonné, Seuil, 2006
- FINKELKRAUT A., Nous autres, modernes, Ellipses, 2005
- SOKAL A., Pseudoscience et postmodernisme. Adversaires ou compagnons de route, O. Jacob, 2005
- FRYDMAN B., Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ?, Journal des tribunaux 7 décembre 96, nO 5281, p. 809
- OST F. et Van de KERCHOVE M., De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- OPPETIT B., Droit et modernité, PUF, 1998
- REVUE CHAMP PENAL/PENAL FIELD, Nouvelle revue française de criminologie bilingue sur Internet.
Actes du séminaire «Innovations pénales »CAUCHIE J.-F. et KAMINSKI D. (Dir.), 2007, [http://champpenal .revues.org](http://champpenal.revues.org)

- SAUV AGEAU J., Quelques réflexions sur la pertinence «de l'affaire Sokal
»en criminologie, RDP et C, . 1997, 1192

- TULKENS F., Article in La reconnaissance mutuelle des décisions
judiciaires pénales, sous la direction de G.de Kerchove et A. Weyembergh,
Institut d'études européennes, edit. de l'Université de Bruxelles, 2001

- TULKENS F., préface à P. MARY (dir.), Le système pénal en Belgique. Bilan
critique des connaissances, Bruylant, 2002

- TULKENS F., préface de Actualités du droit pénal européen, dir. D. Flore,
Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 9, 2003

- VOGLIOTTI M., Mutations dans le champ pénal contemporain: vers un droit
pénal contemporain, RSC 2002, 721 .

Nota: Une bibliographie complète sur la postmodernité et le droit pénal est
disponible sur le site de l'EPRED, université de Poitiers : <http://isc-epred.labo.univ-poitiers.fr>.