

MIREILLE DELMAS-MARTY

Réformer :
anciens et nouveaux débats

L'image n'a pas vraiment jauni, elle s'est plutôt brouillée et des déchirures apparaissent ici et là. Le « ou » des grandes querelles doctrinales est devenu le « et » des réconciliations forcées : surveiller et punir, culpabilité et dangerosité, prison et peines pourtant dites « alternatives » ; individualisation des peines et légalité, responsabilité individuelle et collective, transparence et secret, procédure accusatoire et inquisitoire, contrôle supranational et infranational, peines incompressibles et évolutives...

En somme, ce qui fait la nouveauté du débat actuel et la difficulté des réformes, ce n'est pas l'existence de ces grands clivages — beaucoup remontent loin dans l'histoire — mais plutôt la découverte de leur véritable signification. Car on sait à présent que ces couples apparemment antagoniques sont unis en une relation dialectique qui leur fournit un appui mutuel et parvient finalement à préserver l'image d'un droit pénal, c'est-à-dire d'un ensemble unitaire, homogène et stable nommé droit pénal.

Déjà inscrite au cœur de l'ordonnance criminelle de 1670, cette image est si fortement symbolisée par les codes qu'au moment même où l'on envisage de les réformer, elle reste la référence première, le mythe fondateur. Au point qu'à l'heure des nouvelles techniques de la communication audio-visuelle et des banques de données informatiques, il est bien difficile de remettre en cause, dans la conception même de ces réformes, le support de l'écriture, bien difficile d'imaginer que d'autres supports pourraient produire d'autres structures¹.

1. La question est cependant posée par P. Legendre, lorsqu'il souligne que, par-delà le « concept mou de *communication* », une caméra pourrait être « autre chose qu'un support matériel » et se trouver « en position structurale de *tiers de fiction* exerçant à ce titre une prérogative herméneutique », in *Le crime du capitaine Lortie*, Fayard, 1989, p. 102 et s.

Même si chacun sent confusément que les pratiques pénales n'ont sans doute jamais été conformes au modèle, et qu'en tout cas il est évident qu'elles ne le sont plus, l'image reste immuable, comme si elle était la seule à permettre l'opération symbolique de repérage — nommer le crime, et par la peine donner à voir, donner à croire les normes qui font l'identité et la cohésion sociales.

D'où le sentiment de malaise devant des pratiques qui rendent trop visibles les déchirures : soit parce qu'elles combinent, dans l'ordre normatif, des principes fondateurs multiples et antagoniques ; soit parce qu'elles superposent, dans l'espace normatif, au territoire national un espace infranational (décentralisation de la politique pénale, règlement local des conflits) et supranational (internationalisation des délits et des peines et même de la procédure, particulièrement sensible à l'échelle européenne) ; soit enfin parce qu'elles ajoutent au temps immobile des codes un temps éphémère et provisoire (lois à l'essai, peines évolutives, procédures d'urgence). Et les mots qui décrivent ces nouvelles pratiques sont à connotation négative — désordre, éclatement, instabilité —, comme pour les maintenir à distance et préserver l'image, préserver le mythe, d'un droit pénal fixé une fois pour toutes et parfaitement unifié.

Le nouveau débat, celui qui commande, me semble-t-il, toute réforme qui aurait l'ambition d'être en prise sur la réalité, est de savoir s'il est possible d'intégrer ce désordre, cet éclatement, cette instabilité. D'y voir le signe d'une mutation plus radicale marquant le passage, comme dans d'autres domaines, d'une organisation simple à une organisation complexe ou, plus précisément, le passage de l'absolutisme juridique et politique des codes² à un pluralisme caractérisé par un *ordre dialogique*, un *espace hétérogène* et un *temps évolutif*.

UN ORDRE DIALOGIQUE

Si l'on prend l'ordre pénal au sens que G. Timsit donne à l'ordre normatif³, c'est-à-dire comme un système de génération des normes, il apparaît d'emblée que la cohérence de l'ordre pénal suppose l'unité des principes fondateurs à partir desquels sont engendrées les normes : principe de culpabilité, principe de personnalité des

2. Voir P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenöel, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, p. 287 et s.

3. Voir G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 26 et s.

peines, principe de légalité... Or il devient de plus en plus visible que le droit pénal s'élabore à partir de principes fondateurs apparemment antinomiques. Non pas que de nouveaux principes aient chassé les anciens : ils se sont simplement ajoutés, ce qui peut donner une apparence incohérente à l'ensemble, mais aboutit, en pratique, à un redoutable effet de clôture du système chacun comblant les insuffisances de l'autre. A partir de quelques exemples pris dans le domaine de la *responsabilité*, des *incriminations*, des *peines* et de la *procédure*, on s'efforcera de montrer comment cette incohérence apparente pourrait s'organiser en un ordre normatif, non pas « monologique » mais « dialogique » dans la terminologie de G. Timsit⁴.

Quant à la *responsabilité*, il est frappant d'observer la nouvelle émergence des groupements. Qu'il s'agisse de l'action civile des associations, progressivement facilitée par le législateur dans les domaines les plus variés (allant de l'action humanitaire à l'action écologiste, en passant par les associations familiales, les consommateurs et bien d'autres), ou de la responsabilité pénale des personnes morales, proposée dans le projet de code pénal et adoptée par le législateur ; tout se passe comme si les conceptions individualistes du XIX^e siècle se trouvaient non pas abandonnées mais enveloppées par le renouveau des groupements. Un renouveau qui ne met pas pour autant en cause la relation entre le délinquant et sa victime. Bien au contraire, la place de la victime est renforcée et les pratiques de médiation qui s'instaurent, dans le procès pénal ou en marge, marquent l'importance attachée à cette relation interindividuelle qui est au cœur de l'idée de responsabilité. Il est vrai que du point de vue des incriminations, on retrouve l'opposition entre valeurs individuelles et collectives.

Quant aux *incriminations*, tout le système pénal est fondé sur la notion de gravité, symbolisée par la division tripartite en crimes, délits et contraventions. En fait, cette notion renvoie implicitement à l'idée que le droit pénal défend des valeurs considérées comme plus ou moins importantes, gravité objective, et sanctionne des comportements plus ou moins « graves », gravité subjective.

En termes de *valeurs*, chaque système pénal suppose une certaine représentation de l'« ordre du monde », qu'on entende par là un « ordre naturel à préserver » ou un « ordre social à construire ».

4. *Ibid.*

A cet égard, l'opposition entre valeurs individuelles (personnes et biens) et valeurs collectives (protection de l'Etat de droit, santé publique, communication et culture, ordre économique et financier, travail, sécurité sociale et protection sociale, urbanisme, environnement et cadre de vie...) garde une certaine force, même s'il paraît excessif de dire que le projet de code pénal déposé au Sénat en 1986 (en discussion devant le Parlement après avoir été redéposé en 1989) témoigne d'un « renversement complet » des priorités⁵. Il est vrai qu'il place en tête de la partie spéciale la protection des personnes (liv. II) pour exprimer la primauté donnée à celles-ci, mais, si les biens viennent immédiatement après (liv. III), c'est avant tout pour des raisons techniques. La protection de l'Etat et des institutions républicaines (liv. IV) implique des arbitrages difficiles et la protection des autres intérêts collectifs énumérés ci-dessus (liv. V à XII) pose un problème de méthode extrêmement ardu, car il s'agit d'incriminations relevant d'ensembles de normes extra-pénales ayant leur propre cohérence (code de la santé publique, code général des impôts, code du travail, code des douanes, code de l'urbanisme, lois sur les sociétés, l'environnement, etc.). D'où le choix qui consiste à « laisser l'intégralité des dispositions pénales dans leur ensemble d'origine, mais à leur donner une clef de codification qui permette d'y avoir accès par le code pénal »⁷. Or ce choix implique un travail très nouveau de dénomination informatique des infractions et l'élaboration de « principes directeurs » communs aux divers autres concernés.

Ce travail est en cours et les principes directeurs, tels que le garde des Sceaux les a esquissés en 1989⁶, s'efforcent précisément de combiner valeurs individuelles et valeurs collectives. Ils font également référence à la notion de dommage et de faute, donc à la gravité subjective (par rapport à la victime et au délinquant) des comportements incriminés.

Quant aux comportements, en effet, la difficulté tient à l'existence d'une double échelle, le passage de l'une à l'autre dans les pratiques législatives, judiciaires ou policières n'étant jamais clairement explicité. Dans le code pénal de 1810, l'échelle la plus visible — et celle qui correspond aux conceptions philosophiques dominantes de l'époque — est une échelle de type juridico-moral fondée sur le concept de culpabilité. Avec l'Ecole positiviste

5. *Au nom de l'ordre*, précité.

6. Discours du garde des Sceaux, M. Pierre Arpaillange, Sénat, séance du 9 mai 1989, p. 559.

italienne, apparaît à la fin du XIX^e siècle une tout autre échelle, médico-sociale, organisée à partir du concept de dangerosité. Tel qu'il est formulé en doctrine, ce concept marque une rupture décisive avec celui de culpabilité : au crime devrait se substituer l'état dangereux et à la peine la mesure de sûreté ou de défense sociale.

Or les pratiques pénales n'obéissent pas à cette logique alternative. Comme l'a fort bien vu Michel Van De Kerchove⁷, « on ne peut qu'être frappé de l'empressement et de la facilité avec lesquels les auteurs contemporains ont pu développer la conciliation des points de vue et l'éclectisme entre des pôles apparemment aussi antinomiques ». Conciliation et éclectisme qui seront tout l'art du mouvement de défense sociale nouvelle, dans son détachement progressif des positions plus radicales de la défense sociale. Tout l'art aussi du législateur qui, au fil des réformes, saura intégrer la dangerosité à l'édification du système pénal, sans pour autant renoncer à la culpabilité.

Certes l'état dangereux fonde d'abord certaines mesures administratives comme l'expulsion des étrangers qui constituent « une menace pour l'ordre public », l'internement des malades mentaux qui « compromettent l'ordre public et la sécurité des personnes » ; ou même, par un glissement de l'état dangereux à la notion de personne en danger, l'adoption de mesures d'assistance éducative « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger » (art. 375, c. civ.).

Mais la dangerosité est aussi au cœur de certaines réformes pénales. En témoigne notamment le nouvel essor de l'interdiction de séjour dans la loi du 9 septembre 1986 sur le terrorisme. En outre, il demeure, au croisement du droit pénal général et du droit pénal spécial, des notions comme par exemple celle d'attentat⁸ qui semblent bien correspondre à la volonté d'étendre la répression (l'attentat inclut la tentative et la tentative d'attentat inclut l'acte préparatoire) en présence d'infractions considérées comme plus dangereuses (empoisonnement, atteinte à la sûreté de l'Etat...). Plus largement, l'idée de dangerosité expliquerait le particularisme du régime juridique organisé pour certaines infractions : par exemple, les infractions qualifiées de « violence » (l. 2 février 1981 partiellement abrogée, l. 10 juin 1983), ou de « terrorisme » (l. 9 septembre 1986). Dans ce

7. Culpabilité et dangerosité, in *Dangerosité et justice pénale*, Masson, 1981, p. 291 s.

8. Voir A. Prothais, *Tentative et attentat*, LBDJ, 1985.

cas, la dangerosité va jusqu'à fonder un régime procédural différent (durée de la garde à vue, conditions des perquisitions et saisies, compétence nationale et non régionale des juridictions pénales, composition de la cour d'assises).

Pour autant le droit pénal moderne n'a pas abandonné toute référence à la culpabilité. Tout un courant de doctrine propose même de la réintroduire dans les domaines d'où le droit pénal classique l'avait exclue (délinquance des mineurs, des malades mentaux). C'est bien reconnaître l'existence d'une relation dialectique entre les deux théories : « Si la notion de dangerosité a pu ainsi fournir historiquement un appui objectif à la théorie de la culpabilité, on peut se demander si à notre époque, où la notion de dangerosité a envahi les mentalités, la notion de culpabilité — ou tout au moins celle de responsabilité morale — n'est pas à son tour appelée à combler certaines brèches ouvertes par les théories positivistes. »⁹

Cela dit, l'analyse ne doit sans doute pas se limiter à l'histoire du droit pénal. J'avancerai l'hypothèse que ce n'est peut-être pas seul hasard si les antinomies — source d'incohérence apparente de l'ordre pénal — sont devenues plus visibles, précisément au moment où la pensée moderne apporte les moyens d'une conceptualisation moins unitaire et plus « dialogique » de l'ordre normatif. Je pense notamment aux travaux de sémantique générale qui suggèrent de considérer la réalité sous l'angle de niveaux d'abstraction différents selon que l'on observe le « monde des événements » (ou réel approché), le « monde empirique », ou réalité perçue par un individu particulier (déjà plus abstraite) et le domaine symbolique des langages où le degré d'abstraction s'élève bien au-dessus du monde empirique et *a fortiori* du monde des événements.

Dès lors que l'on distingue ces niveaux d'abstraction, l'existence simultanée de principes relevant de niveaux différents devient pensable, à condition toutefois que le passage d'un niveau à l'autre ne soit pas occulté mais au contraire rendu visible et explicite.

Quant aux peines, on peut évoquer rapidement, car il n'est que le reflet de la dualité culpabilité/dangerosité, le couple peine/mesures de sûreté finalement écarté par le projet de code pénal, préférant considérer que, si le code reste « pénal », c'est que le caractère de peine est prédominant et colore l'ensemble des mesures prévues (d'autant que la tutelle pénale, prolongement de la relégation applicable aux récidivistes considérés comme les plus « dangereux », a été

9. M. Van De Kerchove, précité, p. 299.

supprimée en 1981). Reste l'ambiguïté, soulignée notamment par M. Foucault, de la prison, conçue juridiquement comme peine mais dont tout le régime d'exécution évoque la vocation disciplinaire. Comme le montre G. Deleuze dans son ouvrage sur Foucault¹⁰, « la prison comme visibilité du crime ne dérive pas du droit pénal comme forme d'expression ; elle vient d'un tout autre horizon, disciplinaire et non juridique ; et le droit pénal, de son côté, produit des énoncés de délinquance indépendamment de la prison, comme s'il était toujours amené à dire, d'une certaine façon, ceci *n'est pas* une prison... les deux formes n'ont pas la même fonction, la même genèse ou généalogie, au sens archéologique de *Gelsteltung*. Et pourtant, il y a rencontre, même si c'est à la faveur d'un tour de passe-passe ».

Survenu lors des codifications, le tour de « passe-passe » n'est peut-être qu'un moment dans l'histoire pénale, comme en témoignerait l'apparition des « substituts à l'emprisonnement » ou « peines alternatives ».

Cela dit, et malgré la terminologie qui marque clairement la volonté d'exclure le cumul avec la prison, la création de ces peines n'a pas réduit le taux d'emprisonnement qui a plutôt tendance à augmenter en France comme dans la plupart des pays européens. D'où l'hypothèse que ces peines se sont plutôt substituées au sursis qu'à l'emprisonnement ferme.

En outre, la notion de substitut à l'emprisonnement, laissée à l'appréciation du juge, rend plus apparente l'autre antinomie entre l'individualisation des peines et leur légalité.

Strictement entendue, la légalité des peines suppose la quasi-fixité du catalogue légal alors que le principe d'individualisation laisse au juge une marge d'appréciation. Tant que l'individualisation par le juge se limite à la mesure de la peine (circonstances atténuantes) ou même à ses modalités d'exécution (sursis), l'opposition reste peu visible comme en témoigne la lecture du célèbre ouvrage de Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine* (1898). Mais dès lors que le juge peut aussi modifier la peine dans sa nature (cf. l. 1975-1983 l'autorisant à remplacer l'emprisonnement par une confiscation, une suspension du permis, une interdiction professionnelle, une peine de jour-amende ou de travail d'intérêt général, par exemple), l'opposition se rapproche du point de rupture, car la loi ne fixe plus qu'un plafond et un catalogue des possibilités, de plus en plus larges, offertes au juge. Ce qui marque l'affaiblissement certain du principe

10. G. Deleuze, Foucault, Ed. Minit, 1986, p. 69. Egalement J. G. Petit, *Ces peines obscures*, Fayard, 1990.

de légalité des peines, pourtant réaffirmé par le projet de code pénal, et ce qui pourrait expliquer le trouble manifesté par le conseil constitutionnel dans sa décision des 19-20 janvier 1981 lorsque, invité à se prononcer sur des dispositions qui marquaient un recul de l'individualisation judiciaire, il renonce à dire si celle-ci constituait ou non un principe à valeur constitutionnelle : « A supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République... »

Ici encore, la combinaison n'est admissible qu'à la condition d'être explicite. Ce qui implique très concrètement que l'exercice du pouvoir d'individualisation donné au juge (et de façon implicite au parquet lorsqu'il choisit en « opportunité » de classer une affaire ou de la poursuivre) soit soumis à une obligation de motiver explicitement la décision. Cette obligation est imposée par des pays voisins comme l'Allemagne fédérale (art. 46, CP, RFA) ou la Belgique (l. 27 avril 1987 sur la motivation des peines) et développées dans les pays anglo-saxons sous la forme de règles de *sentencing* posées par les tribunaux eux-mêmes ou par des commissions de *sentencing*. En France, cette motivation, introduite lors des discussions parlementaires sur le projet de code pénal et votée en seconde lecture par l'Assemblée nationale, serait désormais imposée au juge pénal lorsqu'il prononce une peine d'emprisonnement (art. 132-18 CP). Ce qui devrait rendre d'autant plus nécessaire lors du jugement de l'affaire — sinon la césure du procès pénal —, du moins la séparation de deux phases bien distinctes aboutissant à la déclaration de culpabilité puis au prononcé de la peine, l'une et l'autre préparées par un véritable débat contradictoire. C'est dire le lien avec les débats actuels sur la procédure.

En procédure, un débat fort ancien, mais pour beaucoup encore actuel, oppose la procédure dite « inquisitoire » parce que le juge « enquête » et participe activement à la recherche des preuves et la procédure « accusatoire » où le juge reste un arbitre neutre entre les parties (l'accusateur et l'accusé) placés théoriquement à égalité comme dans un procès civil. Les rédacteurs du code d'instruction criminelle, pris entre l'ordonnance de 1670 à caractère fortement inquisitoire et les acquis de la Révolution française et du droit intermédiaire nettement accusatoire, ont cru avoir trouvé la solution parfaite en distinguant la phase préparatoire de l'instruction inquisitoire, de celle du jugement conçue sur un modèle accusatoire. Naïveté de leur part ou habileté extrême ? Très vite l'effet de sur-

détermination de la phase préparatoire sur celle de jugement devait colorer cette dernière et, malgré l'oralité des débats à l'audience de jugement, faire du dossier écrit préparé par le juge d'instruction l'élément essentiel commandant largement la décision de jugement. La procédure d'audience n'est d'ailleurs pas parfaitement accusatoire car elle s'organise autour d'un président intervenant activement par ses questions tout au long du débat et de parties entre lesquelles l'« égalité des armes » n'est qu'imparfaitement assurée, comme l'illustre symboliquement la position des magistrats dits « du parquet » sur l'estrade, au même niveau que les juges.

A partir du code de 1808 un mouvement de réforme lent mais continu introduit progressivement les éléments d'un débat plus contradictoire à la phase préalable, à commencer, en 1897, par l'apparition, dans le cabinet du juge d'instruction, d'un avocat ayant communication du dossier avant les interrogatoires de l'inculpé. Il est vrai que ce mouvement s'accompagne parallèlement, à mesure que les fonctions du juge d'instruction deviennent plus juridictionnelles et la procédure plus contradictoire, d'un accroissement parallèle des pouvoirs de la police (enquête officieuse et garde à vue légalisées en 1958, les détentions à l'occasion d'une vérification d'identité légalisées en 1981) et du parquet (possibilité d'utiliser les procédures de jugement rapide, même en l'absence de flagrant délit, loi « sécurité et liberté » du 2 février 1981, loi du 9 septembre 1986). Il s'accompagne aussi d'une marginalisation du rôle du juge d'instruction : sur le total des affaires poursuivies, le nombre d'affaires traitées par un juge d'instruction est passé d'environ 40 % au XIX^e siècle à environ 20 % en 1960 et moins de 10 % en 1988.

Sans doute faudra-t-il dépasser l'opposition accusatoire/inquisiteur en considérant que l'essentiel est ici l'existence d'un véritable débat « contradictoire » entre les parties ce qui implique un rôle plus actif donné aux parties et surtout un renforcement des pouvoirs donnés au juge qui devrait être placé en véritable position d'arbitre, quelle que soit la procédure — avec ou sans instruction — suivie dans l'affaire.

Il est vrai qu'en ce domaine plus encore qu'ailleurs, l'existence d'un contrôle supranational exercé par la Cour européenne des droits de l'homme ouvre la voie d'une mise en cohérence nécessaire, puisqu'elle est amenée à juger des systèmes relevant de principes fondateurs opposés.

C'est dire l'importance, dans le débat actuel, de l'espace normatif.

2. UN ESPACE HÉTÉROGÈNE

Si le système juridique français n'est pas totalement monocentrique puisqu'il admet deux ensembles de normes — judiciaires et administratives —, du moins chaque ensemble de normes s'organise autour d'un centre unique — Cour de cassation et Conseil d'Etat —, les rares conflits étant réglés par le tribunal du même nom. En outre, sous réserve de la réforme en cours, le Conseil constitutionnel n'intervient qu'avant la promulgation des lois, ce qui exclut tout conflit ouvert. D'où le postulat d'homogénéité d'un droit pénal identique sur tout le territoire national, l'unité d'interprétation étant assurée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Or on observe simultanément un double mouvement qui remet en cause cette vision monocentrique : d'un côté le mouvement de décentralisation — sensible aussi en droit pénal — superpose au territoire national un espace *infranational* ; de l'autre le mouvement d'internationalisation, fortement amplifié par la seconde guerre mondiale, a provoqué l'apparition, particulièrement en Europe, d'un espace *supranational* dont les conséquences sur le droit pénal se sont considérablement développées depuis une dizaine d'années.

L'espace pénal infranational n'est évidemment pas né d'aujourd'hui, car l'Etat-nation n'a jamais occupé tout le champ pénal. Ici et là, dans les campagnes comme à la ville, s'observent des pratiques de règlement « informel » des conflits où le droit pénal n'apparaît que de loin, comme vague menace à l'horizon, parfois utilisée comme enjeu d'une partie qui se joue sur un plan strictement local et privé.

Si le phénomène n'est pas neuf, nouvelle peut-être est la conscience de cet espace infranational, parfois la volonté de le voir exister, se développer même. Cette dynamique de l'espace pénal est double dans la mesure où semblent intervenir deux jeux de force nettement distincts, sinon antagoniques, et pourtant prêts à l'occasion à collaborer ensemble.

On observe en effet d'une part une dynamique étatique de décentralisation du champ pénal au profit de lieux institutionnels ; portée naturellement par l'implantation locale propre à chaque institution (police, parquet) et, depuis peu, encouragée du centre (création par décrets de 1978-1983 des conseils départementaux puis communaux de prévention).

S'ajoute une dynamique de la société civile, récemment réactivée par le mouvement abolitionniste, qui s'efforce de renouer avec une

tradition plus ou moins disparue, ou affaiblie, pour inciter à une prise en charge locale des conflits par des personnes et dans des lieux privés.

Il est à noter que l'une et l'autre dynamique se combinent à l'occasion, comme on peut l'observer avec le développement de pratiques locales de médiation. Généralement organisées à l'initiative, ou en tout cas avec l'accord, du parquet, la médiation s'organise autour de médiateurs non institutionnels et aboutit en cas de réussite à un classement sans suite de l'affaire. Totalement en marge des textes et des juridictions pénales d'instruction ou de jugement, ces pratiques sont différentes d'un tribunal à l'autre, qu'il s'agisse des critères retenus (quant aux infractions, quant aux personnes), de la procédure suivie (plus ou moins contradictoire selon les cas), ou de l'accord intervenu (réparation du dommage, travail bénévole au profit de la victime, simple admonestation, ou toute autre modalité proposée au cours de la médiation). Ce qui pose avec acuité la question de l'égalité entre les justiciables...

Cela dit, il est frappant d'observer qu'en même temps qu'il se « territorialise », le droit pénal « s'internationalise ».

Quant à l'espace supranational, et en limitant l'analyse du phénomène au plan européen¹¹, il faut souligner que, tant le droit communautaire (Europe du Marché commun) que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) (Europe du Conseil de l'Europe), ont une incidence croissante sur le droit pénal national, qu'il s'agisse de la procédure pénale (voir notamment art. 5 et 6 CESDH) ou du droit pénal général et spécial. A cet égard, on constate un double effet : effet d'inhibition du droit communautaire et de la CESDH sur certaines incriminations, par exemple en matière économique ou dans le domaine des mœurs ; inversement, effet d'incitation à incriminer afin d'assurer la protection effective d'un droit ou d'une liberté protégée.

Ces systèmes introduisent un contrôle tant des lois pénales que des politiques pénales judiciaires ou même policières qui donne aux instances européennes (Cour de justice de Luxembourg et Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg) un rôle différent, mais

11. Voir notamment pour le droit communautaire et son influence sur le droit, pénal, l'article de Biancarelli et Maidani, *RSC*, 1984, 225 et 455 et les chroniques de droit communautaire publiées par la *RSC* à partir de 1985. Adde M. Delmas-Marty, L'influence du droit communautaire sur les systèmes de droit pénal interne, in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruxelles, 1990, à paraître.

vécu comme concurrent, de celui de la Cour de cassation et même du Conseil constitutionnel — ce qui peut expliquer la volonté de renforcer les pouvoirs de celui-ci par une saisine élargie. Si l'on ajoute que, d'une Cour européenne à l'autre, aucun « tribunal des conflits » n'a été institué, alors que leurs compétences se chevauchent parfois — notamment en matière pénale —, on mesure à quel point le mécanisme juridique de contrôle est devenu complexe.

A titre d'exemple en procédure pénale, prenons la récente condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en raison d'écoutes téléphoniques ordonnées par un juge d'instruction dans une affaire pénale (arrêts Huvig et Kruslin, 24 avril 1990).

La licéité des écoutes ordonnées par le juge d'instruction avait été reconnue par la Cour de cassation (Cass. crim., 9 octobre 1980, Tournet ; 23 juillet 1985, Kruslin). Elle a d'abord pour fondement légal, fragile parce que très vague, les articles 81 (1^{er} alinéa) (le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité) et 151 du CPP ; mais elle se fonde aussi sur les principes généraux de la procédure pénale, rappelés par la Cour de cassation (arrêt Kruslin précité) : « D'une part, des écoutes téléphoniques ne peuvent être ordonnées par un juge d'instruction, par voie de commission rogatoire, que sur présomption d'une infraction déterminée ayant entraîné l'ouverture de l'information dont le magistrat est saisi, et ces mesures ne sauraient viser, de façon éventuelle, toute une catégorie d'infractions ; d'autre part, les écoutes ordonnées doivent être réalisées sous le contrôle du juge d'instruction, sans que soit mis en œuvre aucun artifice ni stratagème et sans qu'elles puissent avoir pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense. »

C'est pourquoi les écoutes et enregistrements des conversations téléphoniques d'un suspect effectués par des services de police sans commission rogatoire d'un juge, sont nuls (Cass. crim., 13 juin 1989 et Ass. plén., 24 nov. 1989, Barribeau et Derrien).

Cependant la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, par les deux arrêts précités, que le droit français applicable en la matière n'était pas conforme aux exigences de l'article 8 de la CESDH (protection de la vie privée), car il « n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ».

De façon très subtile, la Cour admet d'abord que les écoutes judiciaires « ont une base légale en droit français », qui reposerait sur la combinaison du droit écrit et des principes rappelés par la Cour de

cassation. Elle relève à cet égard qu'on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays « continentaux » : « dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles ».

C'est la « qualité de la loi », au sens défini par sa jurisprudence antérieure (accessibilité, précision, prévisibilité) qui paraît insuffisante à la Cour européenne en la matière : « Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. »

En définitive, la Cour estime que « le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter ».

D'où le conflit ouvert avec la Cour de cassation qui, à nouveau saisie du même problème (arrêt Bacha, 15 mai 1990) maintient sa position antérieure sur la licéité des écoutes, se contentant d'ajouter à la formule de l'arrêt Tournet le fait que les écoutes et enregistrements téléphoniques ne peuvent être effectués, sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, qu'en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs. Ce qui semble très insuffisant pour assurer les « sauvegardes adéquates » exigées par la Cour européenne.

Conflit potentiel aussi, sinon avec le Conseil constitutionnel — dès lors qu'aucune loi n'existe, il ne peut évidemment être saisi — du moins avec son interprétation du principe de la légalité, principe à valeur constitutionnelle, dès lors qu'il est affirmé pour tout ce qui relève de la procédure pénale, tant par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme que par l'article 34 de la Constitution. Il est clair que la légalité, au sens du droit constitutionnel français, suppose une loi votée par le Parlement et certainement pas un principe dégagé par la Cour de cassation. Observons au passage que l'argument du Gouvernement français, bien qu'il ait été partiellement admis par la Cour européenne, avait un caractère extrêmement artificiel, car la Cour de cassation n'est tenue ni de publier tous ses arrêts, ni de respecter sa jurisprudence à l'avenir. Il est alors évident que les conditions d'accessibilité et de prévisibilité qui font la « qualité de la loi » sont incompatibles avec l'organisation judiciaire française (qui d'ailleurs maintient l'interdiction des arrêts de règlements héritée de la Révolution française).

Au-delà de cet exemple de procédure, c'est tout le système des sanctions qui se trouve progressivement mis en cause. En effet, la Cour européenne a développé, à partir de l'article 6 de la Convention qui définit les garanties de procès équitable en « matière pénale », une interprétation autonome aboutissant à qualifier de « matière pénale » des sanctions administratives ou disciplinaires. L'idée sous-jacente paraît la volonté de rechercher, même d'office, la pratique qui consisterait pour les Etats à utiliser les qualifications et les sanctions extra-pénales de manière à échapper aux dispositions protectrices des articles 6 (garanties du procès équitable) et le cas échéant 7 (non-rétroactivité). Pour éviter une telle pratique — que l'on pourrait qualifier de « fraude à la Convention » —, les instances de Strasbourg étendent la qualification de « matière pénale » à des catégories de sanctions extra-pénales mais répondant à certains critères qui caractériseraient la catégorie pénale.

Etudiés minutieusement par un groupe de recherche de l'Institut de droit comparé¹², ces critères sont au nombre de trois : en effet, les instances européennes commencent par examiner la qualification (pénale ou non) relevant de la technique juridique interne (critère A) mais elles ne limitent jamais leur examen à cette seule qualification. Elles se réfèrent également à la nature de l'infraction (critère B) et à la sévérité de la sanction (critère C). En les combinant, la Cour évalue le degré de proximité de la sanction par rapport à la catégorie pénale et applique la qualification de « pénale » à partir d'un certain seuil, ce qui entraîne l'application des règles de procédure article 6. Sans entrer dans le détail d'une analyse qui se révèle particulièrement complexe¹³, observons seulement que le phénomène paraît échapper en partie à la logique formelle binaire (pénal/non pénal), dès lors que la jurisprudence introduit, avec la marge européenne d'appréciation, une gradation (plus ou moins pénal) qui affaiblit deux des principes qui sont au cœur de la logique formelle (le tiers exclu et la non-contradiction).

Ici encore, l'hypothèse proposée est qu'une telle organisation de l'espace normatif n'est pas forcément synonyme de désordre, dès lors que les travaux sur les logiques non formelles (logique des possibilités, logique floue)¹⁴ qui se sont développés parallèlement aux

12. Quant à l'influence de la CESDH, voir notamment : « la matière pénale, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », RSC, 1987, 819.

13. *Ibid.*

14. Voir M. Delmas-Marty, Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *D.*, 1988, Chr. 221 ;

recherches sur l'intelligence artificielle, proposent d'autres principes d'organisation pouvant s'appliquer dans l'espace normatif. Ainsi le couple proximité/compatibilité, en complétant le couple appartenance/conformité, permet d'imaginer et de penser juridiquement un espace normatif hétérogène, en ce sens qu'il relève simultanément de plusieurs ensembles de normes, sinon identiques du moins suffisamment proches pour demeurer compatibles.

Par-delà l'approche synchronique de l'ordre et de l'espace pénal, reste l'intervention diachronique, celle du temps pénal, qui recèle encore d'autres désordres apparents, d'autres questions.

3. VERS UN TEMPS ÉVOLUTIF

Au temps immobile des codes, se substitue l'instabilité que marque d'abord le rythme des réformes mais plus encore la précarité qui les affecte, qu'il s'agisse de lois à l'essai (comme la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, à l'essai pendant cinq ans) ; ou des essais avant la loi (comme avec le sursis probatoire ou le TIC (travaux d'intérêt général) expérimentés dans plusieurs tribunaux avant d'être légalisés en 1958 et 1983) ; ou encore des lois à application différée (l. 10 décembre 1985 créant à dater de janvier et mars 1988 des chambres de l'instruction ; l. 30 décembre 1987 abrogeant celle-ci et créant de nouvelles chambres de contrôle du placement en détention provisoire devant fonctionner à partir de mars 1989... abrogée par la loi du 30 décembre 1988).

Mais le constat s'étend aussi à l'instabilité des concepts pénaux eux-mêmes, qu'il s'agisse des délits et des peines ou de la procédure pénale.

Bien connue est l'instabilité *de la peine* qui, malgré le principe d'autorité de la chose jugée, se modifie le plus souvent en cours de procédure, que la modification soit décidée lors du jugement (sursis et parfois suspension ou fractionnement de la peine, ajournement du prononcé et dispense de peine), ou en cours d'exécution (révocation du sursis ou, à l'inverse, libération conditionnelle, réduction de peine, etc.).

Mais l'instabilité affecte aussi la définition de ce qui est délit, autrement dit le mécanisme de l'incrimination pénale, comme en témoigne l'importance prise par le concept de « dépénalisation ». En ce domaine, c'est sans doute la jurisprudence européenne qui est la plus significative, soulignant la nécessaire évolution des pratiques

pénales (par ex. à propos de l'homosexualité entre adultes consentants, voir arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1981 et *Norris c/ Rép. Irlande*, 26 octobre 1988).

Quant à la procédure, elle est depuis longtemps comme rythmée par les délais imposés aux justiciables pour exercer les voies de recours, et aux juridictions pour juger l'affaire dans un « délai raisonnable », selon la formule aujourd'hui consacrée par la CESDH (art. 5 et 6). Mais c'est l'importance prise par les mesures provisoires et les procédures d'urgence qui marque la nouvelle instabilité du temps pénal.

D'un côté les mesures provisoires se sont multipliées en matière pénale, allant de l'interruption de l'activité délictueuse qui peut être ordonnée par le juge en début de procédure dans des domaines comme par exemple l'urbanisme ou l'environnement, à l'adoption de mesures immédiates au profit de la victime (le « référé-provision » introduit en matière pénale par la loi du 10 juillet 1983 relative à la protection des victimes).

De l'autre, la notion d'urgence s'est élargie au-delà du traditionnel « flagrant délit ». Désormais la « comparution immédiate » du prévenu est possible, dès lors que le ministère public considère que les charges sont suffisantes et que l'affaire est en état d'être jugée (art. 395, CPP, l. 9 septembre 1986). Mais il est à noter que le choix des personnes mises en cause est maintenant intégré à la procédure : la loi de 1983 reconnaît la possibilité pour le prévenu de refuser d'être jugé séance tenante (art. 397, CPP) et, dans la même logique, le rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme propose une simplification de la procédure lorsque l'accusé d'un crime ou d'un délit reconnaît les faits et leur qualification.

Parallèlement, apparaît l'idée de contrats de procédure destinés à assurer une meilleure disponibilité des avocats (voir le rapport du Conseil d'Etat sur l'aide juridique, avril 1990) ; idée concrétisée en matière pénale par la notion de « calendrier prévisionnel » indiquant au début de la procédure les principales échéances prévisibles (voir rapport, Commission justice pénale et droits de l'homme, juin 1990).

En somme, le temps des procédures devient, comme celui des peines, un temps évolutif et même interactif, en ce sens qu'il évolue en fonction des engagements et des comportements des principaux acteurs au procès pénal.

Impensable — en tout cas choquante il y a quelques décennies —, l'instabilité du temps pénal pourrait elle aussi se trouver, sinon justifiée du moins mieux comprise, au regard de la pensée moderne,

où les notions « d'instabilité, de chaos, d'amplification sont aujourd'hui au centre des préoccupations d'un nombre croissant de chercheurs, dans des domaines de recherches qui vont des mathématiques à l'économie »¹⁵... et pourquoi pas au droit pénal, devenu ouvertement « évolutif », pour reprendre l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme ?

En conclusion, à travers les thèmes qui sont évoqués dans cet article et tout au long de ce numéro, il faut être conscient du vaste débat qui s'ouvre sur les conditions dans lesquelles un système pénal simple, caractérisé par un ordre monologique, un espace homogène et un temps stable, se transforme en un système complexe¹⁶ marqué d'un ordre dialogique, d'un espace hétérogène et d'un temps évolutif. Une telle transformation devrait sans doute permettre une meilleure adaptation à une réalité elle-même complexe ; mais elle exprime aussi une extension du contrôle social et s'accompagne d'une perte de spécificité du système pénal par rapport aux autres systèmes de sanction et aux mesures de police et de défense sociale. C'est une véritable recomposition des catégories juridiques qui s'annoncerait alors, tout à la fois comme chance et comme risque.

15. I. Prigouine, *Eloge de l'instabilité*, in *Lettre science culture du GRIT*, février 1988, n° 32 ; également I. Prigouine et I. Stengers, *La nouvelle alliance, métamorphose de la science*, Gallimard, coll. « Folio », 1979, où les auteurs soulignent « l'instabilité intrinsèque de la nature », et font observer que là même où la science avait montré une stabilité immuable et pacifiée apparaissent « des phénomènes d'instabilité, de proliférations, de migrations, de structurations ». Pour conclure : « Il est bien mort le monde finalisé, statique et harmonieux que la révolution copernicienne détruisit lorsqu'elle lança la Terre dans les espaces infinis. »

16. Sur le « paradigme » de la complexité, voir notamment E. Morin, *Science avec conscience*, Fayard, 1982 ; également, travaux du Colloque organisé à Montpellier par l'Université des Nations Unies, *Science et pratique de la complexité*, La Documentation française, 1980, En théorie du droit, voir M. Van De Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, coll. « Les Voies du droit ».

RÉSUMÉ. — *Le nouveau débat, celui qui commande, me semble-t-il, toute réforme qui aurait l'ambition d'être en prise sur la réalité, est de savoir s'il est possible d'intégrer le désordre, l'éclatement, l'instabilité que l'on observe aujourd'hui en droit pénal. Possible d'y voir le signe d'une mutation plus radicale marquant le passage, comme dans d'autres domaines, d'une organisation simple à une organisation complexe ou, plus précisément, le passage de l'absolutisme juridique et politique des codes à un pluralisme caractérisé par un ordre dialogique, un espace hétérogène et un temps évolutif.*