

Les droits l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ?

Yves Cartuyvels
Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

Le projet pénal moderne que nous a légué les Lumières se voulait protecteur des droits de l'homme et du citoyen. S'il n'est pas isolé, le code pénal révolutionnaire français de 1791 nous fournit sans doute l'exemple le plus manifeste de ce lien étroit, s'il est vrai que ce texte peut se lire comme l'"envers" de la Déclaration des droits de l'homme"¹. Selon certains, la Déclaration des droits de l'homme et l'adoption de ce nouvel ordre pénal "éclairé" qui émerge en France à la fin du XVIIIe siècle sont en effet indissociables pour trois raisons au moins :

1°) dans les discussions qui préparent l'adoption de la Déclaration des droits, la matière pénale est en bonne place : légalité des délits et des peines, non-rétroactivité des lois pénales, égalité devant la peine, proportionnalité des peines ou respect des formes et des délais de la justice constituent autant de principes qui apparaissent fondamentaux pour une justice pénale respectueuse des droits et des libertés fondamentales de l'homme. Adoptée le 2 octobre 1789, la Déclaration des droits de l'homme ne sera pas en reste, énonçant divers principes à caractère pénal dont la vocation "garantiste" ou protectrice de la "sûreté" du citoyen face à la justice du souverain est manifeste.

2°) un *continuum* intellectuel important semble lier les discussions portant sur l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et la genèse du code pénal révolutionnaire. Les textes préparatoires se croisent et nombreux sont les acteurs qui participent aux deux processus. A. Duport, par exemple, personnage qui jouera un rôle important dans l'élaboration des lois pénales révolutionnaires et du code pénal de 1791, souligne l'importance de la question pénale dès les discussions préparatoires à l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme. Pour ce dernier, la rupture nécessaire avec l'ordre pénal de l'Ancien Régime qu'il qualifie de "suite d'attentats contre l'humanité, la justice et la raison", passe par la proclamation de la Déclaration des droits : "premier rempart que nous devons opposer à ces abus, elle (la Déclaration) sera pour le législateur, pour le magistrat et le juge ce qu'est la loi pour les citoyens. Elle lui apprendra ce qu'il doit respecter, elle lui montrera le terme des peines là où elles cessent d'être nécessaires, *tout le reste est une violation des droits de l'homme*. D'un autre côté, si la société a le droit de s'assurer des accusés, elle n'a pas le droit de les maltraiter. C'est encore une violation des droits de l'homme"². Si l'ordre pénal nouveau se veut protecteur des droits de l'homme et

¹ P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal, Paris, Hachette, 1989.

² IDEM, pp. 91-92.

du citoyen, la Déclaration et ses principes doivent baliser et encadrer l'intervention pénale pour la maintenir dans des limites acceptables.

3°) Promulgué deux ans après la Déclaration des droits de l'Homme, le Code pénal révolutionnaire traduit cette perspective. Reprenant les principes de base qui sont au cœur d'un vaste mouvement de codification pénale réformatrice dans l'Europe éclairée des souverains absolutistes³, ce texte dessine, en leur donnant un contenu plus précis, les contours d'une justice qui s'articule autour des principes de liberté et de sûreté qui sont au cœur de la déclaration des droits de l'Homme⁴. Comme l'explique Lapeletier de Saint-Fargeau dans le *Rapport sur le projet de code pénal*, c'est du code d'un "peuple libre et éclairé" qu'il s'agit, avec pour principe, énoncé en lettres capitales dans le texte, "que toute loi pénale soit humaine"⁵.

L'accent mis sur la protection des droits de l'homme au cœur du projet révolutionnaire est important. Mais de quels droits de l'homme s'agit-il ? Ici, une évidence s'impose qui n'est pas sans nous interpellier un peu plus de deux siècles plus tard : c'est moins le droit à la protection de l'individu privé contre le crime, son droit à la "sécurité" qui est mis en avant que le respect des libertés et des garanties de l'auteur présumé ou condamné face à la justice d'Etat. Non pas que la première dimension soit absente : le catalogue des crimes et délits n'omet pas les atteintes aux personnes et aux biens, même si cette rationalité de morale naturelle n'apparaît pas centrale, la priorité étant réservée à la protection d'intérêts et de valeurs politiques à caractère collectif et public. Mais les dérives et la "démessure" de la justice d'Ancien Régime, vigoureusement dénoncées par les penseurs des Lumières, poussent à mettre l'accent sur la "sûreté" du citoyen face à la justice. En matière pénale, les droits de l'homme sont pour l'essentiel ceux du citoyen mis en accusation, qu'il s'agit de protéger dans ce duel inégal qui l'oppose aux appareils d'Etat. Dans la rhétorique dominante, les droits de l'homme en tant que victime du crime sont nettement moins présents, à une époque où, par ailleurs, la victime et son droit à la réparation du dommage causé par le crime tend à disparaître de la scène pénale.

On pourrait évidemment objecter que cette lecture qui fait du nouvel ordre pénal de l'époque l'envers des droits de l'homme est quelque peu biaisée par l'instrument choisi. Le Code pénal révolutionnaire ne fait-il pas exception, en raison de sa proximité géographique et temporelle avec la Déclaration des droits de l'homme ? L'influence des Lumières françaises ne joue-t-elle pas un rôle amplificateur qui biaiserait le regard ? Sans pouvoir développer ici plus avant ce point, on peut répondre par la négative : les autres codes pénaux européens de l'époque, portés par un même mouvement réformateur qu'incarne la pensée "humanitaro-utilitariste" d'un Beccaria ou d'un Bentham, traduisent un projet largement identique⁶. L'Europe de la pensée

³Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes absolutistes au XVIIIe siècle*, Bruxelles, Montréal, Ottawa, De Boeck Université, PUO, PUM, 1996.

⁴ IDEM, pp. 88-97.

⁵ IDEM, pp. 330-331.

⁶ Sur cette question, je me permets de renvoyer à Y. CARTUYVELS, *op. cit.*

pénale existe déjà à l'époque et la dénonciation des excès d'une justice pénale qualifiée d'"arbitraire" et de "démessurée" se généralise sur le vieux continent. Ailleurs qu'en France et souvent plus tôt que dans ce dernier pays, la pensée pénale classique impose avec succès dans les textes ce projet pénal garantiste, qui associe de manière implicite les droits de l'homme à venir à la fonction "bouclier" du droit pénal. De ce point de vue, le Code pénal révolutionnaire français constitue plus le point d'orgue que le point de déclenchement de cette association entre logique pénale et droits de l'homme, qui fait de ces derniers le rempart protecteur du citoyen face aux dérives toujours prévisibles d'un droit "odieux".

Ce projet "garantiste" propre au droit pénal moderne repose sur un certain nombre de principes fondateurs – on pourrait parler de "paradigmes" – sur lesquels on voudrait revenir dans un premier temps. Légalité des incriminations et ses corollaires, principe de responsabilité d'un sujet de droit pénal unique, légalisme et modération des peines, garantisme procédural, subsidiarité du droit pénal et protection prioritaire d'une rationalité politique, constituent les piliers complémentaires de ce projet pénal protecteur des droits de l'homme tel qu'on le conçoit à l'époque (I). Dans un deuxième temps, on se propose de montrer comment cette architecture est en train de vaciller aujourd'hui. Notre hypothèse est que, dans des sociétés plus individualistes, marquées tant par la question de la sécurité des personnes et des biens que par la montée de la victimisation comme posture sociale, les droits de l'homme pourraient bien servir un peu moins la fonction "bouclier" du droit pénal et un peu plus sa fonction "épée". Recul du garantisme pénal (protecteur des auteurs) et légitimation accrue du droit à la sécurité (des victimes) reconfigurent autrement le rapport droits de l'homme - pénalité au cœur du désordre pénal contemporain. Le mouvement pourrait déboucher sur ce que certains assimilent à une "pénalisation du monde", soit une généralisation de l'approche pénale comme grille de lecture des problèmes sociaux et une extension du recours au pénal comme mode privilégié de réaction sociale (II).

I. Le droit pénal moderne au service de la protection des droits de l'homme et du citoyen ou comment protéger les citoyens contre un "droit odieux"

Un certain nombre de principes, de fond comme de forme, substantiels et procéduraux, caractérisent le projet pénal moderne dit "classique", associé à la protection des libertés et de la sûreté des citoyens. Reprenant l'idée, empruntée au droit canon, que le droit pénal est un "droit odieux"⁷, la pensée classique s'applique à construire un système pénal cohérent encadré par divers mécanismes restrictifs destinés à assurer la "sûreté" du citoyen, de ses droits et de ses

⁷ Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 245-247.

libertés, face à la justice pénale. C'est bien ce qu'il faut entendre par la fonction "bouclier" du droit pénal, associée aux droits de l'homme : la volonté de mettre un frein au pouvoir de punir du Souverain, à son caractère imprévisible et son tissu de souffrances inutiles.

1. La fonction " bouclier " du droit pénal : légalité et responsabilité, modération des peines et garantisme procédural

Les principes garantistes ou protecteurs du justiciable que nous a légués la justice pénale classique sont généralement connus. Un bref retour sur les plus importants d'entre eux n'est sans doute pas dénué d'intérêt, si l'on veut prendre la mesure de ce qui les affecte aujourd'hui et décoder les changements de priorité qui traversent aujourd'hui le droit pénal ou les politiques pénales dans leur rapport aux droits de l'homme.

Le projet du droit pénal classique poursuit un idéal d'ordre, mis au service de la protection du Prince et des intérêts de l'Etat d'une part, de la protection des droits et des libertés du sujet de droit face au pouvoir d'Etat de l'autre. Dans cette double perspective, une loi pénale cohérente et un appareil de justice étatique centralisé doivent assurer une meilleure administration de la justice pénale, gouvernée par les principes d'égalité, de liberté et de justice. Derrière le nouveau "droit de punir", se décèle un souci d'ordre, qui répond à " l'esprit de système " cher à l'époque des Lumières. Traduction d'une Raison éclairée, ce projet pénal conduit à élaguer un droit pénal disparate et éclaté pour le recentrer sur un *ensemble de lois bref et cohérent ramené au seul code pénal*⁸. Selon l'imaginaire dominant en cette deuxième moitié du XVIIIe siècle, le code pénal, que Catherine II de Russie comparait à un " bréviaire " des lois, doit réduire l'ensemble du droit pénal à un seul texte clair, concis, ordonné et accessible. Le projet pénal de l'époque s'inscrit de la sorte dans un mouvement plus général de codification du droit qui vise à restaurer sécurité et prévisibilité dans les échanges sociaux. Mais s'il est marqué par l'esprit de système, un souci d'unité et de simplification, ce modèle de droit "légal rationnel" (Weber) a aussi, dans le champ pénal, une vocation humaniste : rationalisant la production pénale, éliminant, en principe et sur papier, les "flous" de frontières en matière pénale, il pose des limites qui se veulent précises à l'intervention pénale au nom de la nécessaire protection des libertés publiques du citoyen. A travers les règles qui gouvernent la dialectique des incriminations et des peines, l'imputabilité pénale et la procédure, plusieurs principes donnent consistance à cet idéal d'ordre qui incarne un souci de mesure et une volonté d'autolimitation propre au projet pénal moderne.

1. Le principe de légalité des incriminations et ses corollaires, gages d'un droit pénal démocratique

⁸ Y. CARTUYVELS, *op. cit.* ;

Dans un système gouverné par le “ culte de la loi ”, le *principe de légalité des incriminations* est un “ must ” incontournable. Il postule d'entrée de jeu la rédaction d'un droit pénal codifié essentiellement écrit, porteur d'*incriminations brèves, claires et précises*. Un triple objectif se décode derrière ce principe de légalité des incriminations, lequel croise l'idéal de la codification pénale : il s'agit d'abord d'assurer la meilleure connaissance possible de la loi pénale, en concentrant dans un texte unique l'ensemble des incriminations, à des fins de sécurité et de prévisibilité juridiques. La connaissance du droit pénal permet ensuite de placer chaque citoyen face à ses responsabilités : à une époque où l'on perçoit volontiers l'auteur de l'infraction comme un individu rationnel ou "doué de raison" qui “ choisit ” de passer à l'acte au terme d'un calcul d'intérêt⁹, l'accessibilité de la loi pénale permet de sanctionner un individu qui, en toute connaissance de cause, se met hors la loi pénale et la morale sociale. Enfin, il s'agit d'éviter que l'incrimination judiciaire ne se substitue à l'incrimination législative, ce que favorise *a contrario* un système désordonné de textes complexes, flous ou contradictoires. Ce dernier principe, qui traduit un idéal de séparation et de hiérarchie des pouvoirs, est tout a fait central pour les classiques et ceux qui les suivront. Il n'est qu'à lire les critiques fortes des penseurs néo-classiques sur les lois de défense sociale de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle, où l'on dénonce les dérives de l'incrimination judiciaire au nom de l'espace incontrôlé qu'elles ouvrent à la répression¹⁰. En définitive, si l'on excepte les écarts au principe que favorisera dans certains domaines particuliers, parfois qualifiés de "para-pénal", l'essor d'une législation de défense sociale, on peut considérer que la légalité des incriminations constitue une des pierres d'angle du droit pénal moderne démocratique. Régulièrement rappelé tant pas la jurisprudence que par la doctrine¹¹, l'importance de ce principe a souvent été perçue en tant que "garant d'un ordre institutionnel libéral et démocratique"¹²,

Dans ce système fondé sur le primat de la loi, le principe de légalité incriminatrice a deux corollaires classiques. Le premier concerne l'interprétation et postule que le droit pénal est de *stricte interprétation*. “Bouche de la loi” pour reprendre l'expression chère à Montesquieu, un juge “aux yeux bandés” doit autant que possible se contenter d'une application purement syllogistique de la loi au cas. Il est, à tout le moins, tenu de se prononcer sur les seuls faits incriminés par la loi pénale et doit éviter toute forme d'extension par analogie de la loi pénale. Le souci de protéger ces droits inaliénables du citoyen que sont ses libertés et sa sûreté est manifeste : en matière pénale, les dérives possibles de l'interprétation sont perçues comme

⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991

¹⁰ C'est notamment une critique portée sur la loi de protection de l'enfance de 1912 en Belgique. Voyez Y. CARTUYVELS, Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, Continuité, circularité ou ruptures ?, *Journal du Droit des jeunes*, n°207, septembre 2001, pp. 13-33.

¹¹ Pour divers exemples plus anciens et plus récents, voyez M. van de KERCHOVE, Développements récents et paradoxaux du principe de légalité criminelle et de ses corollaires essentiels, in *Liber Amicorum Jean Dujardin*, Anvers, Kluwer, 2001, pp. 299-320.

¹² J. Chevallier, La dimension symbolique du principe de légalité, in Ch.A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 55.

autant de sources d'arbitraire et d'inégalité, d'atteintes à la séparation des pouvoirs mais aussi d'extension induite d'un droit odieux qu'il faut maintenir dans les limites rigides fixées par le législateur. Ici encore, on constate à l'instar de M. Van de Kerchove, que ce principe a généré une large adhésion au cours des deux derniers siècles, si l'on excepte, une fois encore, les critiques que lui ont adressées les partisans des théories de la défense sociale. Souvent évoqué en doctrine, il est régulièrement rappelé par la jurisprudence belge comme européenne¹³.

Le second corollaire concerne la *temporalité de la loi pénale* : le principe de non-rétroactivité des dispositions pénales matérielles, à l'exception des dispositions nouvelles favorables au prévenu, trouve également son fondement dans le principe de légalité des incriminations. Pour certains auteurs, le principe de légalité trouve même son expression la plus nette au travers du principe de non-rétroactivité, celle-ci exprimant "sa vraie signification et son sens essentiel"¹⁴. Le lien est, de fait, patent : punir l'auteur d'un acte qui n'était pas incriminé au moment de sa commission en vertu d'une loi pénale nouvelle et postérieure contrevient manifestement et de la manière la plus grossière au principe de légalité. Ce dernier et ses attributs de connaissance et de prévisibilité du droit, sont alors radicalement invalidés. Comme le souligne G. Levasseur, "puisque incrimination, procédure, peines, exécution de celles-ci ne peuvent se dérouler qu'en conformité des règles précises posées par le législateur, il est nécessaire, en bonne logique, que le texte à appliquer préexiste aux agissements poursuivis ou sanctionnés"¹⁵. Ne pas respecter ce principe, c'était pour les modernes rendre le droit pénal plus "odieux" encore et il n'est guère étonnant de le retrouver en bonne place dans la hiérarchie des priorités à respecter par un droit pénal respectueux des droits de l'homme.

2. Une dialectique de la responsabilité

En ce qui concerne *l'auteur de l'infraction*, la perspective garantiste se traduit par l'exigence de l'élément moral de l'infraction. La culpabilité de l'auteur et le prononcé d'une peine, reposent sur un préalable indépassable qui est l'attribution de l'infraction à un individu pénalement responsable. L'imputabilité pénale, soit cette possibilité d'attribuer un acte pénal à un individu doué de raison et de libre volonté, est condition de la responsabilité pénale. La protection des

¹³ Voyez M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, p. 314. L'auteur cite plusieurs auteurs de doctrine, une décision de la Cour d'appel de Gand du 20 mars 1970, selon laquelle "l'interprétation restrictive des dispositions de droit pénal est l'une des caractéristiques et des garanties d'un Etat de droit" et une décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 novembre 1995 (arrêt S.W. c. Royaume-Uni) rappelant que "l'article 7.1 de la Convention commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé".

¹⁴ S. GLAZER, *Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier, Revue de droit pénal et de criminologie*, 1965, p. 901. Voyez aussi M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, pp. 151-167.

¹⁵ G. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *En Hommage à Jean Constant*, Liège, Faculté de droit, 1971, p. 194, cité par M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, p. 317-318.

droits de l'homme est ici directe, à travers ce mécanisme strict de l'imputation pénale qui exclut *de facto* du champ d'intervention du droit pénal ceux qui ne répondent pas aux critères de la responsabilité. Mineurs et déments, par exemple, *sont a priori* considérés comme "incapables" sur le plan pénal et échappent au régime punitif pour les faits "qualifiés infraction" qu'ils pourraient commettre. Non responsables, ils ne peuvent être coupables. Ce principe tiendra bon de longues années, malgré les critiques que lui adresseront les penseurs de l'Ecole positiviste et partisans de la Défense sociale, plus favorables à un principe de responsabilité sociale que morale. Il est conforme à un idéal "d'humanité, de liberté et de justice" qui commande, comme le rappelait la commission de réforme du droit du Canada en 1976, "de faire preuve de modération, tant dans la création des lois et des infractions pénales que dans l'imposition de la responsabilité pénale"¹⁶.

Par ailleurs, en rupture avec la multitude des sujets de droits de l'Ancien Régime, le légalisme unificateur impose la figure d'un *sujet de droit pénal unique*, en rupture avec la multiplicité des sujets de droits de l'Ancien Régime. Ici encore, la volonté est de cadrer de manière stricte et rigoureuse le jeu de la pénalité pour diminuer les risques d'arbitraire et d'inégalités devant l'intervention pénale. Le pénal ne se distribue pas à la carte et tout citoyen, quel que soit son origine ou son rang, est soumis à un principe d'égalité devant la loi pénale. On doit à la vérité de dire que ce principe sera très vite discuté en théorie et infléchi dans la pratique, comme on le souligne ci-dessous.

3. Le légalisme des peines, au service d'une justice "retenue"

Sur le *plan des peines*, le principe de légalité est porteur de l'idéal d'égalité : si tout sujet de droit responsable doit être soumis à la loi pénale, il doit également être soumis à une peine identique énoncée par la loi. Le principe *d'égalité abstraite* devant la peine, exprimé de manière la plus pure par le code pénal révolutionnaire français de 1791, se veut clairement l'expression d'une justice au service des droits de l'homme contenus dans la déclaration des droits de 1789. Néanmoins, ce principe sera très rapidement amendé dans un sens permettant une certaine individualisation des peines : avec l'introduction de peines "flexibles" en lieu et place de "peines fixes", il s'agit, comme le soulignait déjà Bentham, de remédier à l'inégalité de fait que peut cacher une "apparence d'égalité"¹⁷. Plus tard, l'introduction de circonstances atténuantes ira dans le même sens, autorisant à moduler *in concreto* le principe d'égalité devant la peine en fonction d'éléments subjectifs qui atténuent la responsabilité de l'auteur¹⁸. Ceci n'est pas anodin dans la

¹⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Pour une nouvelle codification du droit pénal, vol. 1, Rapport au Parlement, n°30, Ottawa, p. 18, cité in A. P. PIRES, Quelques obstacles à une mutation du droit pénal, *Revue Générale de Droit*, 1995, n°26, p. 137.

¹⁷ J. BENTHAM, Traité de législation civile et pénale, in *Oeuvres de J. Bentham, Jurisconsulte anglais*, Bruxelles, Coster, T. I., 1829, p. 30.

¹⁸ J. J. HAUS, Les principes généraux du droit pénal belge, Gand-Paris, 1874, p. 53.

perspective qui nous occupe : sur le plan de la peine, l'idéologie protectrice des droits de l'homme propose rapidement un principe *d'égalité relative* qui prend ses distances avec un modèle d'égalité trop formelle devant la peine.

Par ailleurs, le principe de légalité des peines est également porteur d'un idéal de "retenue" destiné à protéger le citoyen et ses libertés contre le pouvoir de punir du Souverain. Pas d'autres peines que celles prévues par la loi, des peines *proportionnées* à la gravité de l'infraction et des peines *égales* pour tous : la perspective a une dimension utilitariste et répond pour une part à une stratégie d'efficacité préventive; mais elle traduit aussi incontestablement la volonté de protéger le justiciable contre la colère du souverain en balisant clairement les voies de la répression et en imposant un idéal de "mesure" ou de "*modération*" dans l'administration de peines. En réaction aux excès de l'Ancien régime, le droit pénal moderne s'impose un principe d'autolimitation punitive qui se veut barrage à l'escalade répressive. Il est loin d'être sûr que la pratique ait répondu à cet objectif au cours des deux derniers siècles : la récurrence avec laquelle divers projets de réforme de la pénalité insistent, notamment dans les années 1970 mais encore aujourd'hui, sur cet idéal de modération, attesterait plutôt du contraire. Quel besoin en effet de rappeler toujours et avec insistance que l'idéal d'humanisation va de pair avec une réduction du recours à l'emprisonnement¹⁹ ou que la prison doit rester "l'ultimum remedium" en matière répressive, sinon pour conjurer dans les mots une évolution des pratiques dont on sait quel va en sens inverse²⁰? Il n'empêche, cet idéal de modération est bien le propre d'une pénalité protectrice des droits de l'homme, même s'il éprouve bien du mal à se frayer une concrétisation dans les pratiques de la pénalité.

4. Le légalisme procédural ou la protection des droits de l'homme-justiciable face au souverain

C'est sans doute sur le *plan procédural* que la dimension "garantiste" du droit pénal, sa fonction de protection de la "sûreté" des citoyens, est la plus manifeste. Ici encore, un idéal de légalité procédurale débouche sur la mise en place d'un système de justice formelle, marqué par des rituels judiciaires qui doivent enserrer l'action répressive de la justice et arbitrer ce duel entre l'infacteur et le souverain. Pour les classiques, tout n'est pas permis dans la lutte contre le crime : "faudrait-il que l'homme de loi fût barbare" interroge Voltaire ?²¹ Non, répond en écho Montesquieu : un cadre de règles, des limites, un certain formalisme de la justice pénale sont requis, s'il est vrai que "les formalités et les longueurs de la justice sont le prix de la liberté"²². Autrement dit, le respect des libertés et des garanties du citoyen valent bien certaines

¹⁹ A.P. PIRES, *op. cit.*, p. 137.

²⁰ Voyez, par exemple Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, IIe partie, Bruxelles, 2004.

²¹ VOLTAIRE, Commentaire sur le livre "Des délits et des peines (1766), in *Œuvres complètes de Voltaire. Politique et législation*, vol. I, Bruxelles, Ode et Wodon, 1827, p. 275.

²² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Garnier, 1871, p. 72.

concessions sur le plan de l'efficacité dans la recherche et la punition des crimes. Concrètement, cela passe par l'introduction de principes qui nous paraissaient jusqu'il y a peu naturels, tels que le caractère intangible des droits de la défense, la présomption d'innocence, la publicité de la procédure, la césure du procès pénal, la séparation des fonctions judiciaires ou encore l'interdiction de la torture inquisitoriale²³.

On remarquera également que, sur ce plan procédural, la logique garantiste qui découle des droits de l'homme se veut essentiellement protectrice de l'infracteur. La "sûreté du justiciable" à l'époque classique, c'est la sûreté du criminel dans sa confrontation à la justice. Pas un mot, sauf erreur, de la protection des droits et des libertés de la victime en justice. Le procès pénal moderne est, il est vrai, conçu comme une scène à deux acteurs, l'intérêt public à la répression de l'Etat et le souci de restaurer l'ordre social mis à mal par le crime l'emportant par KO idéologique sur l'intérêt à la réparation de la victime, "grande oubliée" de la justice pénale moderne.

2. La fonction "épée" du droit pénal : principe de restriction et protection prioritaire d'une rationalité politique

Si le droit pénal exerce une fonction "bouclier", on ne saurait oublier sa fonction "épée" qui se traduit par le jeu des incriminations qu'il consacre. Cette dimension incriminatrice, que souligne l'expression de "droit criminel" souvent utilisée comme synonyme de "droit pénal", est évidemment fondamentale²⁴. Sur ce plan, la pensée moderne nous lègue un double héritage qui pourrait bien être assez fondamentalement remis en question aujourd'hui :

1. Le projet pénal classique traduit d'abord le souci prioritaire de protéger un *projet politique collectif* qui se met en place. La priorité, dans l'ordre des incriminations pénales, est à la protection d'une *rationalité politique* à une époque où s'affirme le pouvoir de l'Etat centralisé, la prééminence du "bien commun" ou des valeurs collectives associées à un projet de citoyenneté. Le code pénal est peut-être le verso de la déclaration des droits de l'homme, il est surtout celui de la déclaration des droits de l'homme *et du citoyen*. Le maintien d'un certain ordre social collectif et de l'intégrité de la souveraineté est prioritaire, renvoyant à une place secondaire la protection des intérêts privés de l'individu, dans sa vie, son honneur ou ses biens²⁵. En termes contemporains, on dirait que le *droit à la sécurité* de l'individu n'apparaît pas comme "la" priorité, même si cette dimension n'est pas absente²⁶.

²³ Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, p. 23.

²⁴ IDEM, p. 126.

²⁵ Voyez P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOËL, *op. cit.*;

²⁶ Voyez E. BALIBAR, La sûreté et la résistance à l'oppression. Sûreté, sécurité, sécuritaire, *Cahiers Marxistes*, Nov.- Déc. 1995, n°200, pp. 185-199.

2°) Dans l'imagerie classique, le droit pénal est un *droit restreint* - on parlerait aujourd'hui de "droit pénal minimal" ou de "subsidiarité du droit pénal" : il ne doit être mobilisé qu'en dernière instance, quand toute autre forme de réaction sociale juridique ou autre est vouée à l'échec. Bentham soulignait ainsi qu'il s'imposait de ne pas recourir au droit pénal chaque fois que "l'on pourrait atteindre le même but par des moyens plus doux"²⁷. Dans son *Rapport sur le projet de code pénal* de 1791, Lepeletier de Saint-Fargeau laisse entendre une musique assez semblable : soulignant qu'une société débarrassée "des inégalités monstrueuses dans le partage des richesses et de la pauvreté" rendra un code pénal bien moins nécessaire, l'auteur insiste sur la subsidiarité du pénal par rapport à d'autres modes de régulation sociale pour lutter, notamment, contre les crimes et délits envers les particuliers : "ces utiles institutions (l'éducation) peuvent bien plus que toutes les lois pénales ; avec leur secours, la rigueur des peines est moins nécessaire : une bonne police avec de bonnes mœurs, voilà ce qu'il faut pour un peuple libre au lieu de supplices"²⁸. Sauf lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts essentiels, en l'espèce les valeurs ou intérêts relevant d'une rationalité politique pour lesquelles son intervention s'impose comme une nécessité, le glaive du pénal doit rester dans son fourreau. Par la suite, cette position qui insiste sur la modération dans le recours au pénal sera régulièrement répétée : auteur du code pénal belge de 1867, le néo-classique Haus estime que "la peine sociale n'étant juste qu'à la condition d'être nécessaire, les actions qui portent atteinte aux droits d'autrui ne peuvent être légitimement punies par la Société que lorsque la répression est le seul moyen efficace de les empêcher"²⁹. Un siècle plus tard, en 1976, la Commission de réforme du droit du Canada répète que "le droit pénal est un instrument brutal qu'on ne doit utiliser qu'en dernier ressort"³⁰. Ces cris sont loin d'être isolés et on en trouve d'autres exemples aujourd'hui, par exemple dans la discussion et l'acceptation du principe de proportionnalité comme "retenue" dans le recours au pénal pour protéger certains intérêts ou certaines valeurs³¹. Une longue tradition, encore rappelée récemment en Belgique par la Commission Holsters sur le Tribunal d'Application des Peines qui insiste sur la subsidiarité du pénal et sur le recours maximal aux modes de résolution non pénaux des conflits³², associe donc à l'esprit d'un droit pénal démocratique un idéal de modération et de prudence quant à son utilisation.

²⁷ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, éd. E. Dumont, T.I, Bruxelles, Coster et Cie, 1820, p. 69.

²⁸ Cité in P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, *op. cit.*, p. 102-103.

²⁹ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, 1879, cité in D. SPIELMANN, Du délicat exercice de mettre en balance certains droits fondamentaux. A propos du projet de loi n° 5076 "garantissant l'usage paisible du droit de propriété et la liberté de mouvement et portant introduction d'un nouvel article 442-1 au code pénal", *Annales du droit luxembourgeois*, 2002, vol.12, p. 26.

³⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Pour une nouvelle codification du droit pénal, vol. 1, Rapport au Parlement, n°30, Ottawa, p. 18, cité in A. P. PIRES, *op. cit.*, p. 137.

³¹ M. van de KERCKOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 157.

³² Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, Rapport Final, IIe partie, *op.cit.*;

II. Au nom des droits de l'homme : atteintes à la fonction "bouclier" et extension de la fonction "épée" du droit pénal

Le projet pénal moderne a un peu plus de deux cent ans. Il a bien sûr connu des inflexions au cours de cette période. Les perspectives de l'Ecole positive italienne et du mouvement de défense sociale, différentes de celles du projet classique, ont pu peser sur les pratiques : on pense aux critiques d'un Garofalo sur un garantisme procédural jugé trop favorable aux prévenus³³; à l'extension d'un filet de contrôle "para-pénal" aux auteurs de "faits qualifiés infractions" non dotés de la responsabilité pénale (les législations de défense sociale)³⁴; au refus de se laisser enfermer dans le carcan du "légalisme" des délits et des peines avec l'adoption d'incriminations aux contours "flous" et de "mesures" indéterminées quant à leur contenu ou à leur durée; à la substitution, dans certains domaines, d'un type d'incrimination judiciaire à l'incrimination législative³⁵ : tout ceci ne manquera pas d'alimenter les critiques, certains s'inquiétant des dérives sur le terrain d'un projet pénal qui prend des libertés certaines avec les "cadres" et les "limites" nécessaires de la réponse pénale³⁶.

Ces inflexions soulignent bien l'ambivalence du droit pénal, pris entre intérêts de la défense sociale et protection des libertés dans le cadre d'un Etat de droit démocratique. Entre ces deux pôles, la balance du pénal oscille en fonction des époques, privilégiant tantôt un discours de droits et de protection des libertés publiques, tantôt un idéal instrumental d'efficacité répressive. Aujourd'hui, il semble qu'un certain nombre d'inflexions fassent à nouveau pencher le balancier du côté de ce que certains ont pu associer à une "tentation totalitaire"³⁷ et qu'on qualifierait plutôt de "droit pénal totalisant". On voudrait souligner ici un double processus qui affecte le droit pénal aujourd'hui et auquel un changement de perception dans l'abord des droits de l'homme n'est sans doute pas étranger : d'une part, un nombre important d'atteintes sont portées aux principes garantistes du droit pénal, tant en ce qui concerne le jeu des incriminations et des peines que la procédure, alors que des changements importants se dessinent sur le pôle de la responsabilité. Le droit pénal *change ici de l'intérieur*, revenant sur divers principes protecteurs de ces droits de l'homme et libertés fondamentales au nom d'une lutte plus efficace contre le crime et d'une meilleure protection de la sécurité des individus. Mais,

³³ R. GAROFALO, La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Paris, F. Alcan, 1888, p. 348.

³⁴ A. PRINS, La défense sociale et les transformations du droit pénal, Bruxelles-Leipzig, Misch et Tron, 1910, repr. Genève, Médecine et Hygiène, 1986.

³⁵ Voyez Y. CARTUYVELS, Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, Continuité, circularité ou ruptures ?, op. cit.;

³⁶ La critique, émanant du courant néo-classique, est par exemple manifeste à l'égard de la loi belge sur la protection de l'enfance de 1912, illustration parmi d'autres de ce mouvement de législation inspiré par les principes de la défense sociale. Voyez TAYART de BORMS, Remarques sur la loi du 15 mai 1912, Revue de droit pénal et de criminologie, 1920, pp. 134-138 ; U. OST, De l'article 14 de la loi du 15 mai 1912 et du droit de grâce, Journal des Tribunaux, 10 novembre 1950, pp. 617-624.

³⁷ Fr. TULKENS, Fr. DIGNEFFE, La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale, in Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, Genève, Médecine et Hygiène, 1981, pp. 197-200.

dans le même mouvement, le droit pénal connaît *une mutation qui lui vient de l'extérieur* : la logique sociale de victimisation pousse à un recours accru au droit pénal comme mode de réaction sociale, tant sur le plan international que sur le plan interne. Le paradoxe est ici que *les droits de l'homme version XXI siècle*, s'éloignant fortement de la fonction qui leur fût réservée il y a deux siècles, pourraient bien contribuer à ce double mouvement, encourageant d'une part une déformalisation de la justice pénale, d'autre part un processus de "criminalisation du monde" que dénoncent nombre d'auteurs.

1. Les vacillements de l'architecture garantiste du droit pénal : les bougés de l'intérieur

Si l'on examine les différents principes porteurs du projet garantiste, tels que conçus il y a deux siècles, on ne peut que constater l'érosion qu'ils subissent dans le champ pénal aujourd'hui. C'est vrai du principe de légalité des incriminations et de ses corollaires qui s'étiolent progressivement, du principe de responsabilité que modifie une logique contemporaine de la responsabilisation, de la modération des peines menacée par un "réalisme punitif" ou encore des garanties de procédure petit à petit détricotées pour des besoins de rapidité et d'efficacité pénales.

1. Légalité "élargie", écriture en réseau et "flous" des incriminations : une triple menace sur le principe de légalité

Sur la *topographie des sources législatives* tout d'abord, le contraste entre le projet d'hier et la réalité d'aujourd'hui est saisissant à plusieurs points de vue. Le recentrage des normes pénales autour d'un livre unique, clair et cohérent, le code pénal, garant traditionnel du principe de légalité, est un idéal aujourd'hui largement dépassé. A l'ère de la "décodification", le droit pénal est plutôt marqué par l'éclatement et l'hétérogénéité des sources, l'entrelacement et la superposition de niveaux normatifs différents que par la centralisation et la cohérence d'un ensemble normatif unique. On pense ici à l'émergence d'un principe de *légalité élargie* ou d'une légalité plurielle qui consacre l'éclatement du droit pénal étatique comme noyau dur historique du droit pénal³⁸. Eclatement par le bas, avec le transfert croissant dans certains Etats d'une partie de la fonction législative pénale à des pouvoirs infraétatiques, de type communautaire ou régional; dépassement par le haut qu'incarnent la prolifération de règles internationales en matière pénale (conventions internationales) ou le développement d'un droit pénal intégrateur à l'échelle de plusieurs Etats régionaux (on pense à la création d'un droit pénal européen substantiel, *via* l'adoption de décisions cadres transposées ensuite dans l'ordre interne des Etats-membres). Introduisant un pluralisme des sources et des niveaux de législation, ce phénomène de légalité élargie favorise une extension du droit pénal et de son quadrillage normatif, du moins sur le plan du "Law in the books". Mais il y a plus : la multiplication des sources de loi pénale encourage

³⁸ M. van de KERCHOVE, Développements récents et paradoxaux du principe de légalité criminelle et de ses corollaires essentiels, in Liber amicorum Jean Du Jardin, Bruxelles, Kluwer, 2001, pp. 300-311.

les acteurs à jouer sur les différents types de qualification afférents à ces sources multiples pour rattacher un fait à une incrimination existante. La légalité "élargie" peut aboutir ici à diluer le principe de légalité lui-même, lorsque l'absence d'incrimination prévue dans l'ordre interne peut être palliée par l'existence d'une source plus incertaine existant à un autre niveau (la coutume internationale, un principe général de droit). On en trouve une illustration en matière de crime contre l'humanité, domaine dans lequel se repèrent, souligne P. Martens, "des justifications juridiques du droit d'exception appliqué à ses auteurs dans la considération que les faits étaient trop monstrueux pour ne pas être déjà incriminés, soit par la coutume, soit par des principes généraux du droit international"³⁹. Ainsi en Belgique, l'inculpation du général Pinochet par le juge d'instruction dans une ordonnance du 6 novembre 1998 symbolise bien l'évolution : pouvant difficilement se fonder sur la loi belge du 16 juin 1993 de "compétence universelle" - celle-ci requérait un crime de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé international ou non international mais montrant des similitudes avec un conflit armé international⁴⁰ -, le juge requalifiera les faits en se fondant sur une incrimination du droit coutumier pour se reconnaître compétent⁴¹. En l'espèce, on ne criât pas au scandale. Mais le cas ne semble pas unique⁴² et, à supposer que le procédé se multiplie, on peut se demander si ce recours à un principe de légalité à ce point élargi ne revient pas "à pulvériser la légalité des incriminations"⁴³.

Par ailleurs, là où l'écriture des normes pénales se voulait simple, claire et concise, force est de constater une *complexification croissante du processus d'élaboration des normes pénales* : "lois pénales en blanc", "législation par renvoi", multiplication des normes secondaires (on pense aux circulaires et autres directives émanant des instances de criminalisation secondaire, d'ailleurs pas toujours publiées), complexifient singulièrement l'accès aux lois pénales, leur lecture mais aussi leur statut normatif⁴⁴. Deux problèmes se posent ici, en regard des présupposés d'une philosophie garantiste du droit pénal :

1°) Le processus de dissociation dans la rédaction des normes pénales peut déboucher sur une *rédaction à plusieurs mains* potentiellement attentatoire à la précision des textes et au principe de légalité des incriminations : c'est le cas lorsque le partage dans l'écriture amène à associer des législateurs de niveaux différents (international et national) ou, en droit interne, le législateur (qui fixe les grands principes de la loi pénale) et l'exécutif, voire l'administration (qui définit *in*

³⁹ P. MARTENS, L'humanité comme sujet de droits, in Th. BERNIS (dir.), Le droit saisi par le collectif, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 219.

⁴⁰ A. ANDRIES, E. DAVID, C. VAN DEN WIJNGAERT, J. VERHAEGEN, Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, Rev. dr. pén. crim., 1994, p. 1136. Sur la loi de 1993, voyez aussi E. DAVID, La loi belge sur les crimes de guerre, R.B.D.I., 1995, pp. 668-684. L. REYDAMS, De belgische wet ter bestaaffing van inbreuken op het internationaal humanitair recht : een papieren tijger ?, zoeklicht, 1998, n° 20, pp. 4-9.

⁴¹ P. MARTENS, L'humanité comme sujet de droit, op. cit., p. 209.

⁴² voyez A. WEYENBERGH, Sur l'ordonnance du Juge d'instruction Van der Meersch, rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998, R.B.D.I., 1999, p. 193.

⁴³ P. MARTENS, op. cit., p. 219.

⁴⁴ Y. CARTUYVELS, F. OST, Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ?, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998.

concreto le contenu des incriminations ou des peines en raison d'un "chèque en blanc" reçu du législateur)⁴⁵. On en fournira ici deux illustrations, sans doute emblématiques dans la mesure où elles touchent deux domaines qui jouent régulièrement un rôle de "cheval de Troie" dans l'infléchissement des principes du légalisme pénal. En droit interne belge, l'évolution récente du droit pénal de la drogue, dont le caractère "exorbitant" sur le plan des principes pénaux a souvent été dénoncé, est éclairante. En 2003, deux lois du 4 avril et du 3 mai sont promulguées, pour être aussitôt complétées par un arrêté royal du 16 mai 2003, ainsi que par une directive relative à la politique des poursuites du 16 mai 2003, elle-même modifiée le 28 mai 2003. De l'avis des spécialistes, ce "patchwork" législatif opacifie singulièrement le jeu des incriminations et des peines⁴⁶, la connaissance de la loi devenant une affaire réservée aux experts⁴⁷. Au niveau européen, le processus actuel de législation en matière de lutte contre le terrorisme en Europe en fournit un autre exemple : procédant d'une décision cadre du Conseil de l'Union Européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, le processus de rapprochement des législations pénales en la matière au sein de l'Union européenne passe par l'adoption de lois nationales censées transposer les incriminations et les peines minimales prévues par la décision cadre dans l'ordre interne. La double diffraction ici constatée dans l'élaboration de la norme pénale - association du niveau européen et du niveau national, de l'exécutif (au niveau européen, la proposition initiale émanait de la Commission avant d'être adoptée sous forme modifiée par le Conseil) et du législatif (au niveau national) - ne favorise pas le respect du principe de légalité : l'exécutif, plus soucieux d'efficacité, est traditionnellement moins regardant sur le plan du respect des principes d'un droit pénal démocratique et l'absence de contrôle parlementaire véritable au niveau européen conduit à la production de notions à spectre large, que le législateur national peut d'ailleurs être amené à resserrer pour sauver ce qui peut l'être du principe de légalité⁴⁸. Comme le souligne Christine Lazerges, "classiquement, un seul et même texte définit le comportement incriminé et prévoit la sanction. La prolifération d'autres techniques est à l'évidence une forme de négation partielle du principe de légalité"⁴⁹.

2°) Ce processus de diffraction dans l'écriture normative pénale a en outre *des effets de cumul en cascade, qui tendent à multiplier le nombre de législateurs in concreto*. Si le jeu de législation par renvoi ou par référence rend la loi pénale singulièrement opaque pour ses destinataires primaires, il ne favorise pas la connaissance de la loi pénale dans le chef de ses destinataires

⁴⁵ M. van de KERCHOVE, La rédaction des normes pénales : unité ou fragmentation ? in Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Genève, Helbing & Lichtenhahn, p. 167. Voyez aussi M. VERDUSSEN, Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 107 et sv.

⁴⁶ F. VAN DER LAENEN, F. DHONT., "Zalven en slaan". Een eerste analyse van de nieuwe drugwetgeving, Tijdschrift voor Strafrecht, 2003, pp. 227-245.

⁴⁷ Ch. GUILLAIN, La politique pénale du gouvernement arc-en-ciel en matière de drogues, Dossier CRISP, 2003, n°1796, 2003, p. 31.

⁴⁸ Voyez sur cette question, e.a., A. WEYENMBERGH, L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen, in E. BRIBOSIA, A. WEYENMBERGH, Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 167.

⁴⁹ C. LAZERGES, Le principe de légalité des délits et des peines, in R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Droits et libertés fondamentaux, Paris, 1997, cité in M. van de KERCHOVE, op. cit., p. 167.

secondaires. Ceux-ci y trouvent un espace de jeu qui rend diverses règles pénales largement incertaines : parfois contradictoires avec d'autres normes existantes au cœur du magma normatif pénal, éventuellement en porte à faux avec les pratiques en vigueur, certaines normes pénales perdent leur caractère impératif pour devenir une "ressource" mobilisées par les agents du système pénal en fonction de stratégies ou de priorités instrumentales, de leurs sensibilités personnelles ou des valeurs symboliques qui leur sont chères⁵⁰. De ce point de vue, la fragmentation du principe de légalité se poursuit au sein même du pouvoir réglementaire ou administratif dont les acteurs deviennent, chacun à leur niveau, un co-législateur à part entière du point de vue "Law in the facts" : ces derniers peuvent décider de faire exister telle norme en l'activant par une directive ou décider au contraire de l'ignorer et de la laisser en sommeil. Ceci ne contribue évidemment pas à clarifier ni à sécuriser le jeu pénal.

Enfin, la *prolifération d'incriminations aux contours "flous"* introduit une rupture nette avec le postulat classique d'incriminations claires, brèves et précises à des fins de connaissance, de prévisibilité et de sécurité juridique. En cette matière, les exemples sont légion : on en trouve un certain nombre dans le droit pénal de la drogue, domaine où abondent les notions fluides de type "usage problématique" ou "nuisance sociale" dont l'interprétation est laissée aux acteurs subalternes d'application de la loi⁵¹. Ainsi, la Cour d'Arbitrage a-t-elle tout récemment annulé l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes et antiseptiques, au motif que certains concepts contenus dans cet article (tolérance de la consommation pour "usage personnel" sans en préciser la quantité, "usage problématique", "nuisances publiques") violent régulièrement le principe de légalité. Rappelant que les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale s'imposent "d'autant plus que la disposition entreprise déroge à plusieurs égards aux règles générales du droit répressif, notamment pour ce qui est de la compétence du ministère public et de l'obligation de la déclaration des services de police en cas de constatation d'infractions", la Cour d'arbitrage se montre sévère : jugeant la notion "d'usage problématique" "ambiguë" au sens où, faisant référence à l'état personnel de l'utilisateur, cette notion exige "que les policiers apprécient la situation psychologique, médicale et sociale du consommateur de cannabis" pour décider ou non de dresser procès-verbal, la Cour estime que "le pouvoir d'interprétation qui est ainsi laissé aux verbalisants est une source d'insécurité juridique et n'est pas conforme au principe de légalité en matière pénale"⁵². Ne se montrant pas moins tendre pour les autres concepts "flous" retenus par la loi, la Cour conclut que "dès lors qu'il apparaît que plusieurs notions utilisées dans la disposition entreprise sont à ce point vagues et imprécises qu'il est impossible d'en déterminer la

⁵⁰P. PONSAERS P., Y. CARTUYVELS et alii., *Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le traitement policier autonome*, Gand, Academia Press, 2003.

⁵¹ C. GUILLAIN, La politique pénale du gouvernement arc-en-ciel en matière de drogues, *op.cit.*;

⁵² *Cour d'Arbitrage*, 20 octobre 2004, n°158/200, *M.B.*, 28 octobre 2004.

portée exacte, cette disposition ne satisfait pas aux exigences du principe de légalité en matière pénale, et il convient de l'annuler"⁵³. En matière de lutte contre la petite délinquance, le recours au concept plastique d'"incivilités"⁵⁴ laisse lui aussi une large marge de manœuvre aux acteurs chargés d'appliquer la loi pénale. Mais, comme déjà souligné, ce sont peut-être les législations sur le terrorisme en Europe qui fournissent le meilleur exemple de cette explosion de typologies multiples et de définitions peu précises que connaît le droit pénal contemporain⁵⁵. C'est du moins ce que souligne M. L. Cesoni, dénonçant dans la lutte contre ce phénomène "une guerre sans merci, où les principes de la répression pénale s'effacent au bénéfice de la logique de guerre".⁵⁶ D'origine intergouvernementales, ces législations se caractérisent par des infractions larges, dont le chapeau "terroriste" permet des interprétations multiples et extensives, susceptibles d'incriminer des formes d'opposition tout à fait licites. Pour l'auteure, ce droit pénal contre le terrorisme pourrait être exorbitant au point de signaler des "involution démocratiques", parmi lesquelles "des violations non seulement du principe de légalité (définition polyvalente) et du principe de proportionnalité (incrimination d'activités typiques des actions syndicales et politiques autrement neutres du point de vue pénal, aggravation des peines des infractions communes en raison de la finalité terroriste), mais aussi de la présomption d'innocence (risque d'application sans preuves matérielles, sanctionnant le passage d'un droit pénal de l'acte à un droit pénal qui punit une qualité personnelle)"⁵⁷. Dans un commentaire de la loi belge du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, M. A. Beernaert n'est pas en reste. L'auteure souligne également le risque de dérive, même si elle reconnaît au législateur belge le souci d'avoir cherché à resserrer le champ des incriminations en excluant de manière explicite un certain nombre de comportements de la définition des infractions terroristes. Toutefois, se demande-t-elle, ce besoin de "définir non seulement ce qui est punissable, mais aussi ce qui ne l'est pas" ne constitue-t-il pas une sorte d'"aveu des risques d'abus que véhicule la définition choisie" ? A l'évidence, les infractions visées "restent définies en des termes qui laisseront inévitablement aux tribunaux d'importantes marges d'appréciation"⁵⁸.

2. Les corollaires du légalisme incriminateur mis à mal : de l'interprétation stricte au juge-législateur, de la non-rétroactivité à une rétroactivité d'exception...

Les changements repérables dans l'écriture normative ont par ailleurs des impacts sur le plan des corollaires garantistes du principe de légalité des incriminations. En matière d'interprétation, on

⁵³ ibidem, p. 16.

⁵⁴ H.O. HUBERT, Ce que les "incivilités" ne comprennent pas... Déconstruction d'un concept et de ses implications, in L. VAN CAMPENHOUD, Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI, Ph. MARY, A. REA (dir.), Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques, Bruxelles, éd. Labor, 2000, pp. 245-264.

⁵⁵ M. L. CESONI, Terrorisme et involutions démocratiques. Chronique de criminologie, Revue de droit pénal et de criminologie, 2000, n°2, p. 142.

⁵⁷ IDEM, p. 148.

⁵⁸ M. A. BEERNAERT, La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union Européenne, Journal des Tribunaux, 19 juin 2004, n°6144, p. 590.

peut bien sûr soutenir que l'idéal d'une absence d'interprétation judiciaire ou le mécanisme du référé législatif confiant l'interprétation au législateur relèvent plus de l'histoire des idées que de celle des faits. Très vite, il a fallu accepter le principe d'une interprétation judiciaire, conçue selon les canons d'une interprétation stricte liant au maximum le juge au texte de la loi pénale. Le caractère polymorphe du langage et l'écart entre les mots et les choses ont cependant rapidement renvoyé cet idéal au rang d'utopie régulatrice : l'interprétation stricte, en droit pénal, fait plus figure de "directive d'interprétation" à caractère normatif qu'elle n'incarne une réalité de la pratique des juges. La loi pénale n'a jamais produit d'incriminations à ce point précises qu'elle pouvait se contenter de serviteurs "aux yeux bandés", armés du seul glaive syllogistique pour rendre sa vérité. L'espace de l'interprétation a toujours existé, rendu nécessaire pour adapter la règle pénale générale au cas particulier comme pour l'adapter aux évolutions de la moralité sociale. Sur ce plan néanmoins, tout est question de degré et l'on s'accorde aujourd'hui pour dire, qu'avec le temps, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale s'est singulièrement érodé, voire qu'il fait l'objet d'une "érosion constante"⁵⁹. Comme le souligne M. van de Kerchove, l'acceptation d'un principe d'interprétation évolutive, dans le souci soit d'adapter la loi pénale aux évolutions de la conscience sociale, soit d'étendre l'assiette de la loi pénale à des faits non connus du législateur au moment de la création de la loi au motif qu'il aurait plus que vraisemblablement incriminés ces faits de même nature s'il avait pu les connaître, nous rapproche dans bien des cas d'une interprétation par analogie... Or, on sait que celle-ci est en principe interdite, en raison de son incompatibilité avec le principe de légalité des incriminations, gage de modération incriminatrice. De fait, les risques de dérive existent. Selon certains auteurs, certaines évolutions de la jurisprudence de Strasbourg pourraient ainsi pousser à "substituer au principe de légalité consacré par l'article 7,1°, celui de légitimité des incriminations et des peines, ce qui nous conduit, à l'extrême, à considérer qu'un comportement est punissable, soit qu'il est incriminé par la loi, soit qu'il est juste qu'il en soit ainsi"⁶⁰.

Par ailleurs, la production d'incriminations "floues" ou à "spectre large", s'il accroît nécessairement l'espace d'arbitrage du juge, traduit sans doute aujourd'hui une modification plus fondamentale des *modalités d'édition de la norme pénale* et du rapport entre *création et application de la loi pénale*. A la représentation classique d'une écriture monolithique et verticale de la norme pénale se superpose aujourd'hui, dans divers domaines, l'image d'une écriture polyphonique à caractère plus récuratif qui, sans abolir la hiérarchie, tend à l'"horizontaliser" en partie. Au texte sans auteur à caractère Pontifical (Legendre), succède un texte à plusieurs auteurs, s'il est vrai que, de plus en plus, les juges sont appelés à donner sens et consistance à la loi à partir du cas qu'ils traitent, au terme d'un jugement "réfléchissant" au sens kantien. Ce constat n'est pas propre au droit pénal : il est largement répertorié par la théorie du droit qui y

⁵⁹ M. van de KERCHOVE, *Développements récents et paradoxaux du principe de légalité criminelle et de ses corollaires essentiels*, *op. cit.*, p. 315.

⁶⁰ S. Van DROOGHENBROECK, *Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale*, obs. sous Cour Eur.D.H. 22 novembre 1995, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 475.

voit le passage d'une Raison abstraite à une "raison pratique", la fin de la césure "moderne" entre les stades de création et de légitimation de la loi d'une part, celui de l'application de la loi d'autre part. Mais le changement est sans doute particulièrement spectaculaire en droit pénal, secteur normatif où l'on était habitué, plus qu'ailleurs peut-être, à une représentation classique de l'écriture normative, unitaire et linéaire. Or, comme le souligne M. Vogliotti, il semble que le juge pénal abandonne aujourd'hui le rôle de "serviteur muet", propre à l'iconographie traditionnelle, pour assumer celui d'"associé tyrannique", ce qui se traduit par la montée en puissance d'un droit pénal jurisprudentiel⁶¹. A l'appui, Vogliotti rappelle que la Cour Européenne des droits de l'homme considère depuis longtemps que la notion de "loi" prévue à l'article 7 de la Convention englobe "le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle", l'écriture judiciaire ayant pour fonction de "compléter" le produit semi-fini qu'est la règle de base⁶². L'émergence de ce droit pénal jurisprudentiel est sans doute inévitable et plus fréquent qu'auparavant, tant le rythme de la loi au sens classique doit s'adapter aujourd'hui à la complexité et à la rapidité des changements sociaux. Le processus n'en amène pas moins un déplacement des pouvoirs et du centre de gravité dans le processus de création de la loi pénale qui pose question sur divers plans, traditionnellement associés au garantisme classique : sécurité et prévisibilité juridique, égalité devant la loi, extension de l'assiette du droit pénal à des cas limites, voire à des cas hors-la loi pénale, comme l'attestent les risques de dérive en matière de législation anti-terroriste. Et si ce déplacement est déjà problématique lorsqu'il substitue à l'incrimination législative l'incrimination judiciaire, il le devient plus encore lorsqu'il débouche sur une forme *d'incrimination policière*, comme le montrent les évolutions du droit pénal de la drogue évoquées plus haut.

Le deuxième corollaire classique du légalisme des incriminations est le principe de la *non-rétroactivité* des lois pénales. La perspective garantiste est ici évidente puisque ce principe ne concerne pas les lois pénales plus douces, jugées plus favorables au prévenu. Or, ici aussi, le principe connaît ces dernières années un certain nombre d'entorses qui bousculent les droits de l'homme en tant qu'ils protègent la sûreté de l'infracteur. On pense d'abord à la question de *l'interprétation jurisprudentielle* qui induit nécessairement une forme de rétroactivité puisqu'elle suppose parfois d'appliquer une loi affublée d'un sens déterminé à des faits commis avant que ce sens de la règle ne soit fixé. En soi, le problème n'est pas nouveau. Il est inhérent à l'activité jurisprudentielle et la question est plus le degré de créativité acceptable dans le chef de l'interprète lorsqu'il donne un sens plus sévère qu'auparavant à telle ou telle norme pénale : crée-t-il une loi nouvelle sur fond d'une loi ancienne ou non ? A ce titre, le "revirement de jurisprudence" défavorable au prévenu est sans doute l'exemple le plus parlant du problème posé : entérinant une rupture nette avec l'interprétation jusque là dominante de la loi pénale, il modifie

⁶¹ L'image est empruntée par l'auteur à T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalita nel processo penale*, Indice penale, 1999, p. 529.

⁶² M. VOGLIOTTI, *Mutations dans le champ pénal contemporain. vers un droit pénal en réseau ?*, Revue de Sciences criminelles, 2002, n°4, p. 730.

le sens de cette dernière et porte atteinte aux principes de connaissance, de prévisibilité et de sécurité juridiques, attributs du principes de légalité⁶³.

On pense ensuite à la question des *lois interprétatives* qui, en droit pénal belge, échappent au principe de la non-rétroactivité au motif qu'elles ne créent pas une loi nouvelle qui se substituerait à la loi ancienne mais qu'elles se contentent de fixer le sens de la loi ancienne. Le caractère "construit" de cette argumentation paraît peu convainquant à certains auteurs qui soulignent l'existence d'une "rétroactivité réelle" et non seulement "apparente" derrière nombre de lois interprétatives⁶⁴. Le résultat de telles lois interprétatives, lorsqu'elles introduisent par interprétation un régime pénal plus lourd pour les prévenus, est en tous cas contraire à la protection de la "sûreté" de l'auteur de l'infraction.

On pense encore aux *lois de compétence et de procédure* qui échappent, elles aussi, au principe de non-rétroactivité, au motif que, lois "non substantielles", elles sont en principe "neutres" au fond, sur le plan de la sévérité pénale. Or si, d'une part, l'écart entre normes substantielles et normes procédurales, droit pénal de fond et droit pénal formel, peut être tenu dans certains cas⁶⁵, d'autre part une certaine instrumentalisation du statut de règle de compétence ou de procédure se constate pour contourner le principe de non-rétroactivité qui s'impose aux règles de fond. La loi belge du 16 juin 1993 "relative à la répression des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions", aujourd'hui abrogée, en donne une bonne illustration. La question était la suivante : sanctionnant des atteintes au droit pénal humanitaire, cette loi pouvait-elle s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur ? L'interprétation qu'il convenait de donner à son article 6 fera ici l'objet des débats. Cet article disposait que "sans préjudice aux articles 4 et 8 de la présente loi, toutes les dispositions du livre premier du code pénal, à l'exception de l'article 70, sont applicables aux infractions prévues par la présente loi". Selon une première interprétation, l'article 6 excluant de manière explicite du champ d'application de la loi l'article 70 du code pénal mais restant muet sur l'article 2 du code pénal (principe de non-rétroactivité), il fallait considérer *a contrario* que le législateur particulier n'avait pas voulu déroger au principe de non rétroactivité. L'article 2 du code pénal était bien d'application et faisait obstacle à ce que la loi ne s'applique à des faits antérieurs à sa promulgation. Les partisans de cette interprétation faisaient encore remarquer que la loi de 1993, limitée aux "crimes de guerre", n'entendait pas avoir un effet rétroactif et, qu'en

⁶³ Voyez F. OST, Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles, in F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 91 et sv.

⁶⁴ Voyez M. van de KERCHOVE, op. cit., p. 319. L'auteur renvoie à G. LEVASSEUR, Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps, op. cit., p. 200.

⁶⁵ Les règles sur la transaction pénale ou la médiation pénale, par exemple, sont inscrites dans le code de procédure pénale, mais ces dispositifs ont manifestement une dimension substantielle également puisqu'ils touchent à l'édition de sanctions pénales comme en témoigne *a contrario* leur appellation "de sanction alternatives (à la peine)".

outre, la future Cour Pénale Internationale prévoyait elle aussi de limiter sa compétence *ratione temporis* aux crimes commis après l'entrée en vigueur de son statut⁶⁶. On remarquera toutefois que ces auteurs ne soulèvent pas l'objection de principe d'une atteinte au principe de légalité que représenterait l'acceptation de la rétroactivité en l'espèce. Selon un deuxième courant, la loi belge de 1993, consacrant une règle de compétence, n'était pas soumise au principe général de non-rétroactivité prévu par l'article 2 du code pénal, cet article visant les lois pénales matérielles et non pas les règles de procédure et de compétence qui, elles, sont d'application immédiate. Cette interprétation tord manifestement le concept de "loi de compétence" - quand on examine le contenu de la loi, il s'avère qu'elle fixe clairement des incriminations et des peines ainsi que leurs conditions d'incriminations - mais elle sera dominante. Elle signifiait concrètement, comme l'argumentera le législateur belge à propos du crime de génocide et des crimes contre l'humanité lors des travaux préparatoires d'une loi de 1999 modifiant la loi de 1993, que la loi pouvait s'appliquer également aux infractions commises avant son entrée en vigueur, celles-ci étant déjà punissables sur base de dispositions du droit pénal commun ou de principes généraux reconnus par l'ensemble des nations civilisées⁶⁷.

Enfin, ce détour artificiel par la procédure ne semble même toujours nécessaire, lorsqu'il est question de crimes contre l'humanité. Pour ces crimes d'une particulière gravité, le principe de non rétroactivité de la loi pénale (plus sévère) semble de plus en plus aisément contournable au nom de la nécessaire protection pénale des valeurs suprêmes de l'Humanité. Ainsi, remarque J. Allard, à propos du procès Barbie en France, la poursuite dans ce pays des responsables de Vichy pour des actes commis avant la reconnaissance spécifique du "crime contre l'humanité" a nécessité de "réinterpréter le principe de la non-rétroactivité garanti par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*" : selon ce principe, la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ne s'applique normalement qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur et aux infractions commises avant cette entrée en vigueur mais non encore prescrites à cette date⁶⁸. Or, explique l'auteur, "les atrocités dont Barbie s'était montré responsable étaient telles qu'elles ont prévalu non seulement sur la prescription de droit commun... mais également sur le principe de non rétroactivité qui stipule "qu'aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis (art. 11. DUDH) ne peut être infligée"⁶⁹. Ce qu'illustre le cas, c'est que le développement d'un droit à la protection de l'humanité peut avoir pour conséquence de détourner certains principes garantistes fondamentaux du droit pénal, dont celui de la non rétroactivité. On verra plus loin qu'à l'autre bout de l'échelle des contentieux, le droit à la sécurité

⁶⁶ P. D'ARGENT, La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Journal des tribunaux*, 1999, n° 5935, p. 553.

⁶⁷ *Doc. Parl. Chambre*, Cession 1998-1999, 1863/2, p. 3.

⁶⁸ J. ALLARD, L'Humanité, un concept juridique ? in Th. BERNIS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, op. cit., p. 190.

⁶⁹ *IDEM*, p. 191-192.

de la victime tend à produire un effet similaire, soulignant une mise en concurrence plus générale de divers droits de l'homme à protéger par le pénal et produisant une hiérarchisation implicite de ces derniers au bénéfice des droits des *victimes*.

3. De la responsabilité comme critère d'imputabilité à une logique de la responsabilisation

Le concept de *responsabilité* de l'auteur s'imposait comme pierre angulaire de la pénalité moderne et comme mécanisme limitatif de l'intervention pénale. Ce concept connaît un regain de faveur aujourd'hui, mais sans doute dans une acception différente :

1°) Un principe de responsabilité est d'abord abondamment utilisé aujourd'hui pour justifier la pénalisation ou la "repénalisation" de champs qui ont pu faire l'objet d'une "décriminalisation" au moins partielle. On pense au droit para-pénal des mineurs, domaine où l'adoption d'un droit protectionnel au début du XXe siècle s'est justifié en partie au nom des impasses du discours sur la responsabilité. Or, aujourd'hui, le retour d'un discours sur les droits du mineur s'accompagne d'un discours sur sa responsabilité et sa punissabilité⁷⁰. Discours des droits, responsabilité et retour du pénal vont ici de pair. On peut penser encore, en matière de défense sociale, au mécanisme de non imputabilité pénale prévu pour les auteurs de faits "qualifiés crimes ou délits" atteints d'un "état grave de déséquilibre mental". Ce mécanisme est remis en cause aujourd'hui, notamment par certains intervenants en santé mentale qui travaillent aux confins du système pénal : se réclamant régulièrement du cas de L. Althusser - jugé irresponsable du meurtre de sa femme commis dans un moment de folie, ce dernier réclamera le droit à un procès pénal -, ces cliniciens jugent problématique l'absence d'un prononcé sur la culpabilité. Désresponsabilisant pour l'auteur, le mécanisme de la défense sociale rendrait difficile tout travail clinique avec lui. Aussi, réclament-ils une évolution de la mécanique pénale sur ce point, dans une perspective d'utilisation du droit pénal à des fins cliniques et au prix, sans doute, d'une confusion entre loi symbolique et loi pénale, sanction juridique et sanction pénale⁷¹.

2°) On peut, par ailleurs, se demander si on assiste pas à, un glissement du concept de responsabilité vers celui de *responsabilisation* associé à la sanction pénale. Dans le cadre d'une justice consensuelle (plus que négociée), de nouveaux dispositifs pénaux à visage humain se légitiment au nom de leur effet de responsabilisation sur l'auteur. Il ne s'agit plus ici d'avoir un individu responsable pour le punir. Il s'agit de punir un individu pour le responsabiliser, en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine. Publié en 2003, le Rapport final de la Commission "Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et

⁷⁰ Y. CARTUYVELS, Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, Continuité, circularité ou ruptures ?, op.cit.;

⁷¹ Y. CARTUYVELS, Justice et Santé mentale : quelles articulations ?, Rapport de recherche pour la Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 2002.

fixation de la peine" en Belgique est exemplaire à cet égard : répondant en miroir à une finalité de réparation du côté des victimes, les thèmes de la participation et de la responsabilisation par la sanction sont omniprésents pour ce qui est des auteurs⁷². Donnerait-on ici raison à M. Foucault, lorsqu'il dénonçait en 1976 le risque d'une justice dont l'objectif dernier serait "de rechercher à faire participer l'individu puni aux mécanismes mêmes de sa punition" ? L'idéal, disait Foucault, serait que "l'individu puni, soit individuellement, soit collectivement, accepte lui-même, sous la forme du conseil, la procédure de châtiment qu'on lui applique... Il faut qu'il devienne le gestionnaire de sa propre punition ”⁷³.

3°) Cette fonction responsabilisante de la sanction pénale encourage en outre l'*extension du discours pénal* à un éventail de situations nouvelles, autrefois déléguées à d'autres instances. On peut peut-être *lier ce processus aux évolutions de la responsabilité civile* : dans ce domaine, la logique assurantielle, associée au principe de responsabilité sans faute, amènerait un déclin important du domaine de la faute personnelle et de la responsabilité individuelle, provoquant un détournement des plaintes vers le pénal, espace de responsabilisation et de moralisation par substitution. Par un jeu de vases communicants, c'est vers la justice pénale que se tourneraient les victimes d'accidents, de négligence ou d'imprudence de toutes sortes, dans le souci de voir réaffirmé un principe de responsabilité, une faute transformant des attitudes (négligence, imprudence) sources de risque ou de danger en "formes de désordre moral ”⁷⁴ appelant un type ou l'autre d'imputabilité pénale. La difficulté croissante à cerner le jeu des causalités dans la survenance d'événements dommageables accentuerait le processus de défausse sur le pénal : à l'inverse de la scène civile, la responsabilité y est figée dans des cadres stricts, soumise à des énoncés clairs et à une logique binaire⁷⁵. Elle y est, plus qu'ailleurs, clairement identifiable.

4. Les peines : de la modération au réalisme punitif ?

Sur le *plan des peines*, les principes de proportionnalité et d'égalité, autrefois associés à un idéal de modération de la peine sont toujours présents. Mais le caractère relatif de ces deux principes pourrait bien céder la place à une conception plus rigide tant de l'égalité que de la proportionnalité pour les besoins d'une plus grande sévérité. Comme le souligne, entre autres, A.P. Pires, un changement de cap important est perceptible dans la pensée pénale des années 1980 sur ce point. Marquée par le "réalisme pénal", cette pensée développe "une conviction dans la valeur des peines minimales et dans la possibilité de "rendre égale" la distribution du mal en

⁷² Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, Ch. MARCHAND, Victime, punitivité, opinion publique, *Journal des Procès*, n°482, 28 mai 2004, pp. 31-33.

⁷³ M. FOUCAULT, Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social ? Une entrevue avec M. Foucault, *Criminologie*, 1993, 1, p. 18.

⁷⁴ L. KARPICK, L'avancée de la justice menace-t-elle la République ?, *Le Débat*, mai-août 2000, n°110, 238-257.

⁷⁵ Voyez J.M. DOMENACH, *La responsabilité. Essai sur le fondement du civisme*, Paris, Hattier, 1994, pp. 35-36.

frappant aussi les classes moyennes (à défaut d'atteindre les couches supérieures avec la même rigueur)". Soulignant le refus d'introduire dans le projet de Code criminel canadien de 1986 un préambule qui rappellerait le principe de modération, au motif que c'était "à la fois inutile et inopportun", l'auteur dénonce un climat où l'on "est devenu obsédé par l'idée de punir tous et chacun de façon formellement "égale". Pour Pires, ce retour à un égalitarisme strict et abstrait a une double conséquence : il rend d'abord la recherche du juste et du bon secondaire ou en fait une simple conséquence de la décision "uniforme" : "si vous décidez de manière égale, vous rendez justice"... Ensuite, l'égalitarisme abstrait produit une accentuation de la sévérité pénale : égale veut dire "décision également sévère" et non "également modérée"⁷⁶. Autrement dit, égalité formelle et idéal de modération pénale ne font pas bon ménage.

Le regain de faveur du "just desert" et de l'idéal de rétribution punitive aux Etats-Unis donne une bonne illustration de ce mouvement. Dans les années 1980, un système de *sentencing guidelines* favorisant des peines fixes est mis en place pour répondre aux inconvénients du modèle antérieur de *sentencing*, jugé trop individualisant : prenant appui sur le principe de peines largement indéterminées, ce système laissait, estimera-t-on, trop de place au pouvoir discrétionnaire des tribunaux et des commissions de libération conditionnelle, favorisant la disparité des peines, l'inégalité devant la peine⁷⁷. Si donc au départ, la réforme fût pour une part motivée par un souci de justice, elle sera très vite réorientée dans le sens d'une sévérité accrue. La rigidification du système aura deux effets très concrets : d'une part, elle réintroduit par la fenêtre un principe d'inégalité substantielle qu'elle voulait contrer, en imposant un traitement identique à des individus aux parcours parfois très différents. Ce système de *sentencing guidelines* illustre ici une dérive que Bentham avait déjà soulignée en son temps; d'autre part, en mettant l'accent sur une justice pénale au tarif, sur la multiplication de "peines minimales" obligatoires et sur le souci de répondre de manière plus systématique aux infractions, elle durcit considérablement le système pénal et s'érige en "première responsable de l'augmentation considérable de la population pénale"⁷⁸. La réforme s'éloigne clairement de l'idéal de modération au cœur du pénal. On pourrait objecter que l'exemple américain est relativement isolé et qu'il répond à une conception culturelle particulière, mettant l'accent sur la liberté d'un individu considéré comme acteur rationnel, responsable de ses choix⁷⁹. Sommes-nous pour autant à l'abri en Europe, dans un contexte culturel plus ouvert à la prise en compte de l'existence de déterminismes sociaux ? Sans doute, non et ceci pour deux raisons. D'abord, si l'on examine la genèse de ce retour en grâce du *Just desert* aux Etats-Unis, on s'aperçoit qu'il est le fruit d'une alliance objective entre libéraux (critiquant le caractère discriminatoire du modèle de *sentencing* antérieur) et

⁷⁶ A.P. PIRES, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁷ P. LANDREVILLE, Va-t-on vers une américanisation des politiques de sécurité en Europe ? in L. MUCCHIELLI, Ph. ROBERT (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, pp. 424-433.

⁷⁸ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Paris, O. Jacob, 2003, p.

⁷⁹ Sur ce point, voyez IDEM, *pp.*

conservateurs (favorables à un durcissement égalitaire des peines) pour réformer le système, une alliance qui s'est terminée à l'avantage des partisans du "tough on crime"⁸⁰. Or, le même type d'alliance objective est parfaitement imaginable en Europe, entre partisans progressistes qui mettent l'accent sur une logique de sûreté et conservateurs qui dénoncent le laxisme d'un système de justice trop empathique. Les discussions sur les évolutions de la justice des mineurs en Belgique en donnent un exemple saisissant : les partisans d'un discours sur les droits des mineurs, qui dénoncent un système de justice paternaliste et flou, s'y retrouvent "alliés objectifs" de ceux qui recherchent un durcissement pénal à caractère rétributif du modèle protectionnel jugé déresponsabilisant⁸¹. Ensuite, les théories de l'acteur rationnel tendent à progresser également en Europe, ce dont témoigne l'accent croissant mis sur la responsabilité ou la responsabilisation aux différents stades du procès pénal.

Par ailleurs, on ne peut s'empêcher de souligner le contraste récurrent entre une pétition de principe rhétorique sur la modération et d'autres discours plus concrets sur les peines, sans parler de l'écart entre les discours et les pratiques. Sur le premier point, le "Rapport Holsters" en Belgique fournit encore un bon exemple : à plusieurs reprises, le rôle de la prison comme "ultimum remedium" est souligné dans le texte, tout comme la nécessité d'inscrire son action dans une perspective réparatrice. Mais la force d'attraction de l'emprisonnement reste évidente lorsqu'il s'agit d'envisager les dispositifs concrets de punition : le document ne propose pas de modification substantielle de l'arsenal des peines; il prévoit un emprisonnement subsidiaire en cas d'échec de la probation et introduit un "traitement imposé" (pour des cas difficiles comme les "toxicomanes lourds" débouchant sur une "incarcération provisoire" tant que le condamné ne se soumet pas au traitement; il maintient encore l'emprisonnement de police. Sur le contraste entre pratiques et discours, il n'est sans doute pas nécessaire de rappeler l'évolution des taux et des durées d'incarcération dans divers pays, ce qui produit, de fait, une diversification et un durcissement général du système pénal⁸².

Enfin, sur le plan des finalités de la peine, la crise de l'idéal de réhabilitation et du traitement liée à un idéal de réduction des risques dans le champ pénal ne pousse pas non plus à la modération au stade de l'exécution de la peine. La montée de l'idéal de neutralisation - qui a pour effet immédiat le durcissement du régime de la libération conditionnelle dans divers pays européens et la suppression de ce système aux Etats-Unis -, associée à l'émergence d'une pénalité actuarielle⁸³, tend à réduire la peine à sa seule fonction d'incapacitation pour protéger le droit à la

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Voyez Y. CARTUYVELS, , Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, Continuité, circularité ou ruptures ?, op.cit.;

⁸² Voyez, e.a., N. CHRISTIE, L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident, Paris, Autrement, 2003.

⁸³ Ph. MARY, Pénalité et gestion des risques : vers une justice "actuarielle" en Europe ?, Déviance et Société, 2001, n°1, pp. 33-51.

sécurité des populations. Cette idéologie de la peine ne peut qu'encourager un durcissement de l'emprisonnement et l'allongement des mesures de sûreté.

5. Du garantisme procédural à son détricotage ?

Sur le plan procédural enfin, l'évolution contemporaine est marquée par des tendances inquiétantes. Le souci *d'efficacité dans la lutte contre le crime* remet à l'honneur le souhait de Garofalo, lequel voulait limiter l'impact garantiste des lois de procédure qualifiées de "lois protectrices du crime"⁸⁴. A plusieurs égards, c'est bien dans ce sens qu'évoluent les régimes de procédure dans le champ pénal : extension de la détention préventive, allongement des délais de prescription pour les besoins de la cause, modification du régime de preuves, introduction de techniques particulières de recherche discutables et discutées, renversement de la charge de la preuve (ou transformation de la présomption d'innocence en présomption de culpabilité), détentions arbitraires à des fins de prévention, voire remise à l'honneur de la torture inquisitoriale sont de saison quand il s'agit de lutter contre certains dangers "majeurs" comme le terrorisme, la criminalité organisée ou le trafic de drogues⁸⁵. S'introduit ici un régime d'exception pour la protection des libertés publiques, un régime "exorbitant", dont on sait que, prévu pour des contentieux spécifiques, il finit tôt ou tard par irradier l'ensemble du champ pénal.

Par ailleurs, la tendance générale à une déformalisation de la justice pénale conduit à altérer les diverses garanties classiques octroyées au justiciable-auteur dans sa confrontation à la justice pénale. La volonté *d'accélérer* le cours de la justice pénale, à des fins d'efficacité tant instrumentale que symbolique, en est un moteur puissant. Entérinant le principe d'une justice à plusieurs vitesses selon le type d'infractions et de publics visés, les procédures qui poursuivent l'idéal d'une "justice en temps réel" font rarement bon ménage avec le respect de garanties procédurales classiques, tels que les droits de la défense, le respect du contradictoire ou la présomption d'innocence⁸⁶. La brièveté des délais, prévue pour des affaires "simples", favorise des investigations incomplètes, éliminant des éléments qui risqueraient de rendre l'affaire "complexe" et privilégiant une orientation sur les éléments à charge⁸⁷. Par ailleurs, si le souci de rapidité et de précocité de la réponse pénale peut encourager dans certains pays le principe d'une marchandage sur la peine ("plea bargaining"), il favorise plus souvent en Europe l'introduction de *dispositifs alternatifs au procès pénal*. Internes au système pénal, ces nouveaux modes de résolution pénale des conflits contribuent à l'instauration d'une justice pénale consensuelle en

⁸⁴ R. GAROFALO, La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Paris, Alcan, 1888, p. 348.

⁸⁵ M. L. CESONI, op. cit., pp. 141-153; Ph. MARY, Insécurité : quel est le risque ? A propos des similitudes entre guerre anti-terroriste et lutte contre la délinquance urbaine, à paraître in Security and Democracy in the Risk Society, Athens, 2005.

⁸⁶ Sur cette question, voyez e.a. M. van de KERCHOVE, Accélération de la justice pénale et traitement en temps réel, Journal des Procès, n°311, octobre 1996, pp. 10-13.

⁸⁷ Ph. MARY, Insécurité et pénalisation du social, Bruxelles, Labor, 2003, p. 53-62.

délicatesse avec les principes et les étapes traditionnels du procès pénal classique : dans divers pays, les dispositifs de la "troisième voie", médiation pénale ou travail d'intérêt général, octroient ainsi *de facto* des compétences juridictionnelles au parquet, voire à l'acteur policier (médiation policière). Ils encouragent l'infliction d'une sanction à ces stades précoces de la procédure, dissociant le principe de la sanction d'une déclaration de culpabilité formelle établie par un tribunal et encourageant parfois une certaine confusion sur le statut exact de la sanction prise et de son caractère. Enfin, le souci d'efficacité dans la lutte contre le crime conduit également à multiplier les *dispositifs d'action autonome confiés à la police* dans la recherche et le traitement des infractions⁸⁸. Fluidifiant considérablement les rapports de direction et de contrôle entre les acteurs à l'intérieur du système pénal, cette évolution contribue également à une déformalisation des cadres garantistes de la procédure pénale.

Eu égard au garantisme classique, ce souci d'efficacité et de rapidité, associé au mélange des rôles et à l'autonomie croissante de l'acteur policier, est problématique à plusieurs points de vue : outre le détricotage progressif de divers principes fondateurs substantiels de la procédure pénale, il remet en cause la séparation des rôles et des fonctions de justice, conçue comme gage de "sûreté" et de liberté du justiciable. Il favorise ensuite une logique où l'on punit sans juger, en tablant sur l'adhésion et la participation de l'auteur à une sanction *a priori* plus clément. Il encourage enfin le déplacement du centre de gravité de la justice pénale vers l'amont, confiant au parquet et plus encore à la police⁸⁹ un pouvoir considérable et renversant progressivement sur le terrain la hiérarchie des rôles prévue sur papier à l'intérieur de l'administration de la justice pénale. Ceci n'est pas sans incidence sur l'équilibre garantiste du système pénal en général : d'une part, parce que cette évolution traduit une érosion progressive du pouvoir et de l'autorité des acteurs situés en aval du système, le juge de fond et le juge d'instruction, garants traditionnels des libertés individuelles⁹⁰. D'autre part, parce que dans la tension permanente entre "crime control" et "rule of law", force est de constater que les acteurs situés en amont du système (police et parquet) privilégient assez systématiquement le premier élément là où les juges de fond sont plus sensibles au second⁹¹.

Enfin, *l'attention portée aujourd'hui à la victime* et le souci de protéger ses intérêts et ses droits réellement ou potentiellement menacés par le crime pèsent sur l'équilibre procédural du procès pénal classique. On y revient plus loin (point 2.2).

⁸⁸ P. PONSAERS, Y. CARTUYVELS, et alii, Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome, op.cit.;

⁸⁹ M.L. CESONI, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁰ Sur la marginalisation progressive du rôle du juge d'instruction, voyez D. VANDERMEERSCH, Un projet de loi particulièrement inquiétant, Journal des Procès, n°440, 28 juin 2002, p. 11.

⁹¹ Voyez P. PONSAERS, Y. CARTUYVELS, et alii, Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome, Bruxelles, Academia press, 2003, p. 261-296.

2. Société victimaire, mutation des droits de l'homme et pénalisation du monde : les bougés de l'extérieur

Il y a un peu plus d'un siècle, le sociologue E. Durkheim posait le diagnostic d'un "retrait du droit pénal", phénomène qu'il associait au passage de sociétés à "solidarité mécanique" à des sociétés à "solidarité organique" marquées par la montée en puissance d'un "droit coopératif"⁹². Ce constat et les explications sur lesquelles il s'appuyait furent, sans doute à raison, largement invalidées. Il n'empêche, à défaut d'être empiriquement correct, le propos traduisait un idéal normatif largement présent, à savoir le souci de réserver au droit pénal un statut "subsidaire" et de le voir intervenir en "dernière instance". Aujourd'hui, on ne jure pas que Durkheim oserait maintenir le diagnostic, ni que l'idéal normatif d'un droit pénal restreint ait toujours le vent dans le dos : sur le plan empirique, le constat est plutôt celui d'une inflation pénale galopante, elle-même liée à un recours accru au droit comme mode de régulation sociale. Les deux éléments - juridicisation et criminalisation - semblent bien liés : dans nos sociétés contemporaines, il n'est plus guère de problème social qui ne soit assorti d'une réponse juridique⁹³ et guère de règle juridique qui ne soit affublée d'une sanction pénale. Sur le plan normatif, l'interdit pénal (re)gagne du crédit et apparaît comme "la" réponse dans un nombre croissant de situations problématiques. Autrement dit, de subsidiaire, le droit pénal pourrait bien devenir *pratiquement et symboliquement prioritaire*, la question devenant progressivement moins de légitimer le recours au pénal que de justifier de sa non-adoption.

Dans ce mouvement qui pousse à une "criminalisation du monde" et nous éloigne d'autant de l'idéal d'un droit pénal restreint", quatre facteurs séants (au sens où ils se recoupent partiellement) nous semblent jouer un rôle déterminant : 1°) le statut octroyé au droit pénal comme *morale de remplacement* et le rôle de la justice pénale comme *instance de reconnaissance* dans des sociétés plurielles caractérisées par le retour de l'individu-victime; 2°) le développement, plus important qu'il y a deux siècles, d'une *conception des droits de l'homme associée à la protection de l'humain et de l'individu privé*. Ceci se traduit, sur le plan international, par l'engouement pour une justice pénale humanitaire soucieuse de rendre justice aux victimes, sur le plan interne par le développement d'un "droit à la sécurité" des victimes potentiellement concurrent au "droit à la sûreté" des justiciables; 3°) la consécration de *rationalités incriminatrices différentes*, plus centrées sur l'individu; 4°) *l'invocation obligatoire de la sanction pénale* pour protéger certains droits et libertés fondamentaux : encouragée par la Cour européenne des droits de l'homme, cette évolution, qui n'en est qu'à ses débuts, est sans doute lourde de sens sur le retour en grâce que connaît la mythologie pénale et la croyance dans ses vertus utilitaristes.

⁹² E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F, 1973, p. 120.

⁹³ *Het Recht van de mens. Naar een kwaliteitsvolle verhouding tussen burger, recht en samenleving*, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 2001, 29-31.

1. Le pénal comme morale de substitution et instance de reconnaissance sociale

Dans une société marquée par un processus de juridicisation galopante, les lois pénales se multiplient comme si la protection des multiples droits que réclame aujourd'hui l'individu supposait la bénédiction pénale. Par ailleurs, ce processus de *juridicisation pénale* va de pair avec une *judiciarisation pénale* croissante, soit le recours accru au juge pénal, sollicité comme jamais pour régler quelque situation problématique que ce soit. Comment expliquer ces deux phénomènes conjoints qui nous éloignent à grands pas de l'idéal classique d'un "droit pénal minimal" ou "subsidaire" pour nous orienter au contraire vers une lecture pénale du monde, déterminée par la grille victime-coupable ?

L'inflation normative pénale, ou l'existence "d'un rapport disproportionné entre d'une part les besoins et la capacité d'absorption des consommateurs de droit pénal (la société et les individus qui la composent) et, d'autre part, la quantité des normes pénales produites"⁹⁴ est un constat partagé par de nombreux auteurs. Dans la *République pénalisée* (1996), A. Garapon et D. Salas soulignent ainsi qu'aujourd'hui, "tout ce qui est moralement choquant et socialement contestable finit par être pénalisé" et que l'on assiste à une "pénalisation de la vie collective", soit "la substitution d'une logique, celle de la justice pénale, à une autre", ou "plus exactement, le remplacement de plusieurs logiques - politique, sociale, affective, économique, etc. - par une seule"⁹⁵. Les facteurs d'explication de cette pénalisation de la vie sociale sont multiples et sans doute complémentaires. Les uns associent le processus au triomphe d'une vision subjectiviste du droit et à une certaine "désymbolisation" du droit pénal autrefois limité à la consécration des grands interdits fondamentaux⁹⁶. D'autres évoquent un effet-boomerang lié au développement de sociétés assurantielles et au besoin, en contexte d'indétermination causale croissante, de revaloriser un principe de responsabilité⁹⁷. D'autres encore soulignent que la pénalisation croissante de petits contentieux sociaux (incivilités, petits désordres sociaux) permet une gestion à moindre frais de la pauvreté transformée en désordre moral, dans des sociétés où l'idéal de sécurité et de contrôle l'emporte sur les soucis d'égalité et d'intégration⁹⁸. Le pénal se fait ici le gestionnaire par défaut de diverses pathologies sociales, quitte à prendre appui sur des acteurs issus d'autres champs dans la perspective d'une intervention en réseau soucieuse de réduire les risques de déviance⁹⁹. Enfin, là où certains soulignent le caractère instrumental du recours au pénal dans des perspectives purement stratégiques - le pénal tenant le civil en état, le recours

⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, L'enjeu d'un code pénal. Réflexions sur l'inflation des lois pénales en France, in *Mélanges offerts à R. Legros*, Bruxelles, ULB, 1985, p. 166.

⁹⁵ A. GARAPON, D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, pp. 12 et 13

⁹⁶ IDEM, pp. 33 et 34.

⁹⁷ L. KARPICK, L'avancée de la justice menace-t-elle la République ? *op.cit.*, pp. 238-257.

⁹⁸ Ph. MARY, *Insécurité et pénalisation du social*, Bruxelles, Labor, 2003.

⁹⁹ I. BRANDON, Y. CARTUYVELS (dir.), *Judiciaire et thérapeutique : quelles articulations ?*, Bruxelles, Loi et Société, 2004.

pénal permet de faire traîner des procédures civiles -, d'autres évoquent encore l'activation d'un "droit pénal magique" pour souligner le recours incantatoire au droit pénal dans des sociétés marquées par l'éclatement de références et de valeurs de moins en moins communes¹⁰⁰. Tous ces éléments jouent sans doute un rôle dans la création de ce "patchwork pénal" dont plus personne ne discerne très bien ni les contours ni les limites. Mais sans doute, derrière la complémentarité de ces différents facteurs peut-on décoder un enjeu de surplomb : celui de la création d'un *espace moral de substitution*, adossé à la croyance bien mise en lumière par Durkheim que le pénal est la traduction d'une grille de lecture commune qui fait autorité dans le jeu social, qu'il est le vecteur d'une remoralisation ou re-responsabilisation de la société et des individus. C'est en ce sens que, dans de sociétés où le pluralisme des valeurs et des intérêts en conflit apparaît plus manifeste que jamais, le pénal fait office de morale de remplacement, "ultime expression de la morale commune, la dernière source des sens dans un monde dont les repères mobiles et les cadres flottants creusent l'inquiétude et suscitent le malaise autant qu'ils libèrent"¹⁰¹. Du moins, est-ce là le rôle qu'on aspire à lui donner et il n'est pas sûr, à cet égard, qu'une limite ne soit en passe d'être franchie : à force de mobiliser le droit pénal pour sanctionner tout et n'importe quoi en jouant sur sa seule fonction symbolique, on risque évidemment d'en épuiser la force...

Une norme pénale, pour exister, n'est pas forcément destinée à être appliquée. Cet écart entre la norme pénale et son application a toujours existé. En témoigne l'existence dans divers Etats européens, reconnue par la loi ou non, du principe de l'opportunité des poursuites attribuée aux organes du ministère public, voire aux acteurs policiers¹⁰². En matière pénale, le principe de subsidiarité prend donc aussi consistance au stade de la criminalisation secondaire. Or, il faut bien constater ici un paradoxe : si la tendance semble être à la légalisation du classement sans suite d'opportunité dans les pays traditionnellement marqués par le principe de légalité des poursuites¹⁰³, cette officialisation va de pair avec la contestation politique du principe : de plus en plus, *une intervention pénale systématique est aujourd'hui prônée* pour ces petits délits qui font classiquement l'objet d'un politique de classement sans suite. Les discours sur la tolérance zéro au niveau policier¹⁰⁴, la promotion des mesures alternatives ou des procédures accélérées pour lutter contre le sentiment d'impunité des auteurs comme des victimes¹⁰⁵, répondent clairement à cet idéal, pourtant largement inatteignable dans la pratique vu les capacités d'absorption de la machine pénale¹⁰⁶. Il n'empêche : sous la pression de l'opinion publique, la machine pénale tourne aujourd'hui à plein régime et ce sont ses limites gestionnaires bien plus qu'un projet de

¹⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰¹ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, p. 297.

¹⁰² P. PONSAERS, Y. CARTUYVELS et alii, *op. cit.*;

¹⁰³ Voyez le dossier consacré aux relations entre police-parquet dans 5 pays européens in *Droit et Société, (dossier qui sort en décembre 2004)*

¹⁰⁴ L. MUCCIELLI, Promesses et illusions de la "tolérance zéro", *Encyclopedia Universalis*, Paris, 2003, pp. 238-242.

¹⁰⁵ Voyez e.a. Ph. MARY, *Insécurité et pénalisation du social*, Bruxelles, Labor, 2003, pp. 53-62.

¹⁰⁶ Sur cette question, voyez le dossier "Police-parquet" dans *Droit et Société, op. cit.*

modération qui en dessinent les limites. Parallèlement à l'augmentation du nombre des règles pénales, le recours à la justice pénale s'accroît, ce que constatent régulièrement les acteurs du système placés en première ligne : les particuliers mobilisent aujourd'hui la police et la justice pénale pour divers contentieux qui, jadis, auraient fait l'objet d'autres modes de résolution. Ici encore, la justice pénale semble faire office *d'espace de reconnaissance de substitution* pour un nombre important de citoyens qui se lisent comme victimes du monde social : dans des sociétés caractérisées par une dualisation croissante des rapports sociaux, chez les plus vulnérables par un déficit de parole et de représentation, de reconnaissance et de participation, la plainte au pénal se lit comme une demande de reconnaissance et d'estime de soi que d'autres canaux traditionnels de socialisation ne sont plus à même d'octroyer. La reconnaissance comme victime suppose la parole responsabilisante de la justice pénale, dans des sociétés où la question de la victimation et de son traitement sont passées de la sphère privée à la sphère publique¹⁰⁷. Les juges sont nombreux à témoigner de ce phénomène, parfois mal pris entre leur rôle de juge et cette fonction d'"exutoire" cathartique ou thérapeutique, de reconnaissance et de resocialisation, qu'attribuent les victimes au procès pénal.

2. Les droits de l'homme, une "épée" au service de la protection pénale des victimes

La montée de la victimation exerce aussi une influence sur la conception des droits de l'homme dans leur relation au droit pénal. Aujourd'hui, la protection des victimes est invoquée de manière croissante pour justifier le recours à la réponse pénale. Cette évolution se constate tant sur le plan international, avec le souci d'une protection pénale de "l'Humanité", que sur le plan du droit pénal étatique, avec le développement d'un "droit à la sécurité" des victimes potentielles ou réelles d'infraction ou de menaces d'infraction. Cette évolution a trois implications : d'une part, elle contribue à maximaliser le recours à une réponse pénale érigée en porte-drapeau naturel de la protection des droits de l'homme, quitte à délégitimer d'autres approches ou d'autres langages que ceux de la répression. D'autre part, elle tend à modifier considérablement les rapports entre les droits de l'homme-infracteur et les droits de l'homme-victime au cœur du procès pénal. Enfin, elle amène à remettre en cause, sinon à inverser, de manière substantielle divers principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale, ainsi qu'à organiser une hiérarchie différente des intérêts et des valeurs protégés par le droit pénal.

Sur le *plan international*, la revitalisation du crime contre l'Humanité et l'essor de la justice pénale internationale sont sans doute exemplaires¹⁰⁸. C'est au nom de valeurs universelles propres à l'essence de l'humain que se développe aujourd'hui la répression transfrontière des crimes contre l'humanité. Le procès à Bruxelles en mai-juin 2001 de quatre citoyens rwandais, accusés et finalement condamnés pour des crimes commis dans le cadre du génocide qu'a connu

¹⁰⁷ A. EHRENBURG, *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Paris, Odile Jacob, 1998

¹⁰⁸ Voyez M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Bruxelles, Genève, Bruylant, L.G.D.J., Goerg, 2002.

le Rwanda en 1994, en témoigne clairement. Dans son réquisitoire, l'avocat général n'a eu assez de mots pour exprimer sa fierté de voir son pays se placer "à l'avant-garde des Nations" et se faire la voix "d'une conscience universelle qui rejette cette barbarie" (le génocide). S'adressant au jury, il le leur exprime en ces termes : "Votre rôle est historique. Vous allez rendre un verdict qui aura valeur d'exemple... Vous prouverez qu'il existe une conscience universelle et que la communauté internationale met un stop aux génocidaires, aux crimes contre l'humanité où que ceux-ci soient commis"¹⁰⁹. L'argument sera sérieusement contesté par ceux qui décelaient derrière cette volonté affichée de protéger "l'humanité" une conception singulièrement occidentale de l'universalisme des droits de l'homme, sinon la promotion d'une forme de néo-colonialisme judiciaire. Il n'empêche, il traduit sans doute assez bien le mouvement qui consiste à légitimer une extension considérable de l'intervention pénale à des fins de protection de ce qui est le plus universel, soit "l'essence de l'humain". Qu'est ce que le propre du crime contre l'humanité, sinon la volonté de protéger l'homme dans sa "dignité d'homme qui le fait semblable à d'autres hommes"¹¹⁰ ? N'est-ce pas cette idée selon laquelle "derrière le crime qui touche un homme, c'est l'humanité entière qui apparaît comme victime"¹¹¹ qui fonde la société civile internationale à agir ? Le droit d'ingérence pénal est-il autre chose que la version pénale du droit d'ingérence humanitaire ? N'est-ce pas ce dédoublement fonctionnel de la victime, à la fois individu privé et représentant de l'humanité, qui autorise certains Etats à enfreindre aujourd'hui les cadres traditionnels du droit pénal étatique ?¹¹²

Comme le souligne P. Martens, ce processus a des effets qui sont loin d'être anodins :

1°) centré sur la victime et sa double qualité, il explique d'abord une baisse d'intérêt pour l'auteur et produit *un autre équilibre entre les parties au procès* : "La notion d'humanité conquiert une force juridique qui modifie l'équilibre entre les protagonistes du crime"¹¹³;

2°) il produit ensuite, et plus fondamentalement, "un véritable *déplacement de la notion des droits de l'homme* : celui-ci devient second au regard de l'humanité". Autrement dit, l'humanité devient une "victime absolument unique, qui échappe au droit commun, devant laquelle doivent s'effacer les droits de l'homme incapables de l'appréhender"¹¹⁴. Et de fait, l'émergence de cette "victime incomparable" qu'est l'humanité aboutit à bousculer singulièrement divers principes fondamentaux du procès pénal protecteurs de l'auteur, principes que l'on pensait définitivement acquis : que vaut le droit à l'immunité face à un "crime inhumain" ? Que devient le droit à l'oubli que consacre la prescription face au "scandale de l'impunité" devant de tels crimes ? Dès lors

¹⁰⁹ Y. CARTUYVELS, Regard sur le réquisitoire de l'avocat général, Bulletin d'Avocats sans Frontières, ASF, 20 juillet 2001, p. 6.

¹¹⁰ P. TRUCHE, La notion de crime contre l'humanité, Esprit, mai 1992, p. 67.

¹¹¹ P. MARTENS, L'humanité comme sujet de droit, in Th. BERNIS (dir.), Le droit saisi par le collectif, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 223.

¹¹² Sur ce point, je me permets de renvoyer à Y. CARTUYVELS, La justice pénale et l'Etat, des frontières "naturelles" en question, in M. HENZELIN, R. ROTH, op. cit., p. 3-28.

¹¹³ P. MARTENS, op. cit., p. 224.

¹¹⁴ IDEM, p. 226.

qu'il y a procès, la "présomption d'innocence" ne se renverse-t-elle pas en "présomption de culpabilité"¹¹⁵? On le sait, ces principes fondamentaux du droit pénal sont aujourd'hui sérieusement questionnés. Le risque est ici, bien sûr, celui d'un enchaînement aboutissant à déroger de plus en plus aux principes fondamentaux du droit pénal et aux garanties de la procédure...

3°) enfin, la logique victimaire pousse incontestablement à une "*criminalisation du monde*"¹¹⁶, soit au recours à la justice pénale et à sa logique binaire, à ses principes de responsabilité individuelle et d'imputabilité personnelle comme unique lecture des événements. Ici, le droit pénal devient la seule réponse pertinente pour faire "œuvre de mémoire" et initier un travail pédagogique de rappel des "valeurs fondamentales de la société humaine", pour lutter contre "l'impunité" des coupables et reconnaître les victimes, permettre le repentir et le pardon, assurer la pacification et la réconciliation future¹¹⁷. Au risque, d'une part, de méconnaître les impasses pourtant bien connues du droit pénal et de ses instruments traditionnels tant sur le plan correctif que dissuasif, pacificateur que réconciliateur¹¹⁸; d'autre part, de refouler la question des responsabilités économiques, sociales et politiques qui sont bien souvent aux sources des drames dont le pénal est appelé à trancher les conséquences. Comme le souligne P. Martens, "l'humanité doit devenir un sujet de droit ailleurs que dans le droit pénal"¹¹⁹ et le tout au pénal, outre qu'il porte atteinte à sa propre effectivité, contient en germes la dérive d'une oblitération des autres scènes où doit se jouer la prévention, la reconnaissance et la réparation des drames qui touchent l'humanité.

L'évolution est-elle très différente sur *le plan interne* ? On ne le pense pas. Dans des contentieux plus modestes, la place accordée à la victime modifie également *l'équilibre des rapports entre l'auteur et la victime au procès*. Plus de droits pour les victimes, ce dont on aurait formellement mauvaise grâce à se plaindre, mais aussi moins de droits, de libertés et de garanties pour les auteurs et, dans plusieurs cas, une répression accrue. Les temps de détention s'allongent, la libération conditionnelle s'érode et les dispositifs de contrôle probatoire et autres s'alourdissent au point que nombre de détenus préfèrent désormais "aller à fond de peine". Par ailleurs, la logique victimaire pousse à une *pénalisation croissante de certains types de comportements* attentatoires aux intérêts de l'individu, au recours à la lunette pénale pour marquer l'interdit et gérer la question sociale. On ne reprendra pas ici l'état d'une littérature abondante sur l'irruption de la question de l'insécurité et de ses avatars en matière de politique criminelle dans le débat

¹¹⁵ La question est tout à fait pertinente, lorsqu'il s'agit, comme ce fût le cas lors du procès des quatre Rwandais à Bruxelles, d'un procès d'Assises très fortement médiatisé, où d'emblée les jurés furent placés face à une "mission historique" et aux effets politiquement néfastes qu'aurait pu avoir un verdict de non culpabilité.

¹¹⁶ Ch. N. ROBERT, *La criminalisation du monde*, in M. HENZELIN, R. ROTH, *op. cit.*, pp. 337-345.

¹¹⁷ Toutes ces fonctions furent explicitement attribuées au procès d'Assises de Bruxelles en mai-juin 2001 (voyez Y. CARTUYVELS, *Justice en genocide : bedenkingen voor een discussie*, *Orde van de dag. Rwandaproces. Naar een mondialisering van justitie ?*, mars 2002, n°17, pp. 7-21.

¹¹⁸ M. TROUSSE, *L'usage excessif de la répression risque de faire imploser notre système de démocratie*, *Journal des Procès*, 5 avril 2002, n°434, pp. 10-14.

¹¹⁹ P. MARTENS, *op. cit.*, p. 237.

public depuis 20 ans. Les répercussions de cette question, souvent associée à l'accroissement d'une délinquance d'acquisition dans des sociétés de consommation, sur la montée d'un "Etat de prévention", d'un "Etat social-sécuritaire" ou d'une "pénalisation du social" sont largement mises en lumière par de nombreux chercheurs. On s'en tiendra ici à un exemple significatif d'une évolution sécuritaire au nom de la protection des droits de l'homme-victime qui semble s'ancrer de manière durable.

En Belgique, une proposition de loi récente envisage l'introduction dans la constitution d'un "*droit à la sécurité*", au motif qu'il s'agit d'un droit de l'homme fondamental curieusement oublié par le Constituant de 1831. Rappelant que "dans les grandes déclarations des droits de l'homme, le droit à la sûreté figure à côté des libertés classiques", l'auteur de la proposition estime que l'oubli du Constituant belge s'explique par l'évidence de la protection de ce droit par les pouvoirs publics. Néanmoins, la préoccupation sociale contemporaine autour de l'insécurité rend nécessaire de dire l'évidence et d'ériger le droit à la sécurité en droit fondamental. Pour l'auteur de la proposition, l'inscription de ce droit à la sécurité dans la Constitution devrait constituer un moteur qui "incitera les législateurs fédéral, décréto et ordonnantiel à prendre des initiatives pour concrétiser ce droit". Quels types d'initiatives ? Faisant référence au "Plan fédéral de sécurité et de politique pénitentiaire" de 2001 qui "entend par sécurité un droit de l'homme et une condition nécessaire au maintien de l'Etat de droit", l'auteur vise des initiatives qui s'inscrivent "dans les trois branches de la chaîne de sécurité, composée d'un maillon préventif, d'un maillon répressif, et d'un maillon réservé au suivi des victimes et des auteurs"¹²⁰. Pour assurer ce droit à la sécurité, le cadre de la chaîne pénale est donc clairement privilégié. Mais c'est un cadre souple et flexible, destiné à s'élargir, qui émerge lorsque l'on examine le contenu de ce droit associé à différentes formes extensibles de victimisation possible : "Ce droit doit, par conséquent, préserver non seulement de l'insécurité objective, à savoir du risque effectif d'être victime d'une agression criminelle et ou sociale, et de l'insécurité subjective, à savoir la crainte d'être victime d'une telle agression et des sentiments d'insécurité, mais également de l'incivisme ordinaire, c'est-à-dire des atteintes portées à la qualité de la vie et au sentiment d'évoluer dans un environnement vivable, par des facteurs matériels inhérents au cadre de vie, qui contribuent à susciter le sentiment d'insécurité"¹²¹. Dès lors que le droit à la sécurité comme droit de l'homme englobe le droit d'être protégé contre le risque de victimisation criminelle ou sociale, la crainte d'être victime, l'incivisme ordinaire et d'autres éléments inhérents au cadre de vie susceptible de générer un sentiment d'insécurité, on conçoit l'extension pratiquement illimitée proposée au pénal en tant qu'instrument privilégié de protection de l'individu et de prévention de ses peurs multiples.

3°) *Un changement de cap de l'épée pénale ?*

¹²⁰ Proposition de révision de l'article 23 de la Constitution de G. Bourgeois, Chambre des représentants, Doc. parl. Ch., 2 juillet 2003, Doc. 51 0039/001, pp. 3-8.

¹²¹ ibidem.

Le jeu des incriminations est sans doute un autre indicateur de la montée en force de la victime, en tant qu'il traduit le souci de *protéger les intérêts de la personne privée*. Le Code pénal français de 1994 en donne un exemple éclairant. Selon P. Lascoumes et P. Poncela ce code qui défend une certaine philosophie des droits de l'homme traduit une certaine dépolitisation de la vie sociale, le déclin des valeurs collectives et la disgrâce de l'individu citoyen au profit du triomphe du sujet privé. La protection pénale de l'homme vise d'abord sa sûreté personnelle et son intégrité physique, sa liberté individuelle et sa dignité, la qualité de sa vie et la sécurité de ses biens. *A contrario*, la référence à la protection pénale des droits économiques et sociaux est restée une *cas vide*¹²².

Si la référence aux droits de l'homme, déjà présente dans le Code pénal révolutionnaire de 1791, subsiste, elle change radicalement de contenu et oriente l'épée du pénal vers de nouvelles directions : fondée sur une vision de l'homme comme personne civile plutôt qu'être social ou acteur politique, elle traduit bien, au cœur du pénal, la domination d'une rationalité privée. En Belgique, le Plan fédéral de Sécurité de 2001, largement inspiré par le parti libéral (flamand) du ministre de la Justice de l'époque, M. Verwilghen, soulignait, de manière presque caricaturale, une orientation similaire : fondé sur le principe d'une protection de la sécurité intérieure, le plan axait l'essentiel de l'intervention pénale sur la (petite) délinquance portant atteinte à la sécurité des personnes et des biens. En contrepoint, le plan proposait, dans sa première version, de décriminaliser la criminalité en col blanc, contentieux auquel le programme politique du Parti libéral flamand (VLD) ajoutait la délinquance de l'environnement, le trafic d'hormones et la fraude. La bifurcation, justifiée cyniquement par le souci de lutter contre la surpénalisation, est assez explicite : d'un côté, l'incrimination d'atteintes clairement identifiables aux intérêts et aux biens des personnes, de l'autre la décriminalisation d'atteintes plus floues ou plus indirectes à la collectivité, mais sans préjudice direct pour les biens ou la personne d'une victime déterminée. Qui a dit que le pénal n'était pas une politique ?

4. Obliger le recours au pénal pour protéger certaines valeurs fondamentales ?

On se situe un cran plus loin dans la pénalisation quand se profile à l'horizon *l'obligation pour les Etats de recourir à la répression pénale* pour protéger certains intérêts ou certaines valeurs sociales. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme ouvre le chemin depuis quelques années, en considérant que la protection des droits et libertés fondamentales garanties par la Convention peut requérir l'adoption obligatoire par les Etats signataires d'un texte répressif. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée en ce sens en matière d'abus sexuel, considérant que seule une législation criminelle pouvait assurer la prévention

¹²² P. PONCELA, P. LASCOUMES, Réformer le Code pénal . Où est passé l'architecte ?, Paris, PUF, 1998.

nécessaire des abus sexuels en cause¹²³. Elle poursuivra le même raisonnement en matière de protection d'un enfant contre la maltraitance, soulignant l'insuffisance de la responsabilité extra contractuelle de l'auteur et la nécessité d'une sanction pénale¹²⁴ ou encore concernant le droit indérogeable à la vie garanti par l'article 2 de la Convention¹²⁵.

Cependant, comme le souligne D. Spielmann, le privilège nécessaire accordé à la voie pénale en raison de son efficacité dissuasive supposée serait, au vu de la jurisprudence européenne, limité "à des cas exceptionnels, et concernant des atteintes graves à des droits fondamentaux"¹²⁶. Dans ces cas exceptionnels, la portée du changement est considérable puisque, notent M. Van de Kerchove et S. Van Drooghenbroeck, c'est le principe même de subsidiarité du droit pénal qui s'inverse : "il ne s'agit plus, en effet, de justifier le recours à la voie pénale au détriment d'autres mesures alternatives; c'est tout au contraire l'absence de recours à la voie pénale qui devient objet de justification"¹²⁷. Outre la question de principe, le problème est, on le sait, qu'en matière pénale, une exception le reste rarement. D'une part, il apparaît que la Cour de Justice des communautés européennes a décidé, à son tour, que la protection "effective, proportionnée et dissuasive" du droit communautaire pouvait requérir dans le chef des Etats-membres le recours à des dispositions à caractère pénal, même si "la voie répressive semble n'être obligatoire que pour sanctionner des atteintes graves aux droits protégés par le droit communautaire"¹²⁸. D'autre part, certains Etats pourraient se sentir encouragés à protéger systématiquement par la voie pénale divers droits jugés fondamentaux, tels que le droit de propriété ou la liberté de mouvement, privilégiant "une menace pénale inadéquate et exagérée"¹²⁹ et négligeant les autres voies disponibles. Le constat est d'autant plus inquiétant lorsque la protection pénale de ces droits fondamentaux est invoquée pour criminaliser l'exercice d'autres droits fondamentaux (droit de grève) ou des libertés publiques (liberté de manifestation)¹³⁰. Le droit pénal reste politique...

Conclusion

A la fin du XVIIIe siècle, la philosophie des Lumières et la pensée pénale classique nous ont légué un héritage associant de manière prédominante les droits de l'homme à la dimension garantiste du droit pénal et à sa fonction "bouclier". Deux siècles plus tard, ce projet vacille sur

¹²³ Cour eur. D.H., arrêt X et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, série A 91.

¹²⁴ Cour eur. D.H., arrêt A. c. Le Royaume-Uni du 28 octobre 1988, Rec., 1998-VI, pp. 2692 et sv., cité par M. van de KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne, in F. DELPEREE (dir.), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.D.G.D., 2002, p. 159.

¹²⁵ Voyez D. SPIELMANN, Du délicat exercice de mettre en balance certains droits fondamentaux. A propos du projet de loi n° 5076 "garantissant l'usage paisible du droit de propriété et la liberté de mouvement et portant introduction d'un nouvel article 442-1 au code pénal, Annales du droit luxembourgeois, 2002, vol.12, p. 34.

¹²⁶ IDEM, p. 33.

¹²⁷ M. van de KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, op.cit., p. 159.

¹²⁸ D. SPIELMANN, op.cit., p. 36.

¹²⁹ IDEM, p. 51.

¹³⁰ Ibidem

ses bases. Tant les principales articulations du garantisme pénal que son caractère de droit restreint semblent aujourd'hui renversées dans un contexte social dominé par la thématique du risque et de la *victime*. Celle-ci a été longtemps la grande oubliée d'un procès pénal à caractère essentiellement public. Son retour, loin de se limiter à nourrir les espoirs d'une nouvelle pénologie à vocation réparatrice ou restauratrice, boucule singulièrement l'ensemble de l'édifice pénal construit autour des droits de l'homme. Il ne faudrait pas que la légitime prise en considération de ses droits ne débouche sur un projet pénal maximaliste, peu respectueux des libertés publiques, amnésique face aux échecs répétés de ses finalités dans la lutte contre le crime, oublieux de ses effets sur les individus et les relations sociales.

Il y a quelques années, A.P. Pires publiait un article intitulé : "*Les droits de l'homme : obstacle à une mutation du pénal ?*"¹³¹ Au vu des évolutions contemporaines, on peut sans doute répondre par la négative, même si le changement ne va vraisemblablement pas dans le sens qu'imaginait l'auteur. Peut-être, après tout, la question peut-elle se formuler autrement : "*Les droits de l'homme : encouragement au développement du pénal ?*" ne serait-il pas un titre plus adéquat pour décrire l'évolution contemporaine des relations troubles entre droits de l'homme et pénalité ?

¹³¹ A.P. Pires, *op. cit.*;