
JACQUES-HENRI ROBERT

LA POLITIQUE PÉNALE :
RESSORTS ET ÉVOLUTION

Le vote et la promulgation, en 1992, du nouveau Code pénal français procèdent d'un phénomène miraculeux que la science politique devra expliquer. Comment, en effet, des parlementaires ont-ils pu s'entendre sur un texte qui fonde l'exercice de la répression étatique alors que, philosophiquement et politiquement, ce sujet devrait les diviser profondément ? Nombreux sont les députés et sénateurs qui, dans tous les partis même conservateurs, pensent, comme Auguste Comte et Enrico Ferri, que l'homme est privé de libre-arbitre et que la répression qui frappe le délinquant est une réaction de défense sociale dont le but est de restaurer un matériau humain défectueux. Nombreux sont aussi les représentants du peuple convaincus, au contraire, que la répression est l'instrument laïc de la pénitence nécessaire à la rétribution d'une faute contre le droit naturel d'inspiration divine. Mais, même si ces convictions inspirent les votes des uns et des autres au cours des délibérations parlementaires, ni les matérialistes ni les spiritualistes n'oseraient les afficher ouvertement. La seule opinion présentable est celle de l'utilitarisme de la Révolution, fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen indéfiniment répété dans les lois et traités internationaux : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit » : si le délinquant est puni c'est parce que, conscient de la volonté du législateur pénal, il l'a bravée, acceptant ainsi d'avance la peine prévue contre l'acte illicite qu'il a accompli librement. Cette affirmation juridique masque commodément les divergences politiques et philosophiques mais ne les anéantit pas et ne résout pas non plus la question de savoir comment a pu être rédigé et voté un nouveau Code pénal.

La réponse est qu'il naquit dans l'ambiguïté, car spiritualistes et

matérialistes dissimulèrent soigneusement leurs drapeaux respectifs dans leurs poches. On en eut la preuve à l'occasion de la discussion des articles 122-1 à 122-7 du Code pénal qui énumèrent les causes d'exonération, faits justificatifs et causes de non-imputabilité confondus ; alors que le projet de loi commençait tous ces articles par la formule « N'est pas *punissable* la personne qui », expression neutre quant au fondement de la répression étatique, un amendement fut adopté en quelques minutes qui remplaça cette clause par « N'est pas *responsable* la personne qui » : le changement, qui impliquait l'affirmation du libre-arbitre, fut accepté avec une extraordinaire légèreté car nul n'y vit de conséquence pratique fâcheuse pour sa conviction secrète¹. Le Code pénal n'est pas une œuvre philosophique mais une compilation de recettes concrètes, heureuses ou maladroites, pour lutter empiriquement contre la délinquance. Nul n'a plus sincèrement exprimé sa nature que les deux magistrats qui assistèrent le garde des Sceaux au cours de la discussion du texte, Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec : « On serait bien en peine de trouver des fondements bien déterminés dans le nouveau Code. Texte de compromis et donc d'équilibre, celui-ci est exempt de tout dogmatisme et paraît plutôt inspiré par un certain pragmatisme². »

Mais l'ambiguïté conceptuelle qui permit la naissance du nouveau Code pénal est aussi la cause de deux maux qui l'affectent : le manque de cohérence interne et la grande instabilité dont il a souffert très rapidement après son entrée en vigueur. Le premier défaut s'observe dans la comparaison entre d'une part son livre I^{er}, tout entier tourné vers la réinsertion et imprégné de défiance à l'égard de la prison, et d'autre part ses livres II à V, consacrés au droit pénal spécial, caractérisé par la gravité des peines principales et surtout l'accumulation des peines complémentaires désocialisantes très contraires aux généreux desseins du livre I^{er}³. Quant à l'instabilité, elle est manifeste pour qui consulte la table chronologique des textes qui ont modifié le Code et que la pratique désigne par des noms de ministres suivis de numéros : Sarkozy I et II, Perben I et II, Dati I, II et III. Le phénomène afflige tout autant le Code de procédure pénale.

Si l'ambiguïté des fondements théoriques du droit pénal explique son instabilité, elle ne permet pas de décrire les facteurs qui le font mouvoir dans des directions très variées. On les trouve facilement dans

1. JO, AN, Débats, 1989, p. 3434.

2. Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 11^e éd., Economica, 2004.

3. Claude Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, « Les fondamentaux », 1994, p. 31.

l'observation de la vie politique et parlementaire. D'une part, les faits divers ou les programmes électoraux des hommes politiques inspirent très directement des réformes, souvent répressives comme lorsqu'il s'agit de viols et de meurtres d'enfants, plus rarement dépénalisantes, comme dans le cas de l'euthanasie ou de la morale sexuelle; d'autre part, un puissant courant intellectuel impose des réformes généralement libérales, comme l'abolition de la peine de mort ou la protection des droits de l'homme en procédure pénale, moins fréquemment répressives comme la lutte contre les discriminations ou la compétence universelle des États en matière de crimes contre l'humanité et bientôt l'environnement. Tocqueville avait depuis longtemps identifié ces facteurs d'évolution de la législation des démocraties, et les avait nommés « la tyrannie de la majorité » pour le premier et « l'esprit légiste, contrepoids de la démocratie » pour le second⁴. On les trouve à l'œuvre dans notre régime politique contemporain.

105

LA TYRANNIE DE LA MAJORITÉ

Le célèbre auteur normand découvrit la *tyrannie de la majorité* dans les petites communautés que constituaient alors les États fédérés des États-Unis. À son époque, il était impossible d'appliquer ses observations à la France, pays très peuplé et très centralisé. Mais aujourd'hui la diffusion instantanée de l'information par les communications électroniques, associée aux sondages consécutifs à toutes sortes d'événements, a formé, même en France, une opinion publique semblable à celle que Tocqueville décrivit. Chaque malheur, public ou publiquement connu, entraîne – c'est une banalité de le rappeler – une réaction législative ou réglementaire : amiante, chute d'ascenseur, attaque de chien, inondation de camping, accident d'autocar, aliments frelatés, malfaçons de pavillons édifiés à la chaîne, etc. Toutes ces malencontreuses ont un effet sur le droit pénal, car elles engendrent la création ou le développement d'une police administrative dont les règlements sont aussitôt assortis de sanctions pénales, mais elles ne concernent pas directement ce que l'opinion considère comme l'essentiel du droit pénal.

Pour que la matière pénale proprement dite subisse une commotion législative, il faut un fait divers criminel qui mette en scène un tueur en série, un pervers assassin et violeur, une mère indigne. Les « mesures » que l'opinion publique demande et, souvent, obtient sont inspirées par

4. Alexis de Tocqueville, *La Démocratie en Amérique*, Flammarion, 1981, t. 1, 2^e partie, respectivement ch. VII, p. 348 *sq.*, et VIII, p. 362.

l'empirisme le plus pur. L'objet à traiter n'est, apparemment, obscurci par aucune technicité juridique ou scientifique et tout citoyen quelconque peut se flatter, comme les Américains de Tocqueville, de le comprendre dans tous ses aspects. La réponse législative ne requiert pas non plus une difficile élaboration et elle peut intervenir rapidement.

106 Les lois les plus simples qui se bornent à aggraver des peines encourues sont fondées sur l'idée utilitariste que, puisque les peines fulminées dissuadent les éventuels criminels, leur effet est plus énergique si la peine encourue est plus lourde. Cette progressivité de la dissuasion générale n'a jamais été mesurée en France et les universités américaines qui, à l'aide de généreuses subventions, ont voulu l'apprécier l'ont trouvée incertaine⁵. Entre trente ans de réclusion criminelle et une réclusion criminelle à perpétuité, même incompressible, les candidats au crime ne voient pas de différence. Mais les citoyens s'en satisfont, ce qui prouve que, comme dans l'Antiquité et malgré les Lumières, la répression pénale garde son caractère vindicatif et sacrificiel : les Romains qualifiaient le criminel de *sacer*, c'est-à-dire sacré et voué aux dieux, et l'on trouverait sûrement un fondement psychanalytique à la survivance de ce sentiment, quoique l'on ne puisse pas en faire un argument juridique présentable.

La loi du 12 décembre 2005, celle du 10 août 2007 – votée à l'époque du crime d'un libéré conditionnel – et celle du 25 février 2008 se sont donné des fondements moins magiques. Cédant à la crainte qu'inspirent les anciens détenus reconnus coupables de crimes graves, elles ont abandonné l'idée selon laquelle le condamné qui a purgé sa peine est quitte après avoir « payé sa dette à la société », et elles ont posé qu'il doit rester « sous main de justice » tant qu'on l'estimera dangereux. En conséquence, ces textes ont étendu le champ d'application du suivi socio-judiciaire, de l'injonction thérapeutique, de la surveillance électronique, ils ont institué la surveillance judiciaire, la surveillance et la rétention de sûreté. Même les malades mentaux privés de discernement ont été dépossédés du bénéfice de l'acquittement et de la relaxe, et sont désormais rangés dans une catégorie nouvelle créée tout exprès pour eux, celle des « personnes irresponsables pénalement à raison d'un trouble psychique ayant aboli leur discernement » et soumises, pour cela, à des « mesures de sûreté » qui ont le même contenu que les peines complémentaires traditionnelles.

Le ressort initial de ces réformes est pragmatique, mais leur vocabulaire

5. Voir, par exemple, dans une masse immense de littérature américaine : Laurence W. Sherman *et al.*, « Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. A report to the United States Congress », *The FBI Law Enforcement Bulletin*, novembre 1997.

et leurs solutions sont ouvertement ceux de la doctrine positiviste de Ferri et de ses disciples : la répression n'est plus seulement fondée sur l'idée de la responsabilité d'un être libre et responsable, mais sur sa dangerosité intrinsèque, dissociée de tout blâme moral ou social. Le voile de neutralité qui enveloppait, au moins apparemment, le Code pénal est déchiré ; il soutient deux systèmes de répression, l'un assis sur la « responsabilité » affirmée *a contrario* par ses articles 122, l'autre sur la dangerosité d'un petit nombre d'individus redoutés dont beaucoup de psychiatres avouent d'ailleurs qu'ils ne savent pas comment les détecter. L'ébranlement de l'édifice théorique est un prix très élevé pour satisfaire le désir de vengeance publique.

L'ESPRIT LÉGISTE

107

C'est précisément ce sentiment que combat l'autre facteur social d'évolution du droit pénal, celui que Tocqueville dénommait « l'esprit légiste » et que *mutatis mutandis* on peut reconnaître en France dans l'ensemble des défenseurs des droits de l'homme. Son origine remonte au siècle des Lumières, lancé qu'il fut par Montesquieu, Voltaire et Beccaria. Sa cible favorite était l'ordonnance criminelle de 1670, mais il ne s'éteignit pas avec l'abrogation, par la Révolution, de ce texte honni : la tradition libérale, prolongée jusqu'à nos jours, persiste à soutenir que l'ordonnance a marqué et marque encore la procédure pénale française d'une tare dont il faut la débarrasser, son caractère inquisitoire. Depuis Raymond Saleilles et son célèbre ouvrage *L'Individualisation de la peine*⁶, l'esprit légiste ne s'attache plus seulement à la réforme ou à la révolution de la procédure, mais aussi au droit pénitentiaire ; après la dernière guerre, il fut renforcé par le mouvement de la défense sociale nouvelle de Marc Ancel⁷ et la réforme Amor qui n'eut de cesse d'humaniser la condition des détenus et condamnés pour favoriser, par tous les moyens possibles, leur réinsertion.

Ce vaste mouvement, qui inspire la quasi-totalité de la doctrine scientifique triompha presque toujours en législation, au contraire de la majorité tyrannique mais silencieuse et populaire. L'état de la procédure pénale et celui du droit pénitentiaire contemporain n'ont plus grand-chose de commun avec le droit positif en vigueur en 1945 ou même en 1958. Depuis la loi du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption

6. Alcan, 1898.

7. Marc Ancel, *La Défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954.

d'innocence et le droit des victimes », notre procédure a perdu l'essentiel de son caractère inquisitoire; et depuis celle du 9 mars 2004 « portant application de la justice aux évolutions de la criminalité », le droit de l'exécution des peines, largement judiciarisé, assure au condamné le respect de ce qui lui reste de liberté.

La question, aujourd'hui, n'est donc plus de savoir si l'esprit légiste inspire la législation sur les matières considérées, mais de savoir comment le Parlement, et davantage encore le gouvernement, peuvent canaliser ses revendications: peuvent-ils, de bonne foi, rejeter des propositions déduites des écrits de Voltaire et de Beccaria et fondées sur la Convention européenne des droits de l'homme? Des pétitionnaires radicaux en déduisent des propositions énergiques: par exemple, la présomption d'innocence doit conduire à la suppression de la détention provisoire; l'égalité des armes commande l'abolition du juge d'instruction; les investigations présentencielles devraient être confiées conjointement au parquet et à la défense qui partageraient les moyens de la police judiciaire. Il ne suffit pas, pour repousser ces prétentions, d'affirmer qu'elles insultent au bon sens et ignorent les besoins de la pratique, car les principes ne sauraient céder devant la routine des magistrats et policiers.

La question « Qui inspire les réformes pénales ? » devient « Sur quels principes, et non sur quelles recettes, le pouvoir normatif peut-il se fonder pour contenir ou canaliser des revendications puissantes qui font, de l'exercice des droits de l'homme, l'objet principal du procès pénal ? ». Ces principes régulateurs existent: les uns, de droit substantiel, sont contenus dans de nombreuses conventions internationales, comme celle de Palerme contre la criminalité organisée; les autres, de nature institutionnelle, résident dans le rôle du ministère de la Justice.

Le droit international ne se réduit pas à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Bien d'autres instruments autorisent les États à limiter, dans l'intérêt de la répression, le plein exercice des droits de l'homme. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 contenait des stipulations relatives à la répression, énergique, de la criminalité organisée, et c'est pour son application qu'a été publié, le 5 décembre 1997, le « Programme de coopération sur l'action contre la criminalité organisée » et créé Eurojust. Le Conseil de l'Europe, rédacteur de la Convention européenne des droits de l'homme, a publié une recommandation en date du 19 septembre 2001 (mais elle a évidemment été préparée avant le 11 septembre) par laquelle il préconise l'emploi de l'infiltration des réseaux de criminalité organisée et leurs écoutes par tous

les moyens techniques disponibles. L'ONU avait donné l'exemple avec son traité de lutte contre le trafic de stupéfiants (Vienne, 20 décembre 1988) contre le blanchiment d'argent (Strasbourg, 8 novembre 1990) et plus généralement contre la criminalité organisée par la célèbre convention de Palerme du 12 décembre 2000, mais celle-ci, marquée par l'initiative des États-Unis, a mauvaise presse.

L'Association internationale de droit pénal a analysé ces textes, ou suivi leur élaboration, au cours de son Congrès tenu à Budapest en 1999, lui-même précédé de quatre réunions préparatoires; l'ensemble de ces travaux occupe plus de 2 500 pages dans la *Revue internationale de droit pénal*⁸. Mais parce que ce corps de règles est peu connu ou peu étudié par la doctrine juridique française, les lois qui auraient pu s'en réclamer (lois 2002-307 du 4 mars 2002, 2002-1138 du 9 septembre 2002, 2003-239 du 18 mars 2003, 2004-204 du 9 mars 2004) ont été mal reçues et présentées comme le fruit d'une volonté gouvernementale, ou ministérielle, de réduire les libertés publiques pour flatter un électorat conservateur.

109

Le canal par où passent les influences modératrices de l'esprit légiste est le ministère de la Justice qui remplit ainsi un rôle bien ingrat. Peu après la promulgation de la loi du 15 juin 2000, l'Institut de criminologie de Paris a organisé un colloque sur le thème « La révolution permanente de procédure pénale », auquel ont bien voulu participer des acteurs importants de la rédaction des lois : Georges Kiejman, qui fut ministre délégué auprès du garde des Sceaux, expressément chargé des réformes dans le gouvernement de Michel Rocard, et Didier Guérin, longtemps sous-directeur de la législation criminelle; l'un et l'autre parlèrent sans fard. Il ressortit de leurs propos que le ministre donne l'impulsion aux réformes (le titre de la communication de Georges Kiejman était « Le rôle du ministre dans l'impulsion des réformes en matière de procédure pénale ») et que la Direction des affaires criminelles et des grâces « assure une permanence fondée sur sa mémoire » et « présente les grandes options à prendre préalablement à des évolutions législatives » (Didier Guérin avait choisi de présenter « Le rôle des bureaux de la Chancellerie dans la rédaction des réformes »).

L'impulsion ministérielle n'est évidemment pas un acte de libre création du droit. Si fort que soit l'attachement d'un ministre à ses projets, il ne peut les faire prospérer qu'au prix de très grands efforts de persuasion : il lui faut convaincre d'une part le président de la République, le Premier ministre et les ministres des Finances et de l'Intérieur, et d'autre part, les

8. *RIDP*, vol. 68, 1997, p. 477 à 1142; vol. 69, 1998; et vol. 70, 1999.

citoyens; cette tâche gigantesque accomplie, la présentation des textes au Parlement en est une autre que Georges Kiejman trouva moins rude puisqu'il la qualifia de « passionnante » et dit « en avoir gardé le meilleur souvenir ». La loi votée, reste encore un travail, plus aléatoire, celui de persuader les magistrats eux-mêmes du bien-fondé de sa réforme « voire [de son] caractère inéluctable (en raison par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme) ». L'art de légiférer en matière pénale implique donc l'utilisation d'arguments simples, politiquement entraînants, et le ministre ne peut pas, comme il le fait lors de la préparation de textes techniques de droit civil ou commercial, se contenter de constructions juridiques subtiles propres à emporter l'adhésion des seuls spécialistes. Comment pourrait-il oser déclarer à la télévision qu'il existe certains droits de l'homme, comme la liberté d'expression ou le droit à une vie familiale normale, qui ne sont que « conditionnels » et auxquels on peut apporter des limitations proportionnées et fondées sur un intérêt légitime ?

Lorsqu'il se sent dépassé par la tâche, le garde des Sceaux nomme ou fait nommer par le Premier ministre des commissions indépendantes et chargées d'élaborer des propositions qui soient à la fois politiquement acceptables et techniquement applicables. Parmi les plus anciennes et les plus célèbres, on remarque la commission Justice pénale et droits de l'homme, présidée par Mireille Delmas-Marty, et la commission de réflexion sur la justice animée par Pierre Truche. On sait que, depuis l'élection de Nicolas Sarkozy, ces commissions se sont multipliées et, en matière pénale, qu'elles travaillent ou ont travaillé sur la dépenalisation du droit des affaires, sur le droit des mineurs, sur le droit pénitentiaire et, plus récemment, sur la « rénovation du Code pénal et du Code de procédure pénale ». Même quand ces aréopages ne font que répéter des projets dont tout le monde parle, ils leur confèrent une autorité nouvelle et les débarrassent des soupçons de partialité dont ils souffrent, quand ils sont proposés par le seul gouvernement ou par un seul parti politique. Rendus ainsi présentables, ils ont quelque chance de devenir, en tout ou partie, des lois.

Osons ici ajouter une notation sur l'influence de la doctrine. Parce que la parole de l'universitaire est libre, elle est dépourvue du poids de l'*imperium*, et les vrais décideurs la prennent et la rejettent aussi librement qu'elle a été exprimée. Une « idée de professeur », et l'expression n'est pas nécessairement flatteuse, n'est pas tenue pour argent comptant par les hommes politiques qui se veulent pragmatiques et elle ne se transforme en loi qu'après avoir été longtemps soupesée, critiquée puis édulcorée.

À supposer que les universitaires tiennent un rôle dans la création du droit en général et du droit pénal en particulier, leur influence ne peut donc qu'être indirecte.

Ils ne peuvent se flatter de créer le droit positif que dans des cas exceptionnels que l'on peut ranger dans deux catégories, l'une minuscule et l'autre majuscule.

L'influence minuscule s'observe pour la solution d'un point de droit très technique, par exemple la combinaison des séries de sursis accordés successivement au même condamné, ou l'effet de l'action fiscale des douanes exercée devant le tribunal correctionnel. Si l'écrivain juridique a la chance de rédiger un commentaire d'arrêt dont la Cour de cassation s'inspire dans l'une de ses décisions ultérieures, et si cette même cour en fait mention dans son rapport annuel en suggérant la modification d'un article d'un code, l'annotateur pourra se flatter d'avoir contribué à l'amélioration de la loi; mais il ne devrait pas en tirer plus de gloire que l'employé des chemins de fer qui aurait arrangé, pour un voyage compliqué, d'habiles correspondances.

111

Le pouvoir de peser sur la solution de questions importantes n'est donné qu'à de rares universitaires, jouissant d'une grande notoriété construite sur une longue carrière. Quand Carbonnier, Levasseur ou Vedel émettaient une opinion, dans une chronique ou en tant que président d'une commission qui portait leur nom, elle avait de fortes chances de former la substance d'un nouveau texte ou d'une nouvelle jurisprudence. Mais leur autorité était si grande que leur pouvoir ressemblait davantage à celui du préteur romain rédigeant une *formula* qu'à celui d'un enseignant-chercheur chargé de mettre en ordre les idées des étudiants.

La politique pénale, on l'aura compris, n'est pas un long fleuve tranquille, traversée qu'elle est par des courants contraires et tourbillonnants, sur lequel les décideurs dérivent plus qu'ils ne gouvernent.

R É S U M É

Les ressorts de la politique législative pénale sont constitués, d'un côté, par une opinion populaire qui réclame de la sécurité, et, de l'autre, par une doctrine savante, soucieuse de la protection des droits de l'homme face à la justice et à l'administration pénitentiaire. Le second courant est de loin le plus puissant et le plus constant; le premier inspire des bouffées répressives épisodiques.

