

Les paradigmes du droit pénal moderne en période "post-moderne" : évolutions et transformations

par
Yves CARTUYVELS
professeur
Facultés universitaires Saint-Louis
Bruxelles

Introduction¹

Le projet de recherche de l'Equipe de Recherche et d'Encadrement Doctoral en sciences criminelles s'intitule "*Vers un droit pénal post moderne ? Essai de prospective pénale*". Au départ du projet, une intuition, étayée par un certain nombre de références bibliographiques et relayée par un nombre important d'auteurs issus de disciplines différentes : nos sociétés contemporaines affronteraient un "saut qualitatif important" dans la manière de concevoir le monde et de réguler le jeu des relations sociales. La modernité, projet historique que d'aucuns font remonter à la découverte de l'Amérique (1492) où à la naissance du rationalisme cartésien, constituerait un mode de construction sociale de la réalité, sur le plan des faits comme dans le monde des idées, aujourd'hui dépassé dans un contexte qui a radicalement changé.

Pour nombre d'analystes contemporains, sociologues, philosophes, essayistes, la rupture avec le projet moderne, son imaginaire structurant et ses cadres spatiaux-temporels serait nette : crise de l'Etat comme lieu d'identification collective dans un monde marqué à la fois par la globalisation mais aussi par une repli sur le local; fin d'une temporalité futuriste et linéaire, associant l'avenir au progrès par l'histoire, et repli sur une temporalité privilégiant le présent et l'immédiateté dans un monde où l'avenir est désormais perçu sous les signe du risque et de la menace ; perte de confiance dans les méta-récits qui structuraient encore notre imaginaire dans les sociétés de la première modernité et montée en force d'un régime de « self-service normatif » (P. Legendre) dans des démocraties de l'individu, plurielles et diffractées ; fin du mythe d'une Raison universelle abstraite remplacée par une « raison pratique », plus en phase avec des réalités situées et remise en question de l'autorité du savoir scientifique par des « sujets réflexifs », plus assertifs et revendicatifs, qui, opposent au savoir de la science leur savoir propre et leur expérience personnelle... Quels que soient les angles

¹ Je remercie mes collègues de l'équipe de Recherche et d'Encadrement Doctoral en Sciences criminelles de l'université de Poitiers qui m'ont donné l'occasion, en tant que professeur invité, de travailler les questions évoquées dans ce texte. La réflexion entamée à Poitiers en 2005 a également servi à alimenter deux autres contributions, dont le contenu croise celui du présent article. Il s'agit de Y. CARTUYVELS, *Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ?* in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, pp. 391-439 et de Y. CARTUYVELS, *Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ?*, in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* Bruxelles, FUSL, 2007, pp. 23-44.

d'approche, le sentiment existe que quelque chose a bougé, dans des sociétés « liquides » (Z. Baumann) même s'il est encore difficile de déterminer exactement quoi. A cet égard, si certains évoquent une « deuxième modernité » ou une « modernité tardive », d'autres parlent de « post-modernité », ce qui est sans doute assez significatif de la difficulté à cerner le sens et la portée du changement en cours.

Comme le souligne le document prospectif de l'équipe de Poitiers, tant la sociologie du droit que la philosophie du droit se sont fait l'écho de cette transformation qui affecte également le droit. Rien d'étonnant à cela, si l'on s'accorde à penser que le droit est une construction sociale qui reflète les changements de rationalité et de normativité à l'œuvre dans une société donnée. Ainsi dans le monde francophone, les travaux de A. J. Arnaud, J. Chevallier, M. Delmas-Marty, Ch. A Morand, Fr. Ost et M. van de Kerchove, A. Supiot et d'autres soulignent-ils les mutations d'un droit contemporain, marqué aujourd'hui par le pluralisme et la complexité, l'ordre et le désordre, l'accélération du temps juridique ou encore l'avènement d'une culture de la négociation ou d'un renouveau consensualiste en droit. Aux figures classiques du droit de la modernité, succéderaient les images d'un droit devenu « doux » (*soft Law*), « liquide », voire « gazeux »... Pour reprendre l'imagerie devenue classique de Fr. Ost et M. van de Kerchove, le droit naviguerait aujourd'hui entre "pyramide" et « réseau », la justice entre l'autoritarisme de *Jupiter*, la logique entrepreneuriale d'*Hercule* et le souci communicationnel qu'incarne la figure d'*Hermès*²

Dans le domaine du droit pénal, ces analyses connaissent moins de succès. A cela sans doute une raison : incarnation du pouvoir de punir de l'Etat, le droit pénal reste sans doute un des bastions de résistance le plus solide du modèle de droit moderne. Porté par une logique du jugement dernier, le droit pénal n'apparaît pas à première vue soluble dans les oripeaux d'un droit gazeux ou d'un droit liquide. L'imaginaire de la culpabilité et la mission de punir s'accommodent *a priori* plutôt mal de ces nouveaux impératifs d'horizontalisation et de négociation, d'enchevêtrement et de récursivité, de discussion et de pluralisme plus ou moins ordonné qui semblent caractériser le droit « post-moderne ». Pétri de conservatisme, le droit pénal serait-il alors en décalage avec l'histoire ? Ce n'est pas l'avis de tous. Ainsi, Fr. Tulkens, juge à la Cour Européenne des droits de l'Homme, évoquant le développement du droit pénal européen et l'internationalisation de la réaction sociale à la déviance, fait l'hypothèse pour le champ pénal "d'une *rupture épistémologique* qui est peut-être aussi importante que celle qui est intervenue à la fin du XVIIIe siècle et qui a donné naissance à ce que l'on a appelé l'avènement du droit pénal moderne"³. Pour l'auteure, ce ne sont rien moins que les postulats fondamentaux du système « légal-rationnel » (M. Weber) qui vacillent aujourd'hui dans le champ pénal, domaine par lequel ils se sont d'ailleurs concrétisés à la fin

² F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

³ Voyez le document préparatoire de l'équipe de Poitiers, *Vers un droit pénal post moderne ? Essai de prospective pénale ?*

du XVIII^e siècle, *via* le mouvement de codification pénale dans l'Europe des despotes éclairés⁴.

Je voudrais revenir sur ce propos, en proposant d'éclairer les mutations, qui me semblent incontestables, de quelques-uns des paradigmes fondateurs du droit pénal moderne. Après avoir abordé de manière synthétique les grandes balises de l'architecture de ce droit que nous a légué la pensée classique (I), je m'attarderai plus longtemps sur les « bougés » qui, me semblent de nature à corroborer le constat d'un changement épistémologique consistant (II). Avant d'entamer ce parcours, je voudrais néanmoins faire une remarque préliminaire : je fais le choix de m'attacher ici aux formes de l'écriture pénale et à ses fondements, plus qu'aux dimensions substantielles ou aux finalités du projet pénal et à ses mutations entre modernité et post-modernité. Non pas qu'il n'y aurait rien à dire sur ce plan. Bien au contraire, à l'heure de la « société du risque », de l'émergence d'une « culture du contrôle » ou de nouveaux dispositifs de « bio-pouvoir » (Foucault), il y aurait bien des questions à poser sur les orientations substantielles d'un projet pénal qui n'a plus que de très lointains rapports avec, par exemple, les orientations discutées dans les années 1970... Mais c'est là un autre débat que je choisis de ne pas aborder de front ici, même si, le lecteur s'en rendra compte, chassés par la porte, certains aspects substantiels reviennent par la fenêtre tant la forme et le fond sont souvent inextricablement liés...

I. LES PARADIGMES DU DROIT PÉNAL MODERNE A TRAVERS LES CONTOURS DE L'IDÉAL DU CODE PÉNAL MODERNE

Le projet pénal cher aux penseurs classiques et au projet des Lumières poursuivait 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 de cohérence ordonnée 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, jugé à l'époque disparate et éclaté, pour le recentrer sur un ensemble de lois bref et cohérent ramené au seul code pénal⁵, érigé en source suprême et complète du droit pénal. `

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

⁴ Y. CARTUYVELS Y., *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, Montréal, Ottawa, De Boeck Université, Les presses de l'Université de Montréal, les Presses de l'Université d'Ottawa, 1996.

⁵ Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes absolutistes au XVIII^e siècle*, op. cit.,

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, un certain nombre de principes, de fond comme de forme, caractérisent ce projet associé à la protection des libertés et de la sûreté des citoyens. Ces principes traduisent un idéal de rationalisation pénale, gage de sécurité et prévisibilité, de modération et d’efficacité qui se mettent aussi au service des droits de l’homme et du citoyen. Ils ont pour emblème le *légalisme pénal* au cœur d’un projet pénal étatique ; un *droit d’Auteur*, dans lequel les moments d’édiction et d’application de la loi sont clairement dissociés et hiérarchisés ; une *temporalité prométhéenne* qui est l’apanage de la loi pénale, orientée vers un futur qu’il s’agit de maîtriser ; une *pénalité modérée*, que symbolise la *proportionnalité des peines* aux infractions commises ; un *garantisme pénal* protecteur du justiciable, via l’adoption de divers principes de procédure ; la *subsidiarité* du droit pénal qui se donne à voir comme *droit imposé* et *droit public*, dont l’autorité indiscutable est mise tout entière et sans partage au service prioritaire de l’Etat et de l’intérêt public.

1. Le principe de légalité des incriminations et ses corollaires : interprétation stricte, non rétroactivité de la loi pénale

Dans un contexte moderne gouverné par le culte de l’Etat et de la loi, le monisme juridico-politique s’impose comme une évidence à travers le prisme de la codification pénale : un Etat, une loi, un sujet de droit. Dans ce schéma, dominé par l’esprit de système ou le rêve moderne d’une rationalité « more-geometrico », le principe de légalité devient incontournable. Sur le plan des incriminations, il postule d’entrée de jeu la rédaction d’un code de droit pénal cohérent et complet, porteur d’*incriminations brèves, claires et précises*. Un triple objectif se dessine derrière le principe de légalité des incriminations : assurer la meilleure connaissance possible de la loi pénale ; favoriser prévisibilité et sécurité dans les échanges sociaux ; éviter que l’incrimination judiciaire ne se substitue à l’incrimination législative et, par là, garantir le principe de la séparation et de la hiérarchie des pouvoirs, mais aussi assurer l’ordre, la sécurité et la prévisibilité dans les affaires pénales. La question est ici juridique mais aussi clairement politique, un enjeu qui ira croissant avec l’émergence des démocraties représentatives : en démocratie, la légitimité de la justice pénale suppose le respect de la souveraineté populaire qu’incarne le corps législatif, seul acteur habilité à édicter des lois. Les juges n’ont pas à se substituer au législateur pour dicter leur conduite aux citoyens. Comme le souligne J. Chevallier, le *légalisme* est ici le “garant d’un ordre institutionnel libéral et démocratique”⁶.

Le principe de légalité des incriminations a deux corollaires classiques qui découlent « naturellement » du *légalisme*. Le premier est le principe de *l’interprétation stricte de la loi pénale*.

⁶ J. CHEVALLIER La dimension symbolique du principe de légalité, in Ch.A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 55.

En matière pénale, le jeu de l'interprétation est perçu comme source d'arbitraire et d'inégalité, d'atteinte à la séparation des pouvoirs, mais aussi d'extension induite d'un droit odieux qu'il faut maintenir dans des limites rigides, balisées par la loi. Ce principe, même s'il n'a jamais été absolu vu l'inévitable « texture ouverte » des normes juridiques⁷, a longtemps constitué une directive d'interprétation dominante, régulièrement rappelée tant par la doctrine que par la jurisprudence belge ou européenne⁸. Le second corollaire est le principe de la *non-rétroactivité de la loi pénale* qui veut, qu'à l'exception de dispositions nouvelles favorables au prévenu, une loi pénale ne puisse jamais rétroagir à des situations antérieures à son édicition. Ici encore, ce principe est sans doute inapplicable depuis le début dans toute sa pureté : on peut penser au revirement de jurisprudence (qui s'apparente à une forme de rétro-activité dès lors que le sens nouveau attribué à la loi aboutit à des solutions substantiellement différentes de celles qu'autorisaient le sens ancien) ou aux nombreuses exceptions qui seront rapidement prévues par diverses législations à ce principe (lois de compétence ou de procédure, etc.)⁹.

2. Un droit d'Auteur, à la temporalité prométhéenne

Le projet légal-rationnel est aussi un droit d'Auteur qui traduit une nette préférence pour l'écrit comme vecteur du message juridique et de son application. Comme le fait remarquer M. Vogliotti, ce qui fait la force du droit, c'est qu'il repose sur un corps structuré de règles coulées dans le bronze d'un Texte qui fait l'objet de tous les cultes¹⁰ : écrit par un législateur qui prend les traits mythologiques du Pontife (P. Legendre), Auteur absent et anhistorique, le texte fonctionne comme point de référence incontournable pour les juges qui s'érigent en gardien du sens de la loi, pour la doctrine qui en fait l'exégèse et le commentaire. La force du texte est d'autant plus grande que l'écrit favorise une raison démonstrative, la recherche d'une cohérence globale qui cadre bien avec l'idéal d'un droit rationnel et systématique, chaîne logico-déductive de propositions articulées entre elles. Le droit pénal moderne s'assimile à une narration unique, récit impersonnel et linéaire, dont le déroulement et le sens trouvent leur point d'ancrage en un point d'énonciation originaire. Dans ce modèle, édicition et application de la loi pénale constituent deux moments radicalement distincts, la légitimité de la règle pénale se jouant en amont, la légitimité de la décision judiciaire en aval, fonction de sa conformité à la règle originaire.

⁷ Voyez E. CLAES, La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine, in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit., pp. 211-234.

⁸ 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, p. 314.

⁹ Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, (2007), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, F.U.S.L., pp. 231-236.

¹⁰ M. VOGLIOTTI, La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2001, pp. 141-164.

S'il tire sa légitimité du passé, le droit pénal moderne est cependant résolument tourné vers l'avenir. Marquée par une temporalité "prométhéenne"¹¹, la règle pénale a vocation à maîtriser l'avenir de manière durable. Cette dimension futuriste de la loi pénale débouchera parfois sur les utopies d'une législation complètement neuve, sorte de "novlangue" à vocation "éternelle" et "immuable" que permet de nourrir l'idéal de "perfection" rationnelle de la loi. Mais dans la plupart des cas, la temporalité futuriste de la loi pénale codifiée se fera plus gradualiste, associant le code à la réforme, soit à la prise en compte d'un droit existant à dépasser, et envisageant l'adaptation future des règles codifiées. C'est sans doute J. Bentham qui exprimera au mieux cette dimension futuriste et gradualiste qui éloigne la loi codifiée tant du temps mythique des fondations que du "despotisme d'une loi irrévocable" ou du "sophisme de ceux qui enchaînent la postérité"¹². Comme le souligne F. Ost, la loi est pensée dans ce projet politico-juridique comme production d'une temporalité maîtrisée et signifiante qui suppose l'articulation de quatre temps : "le temps de la mémoire qui lie le passé (et, ce faisant, donne des fondements à la société et des racines à l'individu), le temps du pardon qui délie le passé (et, ce faisant, lui ouvre un autre avenir), le temps de la promesse qui lie le futur (et, ce faisant, permet à la société de s'y projeter par des lois et des contrats), enfin le temps de la remise en question, qui délie le futur (en lui permettant ainsi de s'adapter aux inévitables évolutions)"¹³.

Par ailleurs, l'orientation futuriste de la loi pénale se marque aussi sur le plan de la peine. Dans la foulée des écrits de Beccaria et de Bentham, la pensée classique opère une rupture avec une logique purement rétributive ou réparatrice - et donc rétrospective - de la peine, en mettant l'accent sur les priorités "préventives" et dissuasives de la peine pour l'avenir. Écoutons ici Bentham : "le but principal des peines, c'est de prévenir des délits semblables... il est impossible de remédier au mal commis, mais on peut toujours ôter la volonté de mal faire"¹⁴. Bien sûr, des finalités diverses de la peine, postulant des rapports différents au temps, coexistent et continueront à se croiser. Mais dans des sociétés qui commencent à croire au progrès par l'histoire et à penser la construction d'un avenir "utile au plus grand nombre", la hiérarchie des priorités s'inverse. Que l'on se penche sur les discours des philosophes réformateurs du XVIIIe siècle, de Montesquieu à Beccaria, de Voltaire à Bentham, que l'on examine les codes pénaux classiques de l'époque, le fil est bien toujours le même : la peine, même proportionnée au mal commis, regarde désormais prioritairement vers l'avenir, soucieuse de transformer un mal en bien et de contribuer à une "guerre" contre la criminalité qu'il s'agit d'éradiquer pour demain. L'émergence et le succès foudroyant de l'emprisonnement comme peine n'est sans doute pas étranger à cette nouvelle temporalité futuriste de la peine : l'emprisonnement-travail est en effet une sanction pénale

¹¹ F. OST, Les multiples temps du droit, in *Le droit et le futur*, Paris, P. U. F., 1985, pp. 115-153.

¹² J. BENTHAM, Traité des sophismes politiques in E. DUMONT (Ed.), *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I., Bruxelles.1829a, p. 490.

¹³ Y. CARTUYVELS, F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin. 1998, p. 8.

¹⁴ J. BENTHAM, Principes du Code pénal, in E. DUMONT (Ed.), *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I., Bruxelles.1829, p. 143.

particulièrement adéquate, puisqu'elle permet de croiser les unités de temps et de travail, la "durée" et "l'intensité" de la peine pour atteindre la "juste proportion" que requiert l'efficacité de la prévention.

3. La proportionnalité des peines, au service d'une justice "retenue"

Au légalisme des incriminations répond le *légalisme des peines*, lui aussi perçu comme porteur d'un idéal de prévisibilité et de sécurité juridiques, autant que d'égalité entre les citoyens face à la peine. 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. Avec l'introduction de peines flexibles (1810), le jeu des circonstances atténuantes (1832), ce principe d'égalité s'infléchira pour déboucher rapidement sur un principe d'égalité relative, défendu notamment par Bentham, au nom du respect des personnes concrètes ou d'un idéal de justice distributive.

Par ailleurs, le principe de légalité des peines est porteur d'un idéal de "justice retenue" destiné à protéger le citoyen et ses libertés contre le pouvoir de punir du Souverain. Pas d'autre peine que celle prévue par la loi, mais aussi une peine *proportionnée* à la gravité de l'infraction et une peine *modérée* : en réaction aux excès de la pénalité de l'Ancien Régime, le droit pénal moderne s'impose un principe d'économie punitive qui, pour des motifs tant utilitaristes qu'humanistes, se veut barrage à l'escalade répressive. Comme le rappelle M. van de Kerchove, les caractères afflictif et infamant sont inhérents à la peine, quelles que soient les perspectives dans lesquelles celle-ci s'inscrit, « rétributiviste » ou « instrumentaliste »¹⁵, voir même réparatrice et il importe donc d'en encadrer l'économie. Que la pratique ait répondu à cet idéal de modération au cours des deux derniers siècles est loin d'être sûr : il n'empêche, le souci de modération est bien présent, corollaire 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 garantisme procédural ou la protection des droits de l'homme-justiciable face au souverain

C'est sans doute sur le plan procédural que la dimension « droits de l'homme » du projet pénal moderne est la plus manifeste. Souvenons-nous de Montesquieu qui déclarait que « les formalités de la justice... sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté »¹⁶. Ici encore, un idéal de légalité procédurale débouche sur la mise en place d'un système de justice formelle, marqué par un rituel judiciaires qui doit enserrer l'action répressive de la justice et arbitrer le duel entre l'infacteur et le souverain. 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

¹⁵ Voyez M. van de KERCHOVE, pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme, in *Variations sur l'éthique. Hommage à J. Dabin*, Bruxelles, F.U.S.L., 1994, pp. 449 et sv.

¹⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Garnier, 1871, p. 72.

présomption d'innocence, la publicité de la procédure, la limitation de la détention avant jugement, la césure du procès pénal, la séparation des fonctions judiciaires ou encore l'interdiction de la torture inquisitoriale.

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*. A l'époque classique, la "sûreté du justiciable" désigne la sûreté du criminel dans sa confrontation à la justice. Pas un mot, sauf erreur, dans le préambule des grands codes pénaux de l'époque classique, de la protection des droits et des libertés de la victime en justice. De même, on ne trouve guère de dispositions octroyant des droits à la victime dans le cours du procès pénal qui reste construit, dans sa phase préliminaire, sur un mode essentiellement inquisitoire.

5. Le droit pénal, un droit public imposé et subsidiaire au service de l'Etat

Dans sa conception moderne, le droit pénal est construit pour l'essentiel comme un *droit public*. On l'a souligné ci-dessus, la victime et ses droits sont peu présentes, c'est un euphémisme, dans un procès conçu comme affrontement entre la loi étatique bafouée et l'infracteur, un combat entre le souverain outragé et un délinquant que son acte transforme en ennemi du corps social (Beccaria). Peu d'intérêt dès lors en justice pénale pour l'intérêt à la réparation de la victime, peu de place pour des dispositifs éventuels de discussion ou de négociation sur l'infraction et la peine. Dans ce contexte où domine l'intérêt à la répression de l'Etat, le droit pénal est l'incarnation par excellence d'un droit du jugement dernier, d'une *justice imposée* dans laquelle le juge est au seul service de la loi. *Dura lex sed lex* : quelles que soient les conséquences du jugement, le glaive jupitérien se doit de trancher le conflit en désignant le coupable et en punissant l'auteur pour avoir bravé l'autorité du pouvoir.

Mais si le droit pénal est le bras armé du souverain, ce dernier doit aussi en user avec modération. Comme le souligne Foucault dans *Surveiller et punir*, punir trop violemment ou punir à tort et à travers peut se révéler contre-productif. Le droit pénal, « droit odieux » associé à l'infliction d'un mal- ou d'une souffrance, est un droit restreint qui ne doit être mobilisé qu'en dernier recours. Bentham expliquait 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"¹⁷. Et Lepeletier de Saint-Fargeau, dans son *Rapport sur le projet de code pénal* de 1791, insistait lui aussi sur la subsidiarité du pénal par rapport à d'autres modes de régulation sociale pour lutter contre les crimes et délits envers les particuliers¹⁸. Par la suite, cette incantation sur la modération dans le recours au pénal sera régulièrement répétée¹⁹. Elle trouve son expression la plus nette

¹⁷ J. BENTHAM, Traité de législation civile et pénale, in *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, éd. E. Dumont, T.I, Bruxelles, Coster et Cie, 1820, p. 69.

¹⁸ Cité dans P. LASCOUTES, P. PONCELA, P. LENOEL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, pp. 102-103.

¹⁹ L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

dans le principe de *subsidiarité du droit pénal* qu'invoque encore un rapport de la Commission de réforme du droit du Canada en 1976, soulignant que "le droit pénal est un instrument brutal qu'on ne doit utiliser qu'en dernier ressort"²⁰.

II. DU DROIT PÉNAL-MODERNE AU DROIT PÉNAL POST-MODERNE : LA REMISE EN QUESTIONS DES PARADIGMES DU DROIT PÉNAL MODERNE

La question est de savoir si cette représentation de la narrativité juridique est toujours d'actualité aujourd'hui dans le fonctionnement du droit pénal contemporain. Les principaux paradigmes ou postulats du droit pénal moderne, tels que consacrés par le projet de codification pénale absolutiste, sont-ils toujours opérants aujourd'hui ? A l'heure de la mondialisation mais aussi du repli sur le local, peut-on encore parler de monopole étatique du pouvoir de punir ? Le privilège de la loi pénale comme source du droit pénal est-il toujours d'actualité, à une époque où certains évoquent le déclin du principe de légalité, remettent en question une séparation claire entre les moments d'édiction et d'application de la loi ? Le juge, personnage subalterne, est-il toujours lié à ce rôle de "passeur de loi" ou bien voit-on émerger d'autres figures du juge pénal, ce dernier regagnant un espace d'arbitrage et de création ? Dans des sociétés marquées par le pluralisme et la fragmentation, le déclin des grands récits dispensateurs et ordonnateurs de sens, la montée de l'individu privé, peut-on encore penser le droit pénal comme la traduction d'un "ordre" ou d'un « système » fondé en Raison qui imposerait une rationalité déductive à l'ensemble de l'espace juridique pénal ? Peut-on toujours parler d'un droit d'Auteur, à l'heure où la démystification du processus de création des lois pénales fait apparaître que, derrière le dogme du législateur rationnel, se déploie une écriture à plusieurs mains dans le chef du législateur réel ? La préférence pour l'écrit n'est-elle pas partiellement remise en question par le recours croissant à des principes non-écrits qui renvoient du côté du juge la légitimité de construire la décision en situation ? De même la temporalité futuriste de la loi pénale n'est-elle pas traversée par le retour d'une temporalité rétrospective, dans un monde inquiet face à l'avenir et fasciné par présent et l'immédiateté ? Enfin, le droit pénal n'est-il pas touché dans son caractère public par l'irruption de forts indices de privatisation, dans sa dimension de droit imposé par la montée du consensualisme pénal, dans son caractère de subsidiarité par une priorité donnée au pénal comme mode de réaction sociale ?

1. Du monisme législatif à un principe de légalité élargie : l'irruption du « flou » en matière pénale

²⁰ 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.

Il y a quelques années, Fr. Tulkens écrivait : "on ne peut que constater l'antinomie partielle qui existe entre le projet de codification qui symbolise l'uniformisation des sources du droit, la primauté de la loi et le caractère central de l'État et le fait qu'au même moment s'affirme de plus en plus nettement la limitation de la souveraineté nationale notamment par les engagements internationaux, le déclin de la loi et l'hétérogénéité croissante des sources du droit"²¹. Le monisme législatif, structure qui se trouve à la base d'un strict principe de légalité en matière pénale, a vécu. Tant la multiplication des sources de pouvoir et des dispositions normatives pénales aux échelons supranational et infra-national que le déplacement massif du centre de gravité de l'acte législatif vers le pouvoir exécutif (arrêtés de gouvernement, directives ministérielles, circulaires administratives non publiées, circulaires judiciaires) contribuent à l'émergence d'une "*légalité élargie*", voire éclatée : dans ce contexte pluriel, le droit pénal prend aujourd'hui appui sur des sources multiples que l'on cherche d'ailler plus à harmoniser qu'à ordonner dans le respect d'un cadre hiérarchique. L'évolution est telle que certains considèrent que la création de la loi pénale évoque désormais plus un « patchwork » d'initiatives émanant de niveaux divers que le bel ordonnancement dont rêvaient les modernes²².

Plusieurs effets sont liés à cette évolution. Elle est d'abord contemporaine d'un phénomène d'inflation pénale qui nous conduit à une sorte de "chaos imprévisible" pour les uns²³, rend impossible une vision claire et précise du nombre exact d'incriminations pénales en vigueur pour les autres²⁴. Ensuite, cette démultiplication des sources du droit pénal débouche régulièrement sur des normes écrites « à plusieurs mains », peu soignées sur le plan légistique, peu claires, parfois contradictoires, souvent lacunaires. Elle favorise encore la prolifération d'incriminations aux contours "flous", en rupture nette avec le postulat classique d'incriminations claires, brèves et précises aux fins de connaissance, de prévisibilité et de sécurité juridique, concepts qu'il nous va sans doute falloir revisiter autrement. Elle rompt enfin avec les corollaires principaux du principe de légalité : l'interprétation stricte qui s'impose en principe au juge pénal est très régulièrement bafouée comme le souligne, en Belgique tout au moins, une jurisprudence abondante. On pense, entre autres exemples, à la loi belge du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles et à l'avis très critique du Conseil d'Etat qui soulignait, à propos du projet de loi, que le texte était à ce point incertain qu'il « ne pourrait être mis en œuvre par le juge qu'au prix d'une interprétation qui pourrait

²¹ F. TULKENS, Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français, *Archives de Politique Criminelle*, 1995, n° 17, p. 28.

²² M. DELMAS-MARTY, "Nouveau Code pénal. Avant-propos", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1993, n° 3, p. 441.

²³ J. GORLE, Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstelling nog mogelijk ? in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, I, Antwerpen, Kluwer, 457-477. s.d., p. 474.

²⁴ F. PALAZZO, L'avenir de la codification en Europe, *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 84; P. LASCOUTES, L'ordre public partiel du nouveau code pénal, *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, 1994, n° 18, pp. 101-102.

bien devoir prendre les allures d'une véritable construction complémentaire »²⁵. Mais on pense surtout à la jurisprudence florissante de la Cour Constitutionnelle belge sur le non-respect du principe de légalité en matière pénale que suscite la multiplication d'incriminations aux contours jugés trop fluides. Au temr d'une jurisprudence, il est vrai fluctuante, la Cour adopte désormais un principe de « prévisibilité raisonnable » en vertu duquel elle annule régulièrement des dispositions jugées trop floues : les dispositions annulées se voient reprocher de violer les obligations de clarté et de précision découlant du principe de légalité des incriminations et de délèguer aux acteurs judiciaires, voire aux acteurs policiers, le soin de définir les contours de l'incrimination pénale²⁶. Quant au principe de non-rétroactivité des lois pénales, deuxième corollaire du principe de légalité, il est également largement bousculé. On pense aux lois interprétatives ou aux lois de compétence et de procédure qui, en droit pénal belge, échappent de manière parfois très discutable à ce prescrit²⁷. Mais on pense aussi, de manière peut-être plus significative, à la remise en question de ce principe de non-rétroactivité, garantit par la Déclaration universelle des droits de l'homme, dès lors qu'il s'agit de poursuivre des crimes particulièrement graves comme les crimes contre l'humanité²⁸. Dans ce champ, divers principes garantistes classiques liés aux droits de l'homme sont dépassés sinon renversés au nom de la protection de l'Humanité, « victime absolument unique, qui échappe au droit commun, devant laquelle doivent s'effacer les droits de l'homme incapables de l'appréhender »²⁹. On le sait, le droit pénal est un droit « exorbitant » qui organise sa mue autour de situations extrêmes : lâcher sur ce principe dans des cas extrêmes annonce sans doute une généralisation plus grande à l'avenir de l' « exception »...

2. La mort de l'Auteur ? La raison pratique, au cœur d'un droit à temporalité accélérée

Le modèle Pontifical du droit d'Auteur a-t-il vécu ? On peut penser que la représentation pyramidale d'un "système de droit" rationnel, arborescent, vertical et linéaire, dont le droit pénal a régulièrement été l'emblème, connaît aujourd'hui une crise de légitimité, doublée d'une crise d'effectivité : tant la désacralisation des dogmes transcendants (le mythe du législateur rationnel) que les (dys)fonctionnements d'une justice "mécanique" et bureaucratique remettent aujourd'hui en question le primat de la Raison abstraite ou d'une rationalité déductive et linéaire, désormais jugée aveugle. On dénonce aujourd'hui, à propos

²⁵ Voyez C. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? , in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit., pp. 377-426.

²⁶ Cour d'Arbitrage, 20 octobre 2004, n°158/2004. Voyez C. GUILLAIN, La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines, *Journal des Tribunaux*, 22 janvier 2005, n° 6166, pp. 63-65.

²⁷ Voyez Y. CARTUYVELS, Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation, op. cit. ;

²⁸ J. ALLARD, L'Humanité, un concept juridique ? in TH. BERNIS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 190-192.

²⁹ P. MARTENS, L'humanité comme sujet de droits, in TH. BERNIS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 226.

de la codification, les "propositions abstraites, subtiles interprétations verbales, déductions fortement enchaînées, simplifications parfois excessives, conclusions toujours catégoriques"³⁰. De ce point de vue, le légalisme strict apparaît désormais réducteur, comme si la loi à elle seule était sans adéquation avec le "juste" *in concreto*. Exit le bandeau de la justice, autrefois gage suprême du juste... La texture des normes juridiques est vue comme nécessairement « ouverte », liée à l'écart indépassable qui sépare les mots et les choses, le réel et sa traduction langagière, ou encore à l'absence de congruence parfaite entre la norme abstraite et le fait concret. Cela justifie le recours à une « raison pratique » en situation, laquelle impose un travail de création ou de reconstruction au stade de l'application de la loi (pénale). La question devient alors, souligne ainsi E. Claes, de savoir quelle délégation au juge est acceptable, au nom de quels principes, et comment l'encadrer en définissant « des critères ou des directives qui puissent guider l'appréciation du juge pénal en sorte qu'elle ferait justice aux valeurs de sécurité juridique et de délibération démocratique »³¹. La revanche du « monde vécu » sur le « monde des systèmes » ? Comme l'écrivait J. Derrida, « pour qu'une décision soit juste, il faut que dans son moment propre s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque fois la réinventer, la re-justifier au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe »³².

Ce changement de référent fondateur de la rationalité juridique suppose aussi que le récit juridique se fasse sur un *autre modèle de la narration* : dans un type d'écriture à plusieurs mains, les moments d'énonciation et d'application de la règle pénale s'inscrivent désormais dans un *continuum* à flux tendu, tissé d'aller-retours, de « boucles étranges » et autres processus récursifs. Qui, par exemple, édicte la loi pénale et à quel moment en matière de terrorisme ou de lutte contre le trafic de stupéfiants aujourd'hui ? Initiative de l'exécutif au niveau européen, relais pris par le législateur national à des fins de transposition dans l'ordre interne, délégation à l'exécutif pour l'habillage normatif concret, contours d'incrimination semi-finies précisés par les juges, voire les acteurs policiers, auxquels ce soin est délégué *in concreto* : le processus d'écriture de la norme pénale se déploie en spirale, soulevant des problèmes de traduction d'un niveau à l'autre, entraînant des phases de réécriture parfois constante pour des textes au statut de « provisoire permanent ». L'écrit et sa force s'en trouvent déstabilisés, la lettre du texte ne faisant plus foi comme autrefois. Dans ce contexte où la normativité se fait incertaine et changeante, la norme évaluable et révisable, adaptable et négociable, il est également fait appel plus qu'autrefois à des principes de droit non-écrit. Plus fluides et plus souples, ces principes sont plus propices à faire place aux exigences d'une raison pratique dont l'exercice se déplace des mains du législateur à celles des acteurs

³⁰ B. OPPETIT, De la codification, *Recueil Dalloz*, 1996, chronique 33, p. 38.

³¹ E. CLAES, La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine, *op. cit.*.

³² J. DERRIDA, *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Gallilée, 1994, p. 51.

d'application de la loi pénale : coutume en matière de droit pénal international³³, équité ou proportionnalité ailleurs, divers principes entourent aujourd'hui le cadre rigide de la loi pénale, que le juge est appelé à faire respecter en situation, au point de faire craindre la substitution d'un principe de légitimité des incriminations et des peines au principe moderne de la légalité pénale³⁴. Le déplacement est plus radical encore quand l'écriture de la norme et de la décision est confiée aux parties elles-mêmes, Vecteur privilégié de la raison pratique, une "rationalité procédurale" renvoie aux acteurs eux-mêmes la construction de leur litige et la négociation de la sanction, à l'ombre du texte pénal. Plus que sur le texte, l'accent est alors mis, dans ces modes de justice « alternatives », sur l'importance d'un débat judiciaire argumenté qui doit redonner place aux parties pour faire émerger la vérité d'un conflit qui déborde les cadres du droit pénal, quitte à requalifier l'infraction, les rôles d'infracteur et de victime, la logique de la peine³⁵. Le processus, intéressant, pose évidemment question : symbole d'une justice participative plus démocratique, il peut aussi favoriser une privatisation de la justice, ramenée au rang d'un arbitrage entre intérêts purement privés. De même, s'il peut favoriser discussion et négociation, il peut aussi cacher l'imposition larvée d'une décision derrière l'apparence d'un consensus souvent forcé. Si le juge procédural peut se faire « communicateur », cherchant à se transformer en facilitateur dans la recherche d'une solution renvoyée aux parties (médiation pénale), il peut aussi se faire « marchand », cherchant surtout une solution fonctionnelle pour le système pénal, à milles lieues des idéaux d'une justice négociée (plea bargaining).

Quant à, la temporalité prométhéenne du droit pénal moderne, elle semble également devenue problématique. Comme le faisait remarquer à propos du Code pénal, Jean Gol, ancien ministre de la Justice en Belgique, une telle temporalité engage néanmoins une forte responsabilité dans le chef du législateur car elle peut consacrer des options "qui risquent longtemps d'être irréversibles même si elles sont erronées"³⁶. Facteur de stabilité, de prévisibilité et de sécurité, la loi dans son acception classique, qu'incarnait l'idéal de la codification, pouvait donc aussi être un obstacle au changement, facteur d'immobilisme et de vieillissement du droit. A une époque marquée par l'accélération du temps social et la difficulté à se projeter où à se lier pour l'avenir, le souci du présent et de l'adaptation permanente, la loi pénale peut difficilement maintenir ce rythme sénatorial. Le droit pénal s'est mis lui aussi à courir pour "coller" aux fluctuations d'une vie sociale en mouvement

³³ On pense à l'inculpation en Belgique du général Pinochet par une ordonnance du juge d'instruction du 6 novembre 1998 qui se fondait sur une incrimination du droit coutumier, la loi belge de « compétence universelle » ne permettant pas à l'époque l'inculpation, car elle exigeait l'existence d'un "conflit armé international ou non international mais montrant des similitudes avec un conflit armé international ».

³⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, "Interprétation jurisprudentielle et non rétroactivité de la loi pénale", Observations sous Cour eur.D.H., 22 novembre 1985, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, n°27, p. 475.

³⁵ Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE. La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? in Ph. GERARD, Fr. OST M. van de KERCHOVE (ed.), *droit imposé, droit négocié ?*, Bruxelles, F.U.S.L., 1996, 529-580.

³⁶ J. GOL, La réforme du Code pénal et la motivation des peines, *Annales de droit*, 1983, n°1-2, pp 151.

permanent³⁷, adoptant des modes de législation "dans l'urgence" (pour répondre à des besoins nouveaux), à court terme ou "au provisoire" (pour tester des politiques et les adapter après évaluation) qui tranchent avec les modes classiques d'élaboration de la loi. Cette accélération de la temporalité juridique explique sans doute largement le déplacement du lieu de création normative vers l'administration, dont le temps d'action et de réaction est traditionnellement plus court. Par ailleurs, l'accélération de la temporalité et le souci de l'immédiateté se repèrent aussi au stade de l'application de la loi pénale. Comme le souligne J. Danet, le mot d'ordre est devenu de « tout traiter sans retard »³⁸. L'irruption de divers dispositifs de justice accélérée ou « en temps réel », ainsi que le renvoi contractualisé du suivi judiciaire à divers acteurs de la société civile, s'inscrivent dans une logique de gestion du contentieux pénal à flux tendu, soit sur un mode managérial plus souple, plus flexible et plus rapide.

Sur le plan des finalités de la peine, le changement de référence temporelle n'est pas moins consistant : bien sûr la peine comme prévention et dissuasion, réhabilitation ou traitement, centrée sur le futur, demeure présente. Mais cette référence se fait moins dominante ou monopolistique. On pense à la remise en question assez radicale, un peu partout en Europe, de la justice protectionnelle des mineurs et de sa temporalité résolument prospective. Dans ce domaine – mais le mouvement est assez identique dans le champ de la justice pénale des adultes –, on assiste au retour des idéaux de rétribution et de réparation, deux déclinaisons très différentes de la peine ou de la sanction, portés par des courants souvent opposés, mais qui réhabilitent toutes deux le passé comme point d'ancrage d'une temporalité pénale rétrospective³⁹. Sur ce plan, l'élément le plus frappant est peut-être le pluralisme affiché et revendiqué des objectifs de la peine, l'éclectisme en vigueur soulignant le souci de concilier des intérêts multiples entre lesquels on n'ose plus trop trancher⁴⁰. Enfin, on voit émerger une temporalité de l'anticipation dans le domaine de la prévention. Version pénale du principe de précaution, l'engouement pour un idéal de détection avant l'acte des facteurs de risques de délinquance (*prevention through early detection*) refait surface dans le monde francophone, rappel de ce qu'une criminologie lombrosienne n'a jamais tout à fait disparu. Ce temps-là n'est plus le temps du sujet : réduit à un conglomerat de facteurs de risques, ce dernier alimente le fantasme de programmes de dépistage les plus variés, dès le plus jeune âge et parfois avant la naissance⁴¹.

³⁷ Sur ce thème, voyez Y. CARTUYVELS Y., F. OST, (1998), *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin.

³⁸ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Folio, 2006.

³⁹ Je suis bien conscient que cette question est plus complexe et mériterait d'autres développements, tant les axes temporels du passé et du futur s'entrecroisent dans les philosophies rétributive et réparatrice de la peine.

⁴⁰ Th. PECH, Neutraliser la peine, in A. GARAPON, A. GROS, Th. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 165.

⁴¹ Sur ceci, voyez Y. CARTUYVELS, Troubles de conduites et déviance : des amours en eaux troubles, *Quarto. Revue belge de psychanalyse*, 2008 (à paraître).

3. Les peines : du légalisme aux contours flous, de la modération au réalisme punitif

Au flou des incriminations répond un flou d'une autre nature en matière de peines, lequel touche aux contours de celle-ci. Mesures de sûreté, de protection et d'interdiction, sanctions administratives, disciplinaires, fiscales, ou réparatrices, amendes, astreintes..., l'arsenal des sanctions s'accroît dans un espace sanctionnel où la frontière entre sanctions pénale et non-pénale tend à s'effacer, où les contours de la « matière pénale » semblent de plus en plus difficiles à cerner. Au point que certains ont pu qualifier ce concept de « matière pénale », introduit par les juges de Strasbourg, de « concept flou »⁴² et que ses contours semblent désormais fixés moins en vertu d'un texte législatif de renvoi qu'en fonction des conséquences liées à l'intégration ou non de la sanction dans le registre de la « matière pénale »⁴³.

Quand à l'idéal de modération dans la punition, pierre angulaire du projet pénal classique, tant pour des motifs humanistes qu'utilitaristes, est-il toujours de saison ? On peut en douter et plusieurs éléments soulignent la croissance d'un « vent punitif » qui souffle sur nos sociétés contemporaines⁴⁴. Bien sûr, les principes de proportionnalité et d'égalité devant la peine restent d'actualité. Mais le sens de ces deux principes semble aujourd'hui changer : la proportionnalité est mise en avant pour justifier le retour d'un rétributivisme pénal plus strict, alors que l'égalité, signale A. Pires, pourrait bien signifier plutôt "décision également sévère" que "également modérée"⁴⁵. De même, souligne M. van de Kerchove, l'oubli ou la remise en question des caractères afflictif et infâmant de la peine peuvent légitimer un recours plus important à celle-ci dans diverses situations problèmes⁴⁶. Par ailleurs, la crise de l'idéal de réhabilitation et du traitement⁴⁷, le retour des théories sur le délinquant comme acteur rationnel ou encore la faveur des logiques comportementales qui poussent à faire du crime un « trouble de comportement », ont pour effet d'associer proportionnalité et égalité plutôt avec rétribution et sévérité qu'avec traitement et modération. L'accroissement de la répression pénale, en termes de sévérité des peines, est dès lors un constat partagé par de nombreux experts travaillant sur l'évolution des peines en Europe et aux Etats-Unis, même si les différences culturelles entre les traditions latine et anglo-saxonne, notamment, amènent à

⁴² GROUPE DE RECHERCHES DROITS DE L'HOMME ET LOGIQUES JURIDIQUES, La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1987, pp. 819-862.

⁴³ D. KAMINSKI, S. SNACKEN, M. van de KERCHOVE, Mutations dans le champ des peines et de leur exécution, *Déviante et Société*, 2007, n°4, p. 489.

⁴⁴ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005.

⁴⁵ A.P. PIRES, Quelques obstacles à une mutation du droit pénal, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁶ M. van de KERCHOVE, Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme, in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, *op. cit.*, pp. 337-362.

⁴⁷ D. GARLAND, *The Culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, U.P., 2001.

nuancer la similitude des évolutions repérables dans les divers pays occidentaux ⁴⁸. A quelques exceptions près – la Finlande par exemple qui connaît des taux d’incarcération très inférieurs à la moyenne européenne –, l’emprisonnement a connu des envolées significatives dans le monde occidental, que l’augmentation soit liée au nombre des entrées ou à l’allongement des peines. Le déploiement des « sanctions alternatives » ne freine-t-il pas le mouvement ? Manifestement, non, même si cela semble avoir été le cas dans certains pays d’« Europe de l’Est »⁴⁹. Il est vrai que selon diverses recherches menées dans des pays européens différents, les sanctions alternatives seraient pour moitié alternatives à des peines privatives de liberté, pour moitié alternatives à des « sanctions moins intrusives ou à la liberté »⁵⁰. Les deux constats cumulés viennent donc renforcer l’hypothèse globale du « net widening » et celle de la « bifurcation », expression qui souligne qu’au déploiement de sanctions pénales « douces » pour les petites infractions répond un durcissement des peines pour les infractions plus graves, à l’autre bout de la chaîne.

Le durcissement global de la pénalité s’inscrit dans un mouvement plus généralisé de croyance dans l’efficacité de la réponse pénale et de son centre de gravité, la prison. *Prison works*.... Ce mouvement, qui a plusieurs explications, est aussi à replacer dans un contexte plus large : il traduit l’émergence d’une « culture du contrôle » sur fond de déclin du modèle *Welfare* ou d’avènement d’un *Welfarisme pénal actif* porté par les idéaux du consentement et de la responsabilisation ; il souligne l’importance prise aujourd’hui par les intérêts (punitifs) de la victime et montre à quel point le triangle médias/politique/opinions publiques pèse sur un imaginaire de sévérité : les Pays-Bas donnent un exemple saisissant de cet impact, ce pays qui a longtemps fait figure d’exception pour sa modération pénale ayant adopté récemment une « *nieuwe gestrengheid* » (nouvelle sévérité) comme ligne directrice de la réponse pénale, sous la pression de l’opinion⁵¹. Par ailleurs, on ajoutera que l’illusion scientifique, qui pousse à étendre en amont l’idéal de prévention par la détection précoce de tendances criminelles chez les jeunes enfants, alimente la pénalisation et s’intègre à merveille dans les perspectives du contrôle⁵². Positivism scientifique, technologies de contrôle et

⁴⁸ F. DUNKEL, S. SNACKEN, *Les prisons en Europe. La Justice au quotidien*, Paris, L’Harmattan, 2005 ; N. CHRISTIE, *L’industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Ed. Autrement, 2003 ; H. LAGRANGE, *Demandes de sécurité. France, Europe, Etats-Unis*, 2003. L. WACQUANT, *Prisons urbaines. Ghetto-Banlieues-Etat*, Paris, La Découverte, 2006.

⁴⁹ F. DUNKEL, S. SNACKEN, *Les Prisons en Europe*, *op. cit.* ;

⁵⁰ D. KAMINSKI, S. SNACKEN, M. van de KERCHOVE, *Mutations dans le champ des peines et de leur exécution*, *op. cit.*, p. 491.

⁵¹ P. DE HERDT, S. GUTWIRTH, S. SNACKEN, E. DUMORTIER, La montée de l’Etat pénal : que peuvent les droits de l’homme ? in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, *op. cit.*, pp. 235-290.

⁵² *Le Trouble des conduites chez l’enfant et l’adolescent*, Paris, Editions de l’Inserm, 2005. Pour une approche critique de ce rapport, qui a débouché en France sur une pétition signée par près de 200.000 personnes, voyez *Pas de zéro de conduite pour les enfants de 3 ans*, Toulouse, Erès, 2006. Voyez aussi Y. CARTUYVELS, La criminologie et ses objets paradoxaux : retour sur un débat plus actuel que jamais ?, *Déviance et Société*, 2007, vol. 31, n°4, pp. 445-464.

nouvelle sévérité forment ici une alliance objective puissante, contre laquelle ce sont peut-être, en fin de compte, les droits de l'homme qui pourraient constituer le frein le plus efficace.

4. Le garantisme procédural : un détricottage progressif pour les besoins du « crime control »

Le souci d'efficacité dans la lutte contre le crime pèse aujourd'hui d'un poids nouveau sur la procédure pénale, dans un contexte dominé par des dangers ou risques multiples, dont le terrorisme n'est pas le moindre⁵³. En droit pénal belge, divers principes garantistes de procédure pénale font ainsi l'objet de glissements progressifs : qu'il s'agisse des droits de la défense et du délai raisonnable, mis à mal par les procédures rapides ; du principe du contradictoire et de la séparation des fonctions de justice répressive, dès lors qu'on assiste à un glissement des prérogatives du juge d'instruction (garant des libertés et droits individuels) vers le parquet et la police, à l'essor de contrôles unilatéraux plutôt qu'externes et, via certains dispositifs spécifiques (méthodes particulières de recherche par exemple), au recul du contradictoire qu'illustre le court-circuitage des acteurs qui interviennent en aval (juges de fond, avocats de la défense); du recours à divers dispositifs dérogatoires au droit commun, dérogeant aux principes de légalité, de proportionnalité et de subsidiarité, dès lors qu'il s'agit de lutter contre le terrorisme ou la criminalité organisée⁵⁴ ; de l'extension « a-légale » des ces dispositifs particuliers ou d'exception, dès lors que la dynamique « exorbitante » du droit pénal et les pratiques des acteurs tendent à les banaliser rapidement et à les utiliser au-delà des frontières qui leur ont préalablement été attribuées⁵⁵.

Eu égard au garantisme classique, ces divers glissements, justifiés au nom d'un idéal d'efficacité et de rapidité, sont problématiques. Ils encouragent incontestablement le déplacement du centre de gravité de la justice pénale vers l'amont, confiant au parquet et plus encore à la police⁵⁶ un pouvoir considérable, renversant progressivement sur le terrain la hiérarchie des rôles prévue 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 individuelles⁵⁷. D'autre part, parce que dans la tension permanente entre "crime control" et

⁵³ Voyez P. DE HERDT, S. GUTWIRTH, S. SNACKEN, E. DUMORTIER, La montée de l'Etat pénal : que peuvent les droits de l'homme ?, *op. cit.*,

⁵⁴ Voyez C. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ?, *op.cit.*,

⁵⁵ Voyez à ce sujet « Les Méthodes particulières de recherche », *Dossier spécial de la revue de Droit pénal et de criminologie*, 2007.

⁵⁶ M.L. CESONI, Terrorisme et involutions démocratiques. Chronique de criminologie, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2000, n°2, p. 149.

⁵⁷ 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.

"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 second⁵⁸.

5. D'un droit pénal subsidiaire à un droit pénal prioritaire, entre droit public et droit privé, imposition et consensus

Le droit des incriminations et des peines s'est construit pour l'essentiel, à la fin du XVIII^e siècle, comme un droit public, administré par des fonctionnaires publics agissant au nom de l'intérêt de l'Etat. Or, dans des sociétés où, il est vrai, les frontières entre public et privé sont moins nettes qu'auparavant, force est de constater l'existence de divers éléments qui soulignent une *tendance à la privatisation du droit pénal*. F. Tulkens et M. van de Kerchove évoquent ainsi la place significative prise par la multiplication des agents privés associés à la prévention et à la détection des infractions, sinon à l'exécution des sanctions et des peines (probation, travaux d'intérêt général, peine de travail, libération anticipée, suivi thérapeutique, surveillance électronique, etc)⁵⁹. Sur ce plan, se constate aujourd'hui l'éclosion d'un «réseau socio-sanitaire-pénal», «l'action pénale se diffusant dans les interactions d'un réseau tissé d'acteurs pénaux au sens strict, d'entités politiques locales associées par partenariat et subventionnement à l'exécution des décisions pénales, d'agences privées chargées spécifiquement de leur exécution et enfin, d'agents privés et associatifs, instrumentalisés par l'action pénale en sus de leurs missions traditionnelles sociales, sanitaires, thérapeutiques, éducatives»⁶⁰. Ce mode d'action en réseau, qui se substitue aux logiques sectorielles antérieures, n'est pas qu'un enjeu purement technique ou organisationnel. Il favorise une dilution de la culture pénale au-delà de ses frontières habituelles⁶¹.

Mais c'est sans doute, de manière générale, la réparation du dommage subi par la victime dans la politique des poursuites et des peines et la place faite à la victime tant dans le procès pénal que dans les théories de la peine qui constituent l'indice de privatisation le plus marquant. Dans plusieurs pays, les droits de la victime au cours du procès pénal se sont singulièrement accrus, dans le souci de rencontrer le reproche de «victimisation secondaire» adressé à la justice pénale, «plus soucieuse des intérêts des coupables que de celui des victimes» mais aussi dans la croyance discutable et discutée (notamment par les magistrats) en la capacité de restauration subjective de la victime par le procès et par la peine. Droit

⁵⁸ 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.

⁵⁹ F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., pp. 132-134.

⁶⁰ D. KAMINSKI, S. SNACKEN, M. van de KERCHOVE, Mutations dans le champ des peines et de leur exécution, op. cit., p. 497.

⁶¹ Voyez F. de CONINCK, Y. CARTUYVELS et alii, *Aux frontières de la Justice, aux marges du social*, Gent, Academia Press, 2005.

général d'information, droit à la communication d'un classement sans suite, droit de consultation du dossier répressif, droit de demander l'accomplissement d'un acte d'instruction, droit d'avis en matière de libération provisoire...⁶², nombreux sont les dispositifs qui développent, aux côtés de l'intérêt public à la répression de l'Etat et de l'intérêt privé à la réparation de la victime, un « intérêt privé à la répression » de l'individu ou du public que symbolise encore l'adoption récente, en France, d'un juge délégué aux victimes⁶³. Sur le plan des théories de la peine, le « retour de la victime » se manifeste également, qu'il favorise un rétributivisme punitif populiste au nom du besoin supposé de vengeance de la victime, ou qu'il nourrisse les idéaux d'une justice réparatrice ou « restauratrice » dans une perspective de « civilisation » du conflit pénal.

Cet intérêt pour la victime favorise ici aussi les initiatives de *justice négociée* qui fleurissent au cours du procès pénal, que l'on parle de conciliation, de transaction, de médiation ou de médiation réparatrice par exemple. Expression d'une justice de familiarité, ces dispositifs cherchent a priori à substituer au glaive pénal et à sa logique binaire du perdant et du gagnant, une justice de la discussion axée sur la réparation du dommage causé à la victime, la réconciliation entre les parties et la restauration de l'auteur par la construction de sanctions ou peines « intelligentes ». Principalement invoqué dans le cadre de petits conflits, cette idéal de la peine peut également trouver à s'exprimer dans le cadre de conflits criminels de masse – on pense à la justice *Gacaca* au Rwanda ou aux « Commissions Vérité et Réconciliation » en Afrique du Sud – où elle est alors pensée comme un mode de « justice reconstructive » du lien social. *A priori*, ces dispositifs de justice négociée devraient contribuer à une civilisation de la justice pénale. Mais une autre lecture, moins optimiste ou plus critique, décèle derrière le déploiement de multiples dispositifs de justice contractualisée, moins l'idéal d'une véritable négociation, conçue comme échange ou alliance *inter pares*, qu'une forme de consensualisme pénal intégré dans un cadre vertical aux objectifs très différents : derrière l'appel au consentement, qui revient, dans les termes de Foucault, à faire du sujet de consentement le gestionnaire de sa propre punition, c'est surtout un renouvellement des modes d'exercice du pouvoir qui se se donnerait à voir⁶⁴. Outre la recherche de plus grande efficacité liée à une sanction acceptée plutôt qu'imposée, la promotion d'un nouveau sujet pénal comme « sujet d'allégeance » est aussi dans bien des cas (par exemple quand le contrat est proposé /imposé par le parquet, voire la police), une manière de « blanchir » ce qui, sans le consentement du sujet, serait régulièrement une atteinte eu cours légal des choses, voire une violation des droits fondamentaux⁶⁵. On ajoutera encore que

⁶² F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 136.

⁶³ Décret n°2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes, JORF, 15 novembre 2007, p. 18712, texte n°12.

⁶⁴ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur les fondements anthropologiques du droit*, Paris, Seuil, 2005.

⁶⁵ D. KAMINSKI, S. SNACKEN, M. van de KERCHOVE, *Mutations dans le champ des peines et de leur exécution*, op. cit., p. 497.

le consensualisme est aussi largement tributaire du processus de privatisation de la sanction évoqué plus haut. Dès lors que la justice pénale fait appel à divers acteurs privés pour mettre en œuvre les sanctions, l'appel au contrat se généralise, les collaborateurs de la justice n'étant pas moins contraints, mais pour d'autres raisons, souvent financières, que les justiciables dans leur engagement contractuel. Plutôt que de civilisation du pénal, le contractualisme consensuel serait alors ici porteur d'une pénalisation du social...⁶⁶

Pouvait-on s'attendre, dans ce contexte, à un certain retrait du droit pénal et de sa logique de fond ? Il n'en est rien, le désir de punir se révélant aujourd'hui très florissant dans les « sociétés d'insécurité » ou sociétés victimaires qui sont les nôtres. Comme le soulignait A. Garapon il y a quelques années, la grille de lecture pénale tend aujourd'hui à se substituer, avec son imaginaire du coupable et de la victime, à toutes les autres, le droit pénal devenant *pratiquement et symboliquement prioritaire*⁶⁷. On pourrait multiplier les exemples de cette priorité pénale que connaissent nos sociétés contemporaines, du développement des politiques de prévention socio-sécuritaires à la naissance de l'inter-champ socio-sanitaire pénal⁶⁸, de la multiplication des sanctions pénales alternatives aux résistances dont font l'objet diverses tentatives de dépenalisation, là où « l'interdit pénal, ça ne marche pas »⁶⁹. Mais l'évolution de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, suivie par celle de la Cour de Justice des Communautés européennes, constitue sans doute ici un des baromètres les plus intéressants. Dans les deux cas se constate une tendance nouvelle, encouragée par la théorie des obligations positives, à encourager voir à obliger le recours à l'arme pénale dans le chef des Etats, pour assurer l'effectivité des droits de l'homme garantis par la Déclaration des droits de l'homme dans un cas, garantir le respect du droit communautaire et des intérêts qu'il protège dans l'autre⁷⁰. Si la tendance n'est pas univoque, elle est néanmoins présente, témoignant des avancées de la culture pénale.

Conclusion

Eu égard au projet pénal moderne, les mutations des contours du projet pénal contemporain, qu'on le qualifie de post-moderne ou non, semblent consistantes. Néanmoins, il faut se méfier des analyses en terme de « rupture radicale ». Comme le souligne le sociologue D. Garland, ce type d'hypothèse nous pousse parfois à nous focaliser sur ce qui change au

⁶⁶ Voyez Ph. MARY (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

⁶⁷ A. GARAPON, D. SALAS, *La république pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, p. 13.

⁶⁸ F. DE CONINCK, Y. CARTUYVELS et alii, *Aux frontières de la Justice, aux marges du social*, op. cit.,

⁶⁹ Voyez, par exemple, *Lettre ouverte aux antiracistes : Réforme des lois visant à lutter contre le racisme et les discriminations*, Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xénophobie, 14 janvier 2007.

⁷⁰ Sur ce point, voyez diverses contributions in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit. ;.

mépris de ce qui subsiste⁷¹. Or, bien souvent, le nouveau et l'ancien cohabitent, donnant lieu à des processus de superposition et d'interpénétration plus que de remplacement. Comme le faisait remarquer M. Delmas-Marty, ce n'est pas parce qu'émerge un droit mondialisé que le droit pénal ne reste pas, pour l'essentiel de ce qu'il traite, un droit marqué par le principe de territorialité...

Un commentaire similaire peut être fait à propos des divers déplacements identifiés dans cette contribution : toute référence au légalisme n'a pas disparu derrière les « flous » du pénal ; les garanties du procès pénal ne sont pas atomisées, même si l'équilibre entre droits des auteurs et droits de victimes s'est singulièrement modifié ; le droit pénal imposé ne s'est pas laissé emporter par la montée du consensualisme et la logique pyramidale reste bien présente derrière les manifestations d'un modèle d'action en réseau... Mais peut-être, au fond, la caractéristique principale du droit pénal contemporain réside-t-elle justement dans ce phénomène d'hybridation entre logiques contradictoires. Et peut-être est-ce aussi en cela que le droit pénal répond aux exigences du contexte post-moderne.

⁷¹ D. GARLAND, *The Culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society* op. cit.