

LA FORGE

LE DROIT A LA SURETE AU RISQUE DE L'EFFICACITE REPRESSIVE

PAR DAMIEN LOUP, MAGISTRAT

A l'aurore de la précédente législature, le Garde des sceaux de l'époque annonçait, au soutien d'une réforme d'ensemble de la procédure pénale portée par les lois des 9 septembre 2002 et 9 mars 2004, « *un rééquilibrage de notre procédure pénale* » destiné à « *mieux concilier les garanties et les droits de la défense dont bénéficient les personnes suspectées ou poursuivies avec la nécessaire efficacité de la justice répressive* »¹ Dans le même temps, son homologue de l'intérieur souhaitait « *établir un juste équilibre entre le respect de la liberté individuelle et la nécessaire mise en œuvre de moyens d'action plus efficaces pour rétablir la sécurité, droit fondamental et première des libertés* »².

Pourtant, dans les derniers jours de cette même législature, une nouvelle loi du 5 mars 2007 affichant l'ambition de "renforcer l'équilibre de la procédure pénale", se fixait cette fois pour objectif de conforter les droits de la défense.

D'aucun serait tenté de discerner, à travers ce singulier équilibrisme législatif, le symptôme d'une certaine inconséquence du pouvoir politique, légiférant au gré des faits divers, défaisant aujourd'hui ce qu'il a édifié hier³.

Cependant, une étude approfondie de ce mouvement normatif, de ses soubassements et de ses ramifications, permet de mettre à jour, au-delà de l'impression de confusion, une réelle cohérence dans la succession des réformes. Loin de trahir l'indécision du législateur, les contradictions qui affectent son action révèlent, en effet, une crise systémique de notre Justice pénale, un conflit de paradigmes qui voit le droit à la sûreté, pivot actuel de notre équilibre institutionnel, céder progressivement le pas devant l'affirmation de l'efficacité répressive, nouveau leitmotiv de la procédure pénale.

¹ Cf : circulaire du 8 novembre 2002, prise pour application de la loi du 9 septembre 2002.

² Exposé des motifs du projet de loi pour la sécurité intérieure, déposé au parlement le 23 octobre 2002.

³ L'impulsivité législative, décriée depuis des années, est en effet particulièrement manifeste en matière pénale. Ainsi, ce ne sont pas moins de 23 réformes qui se sont succédées entre 2000 et 2008, soit en moyenne une réforme par trimestre...

Or, le droit à la sûreté constitue, depuis la déclaration des droits de l'homme de 1789⁴, la véritable « première des libertés », c'est à dire celle sans laquelle toutes les autres sont vaines. En exigeant qu'aucune atteinte à la liberté individuelle ne puisse intervenir sans que soient préalablement définis tant les comportements répréhensibles que les modalités de leur répression, le droit à la sûreté préserve le citoyen de l'arbitraire potentiel des pouvoirs publics.

Plus encore que l'*habeas corpus* anglo-saxon, cette liberté publique est au fondement d'une véritable théorie générale de justice pénale, se déclinant en principes directement applicables dans l'ordre juridique. A l'exigence de légalité des délits et des peines s'ajoutent ainsi les principes de la nécessité de l'incrimination, de la proportionnalité des moyens de coercition et la présomption d'innocence⁵.

Pour autant, la mise en application de ce système de justice pénale fut extrêmement laborieuse. Le code pénal révolutionnaire, chargé de mettre en œuvre les principes nouveaux de 1789, ne fut jamais promulgué. En 1810, le premier Code pénal de l'époque moderne est avant tout l'instrument de la restauration de l'ordre et, influencé par l'utilitarisme pénal, ne réalise que très partiellement le projet de politique criminelle des lumières⁶. Et ce n'est finalement qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, après un siècle et demi d'évolutions chaotiques et souvent contradictoires, que les principes du droit à la sûreté sont définitivement mis en œuvre dans notre droit pénal.

Cette lente et tortueuse progression révèle, en creux, la grande vulnérabilité contextuelle qui affecte le droit à la sûreté. On constate ainsi que si sa mise en œuvre effective a toujours nécessité un état de grâce progressiste, inversement, chaque période troublée de notre histoire voit le retour, plus ou moins triomphant, de l'éternel « bon sens répressif », au nom duquel les garanties du justiciable seront amoindries, voire purement et simplement suspendues.⁷

L'époque contemporaine n'échappe pas à la règle. La généralisation de l'insécurité sociale dans une société de plus en plus égocentriste engendre une revendication toujours plus forte d'ordre et de sécurité physique⁸, qui appelle un affaïssement toujours plus grand des garanties dont bénéficient les personnes suspectées, perçues comme autant d'entraves à l'action du pouvoir répressif.

Ainsi réduit à un simple instrument de gestion des troubles consécutifs à la dislocation de la société (I), le droit pénal, tant substantiel que processuel, se trouve bouleversé par l'affirmation d'un nouveau principe directeur, l'efficacité répressive, dont l'essor croissant remet en cause le droit à la sûreté comme pivot de notre Justice pénale (II).

⁴ Articles 5 à 9 ; ces dispositions ont inspiré, pour l'essentiel, les dispositions à caractère pénal de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950.

⁵ Articles 5 à 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

⁶ Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUME, Pierre LENOEL : *Au nom de l'Ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette 1989.

⁷ Association française pour l'Histoire du Droit et de la Justice, *La Justice des années sombres*, La Documentation Française, Paris, 2001, et *La Justice en Algérie*, Df, Paris, 2005.

⁸ Denis SALAS, *La volonté de punir*, Hachette, Paris, 2005.



I- Le droit pénal, instrument de gestion de la déviance.

Parallèlement à l'essor du néolibéralisme en matière économique et sociale, les vingt dernières années ont vu le développement d'une gestion essentiellement punitive de l'insécurité sociale, s'appuyant, notamment, sur l'affirmation du droit des victimes et l'importation de logiques gestionnaires dans le traitement judiciaire de la délinquance.

Une gestion punitive des conséquences de l'insécurité sociale

Au delà des ressorts propres à une activité législative qui se mue progressivement en outil de communication politique, l'inflation textuelle observée en matière pénale s'inscrit dans une dynamique spécifique, qui voit l'Etat social s'affaïsser symétriquement à l'essor de l'Etat répressif⁹. L'analyse sociologique permet ainsi de rendre compte du basculement à l'œuvre, depuis une trentaine d'année, dans le traitement par les pouvoirs publics des troubles propres à une société d'insécurité sociale qu'ils contribuent, par ailleurs, à façonner. *« L'analyse comparée de l'évolution de la pénalité dans les pays avancés durant la décennie passée fait ressortir le lien étroit entre la montée du néolibéralisme comme projet idéologique et pratique gouvernementale mandatant [sic] la soumission au libre marché et la célébration de la responsabilité individuelle dans tous les domaines, d'une part, et le déploiement de politiques sécuritaires actives et punitives, ciblées sur la délinquance de rue et les catégories situées dans les fissures et les marges du nouvel ordre économique et moral qui se met en place sous l'empire conjoint du capital financier et du salariat flexible, d'autre part »¹⁰.*

Promouvoir un traitement exclusivement pénal à la multiplication des comportements déviants consécutifs à l'essor du néolibéralisme, permet à ses promoteurs de faire doublement l'économie d'une réflexion et d'une action sur les causes de ce phénomène. Matériellement, il s'agit de l'endiguer par la neutralisation et la mise à l'écart, le plus en amont en possible, des éléments déviants, tout en se dispensant ainsi de remettre en cause l'insécurité sociale originelle. Symboliquement, la réduction du phénomène à sa seule dimension – qu'elle soit réelle ou fantasmée – de trouble à l'ordre public, vise à occulter, dans les représentations, ses causes économiques et sociales. La rhétorique médiatique de l'insécurité, en masquant, derrière la mise en scène dramatique des faits divers, la violence économique et sociale qui frappe l'ensemble de ses acteurs, joue à ce titre un rôle de premier plan¹¹.

Juridiquement, cette nouvelle architecture se traduit par l'abaissement continu du seuil d'intervention pénale. D'une part, le panel des comportements réprimés par la loi pénale ne cesse de s'élargir. D'autre part, des actes socialement réprouvés, qui donnaient autrefois lieu à une réponse d'une autre nature – éducative, familiale, médicale – font aujourd'hui directement l'objet de poursuites pénales, sans préjudice de leur gravité ou du

⁹ Pierre BOURDIEU et Loïc WACQUANT, *La Nouvelle vulgate planétaire*, in *Le monde diplomatique*, mai 2000.

¹⁰ Loïc WACQUANT, *Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Agone, Marseille, 2004, p. 21.

¹¹ Laurent MUCHIELLI, *Violences et insécurité Fantômes et réalités dans le débat français*, La Découverte, Paris, 2002.

contexte de leur commission. Même lorsque les pouvoirs publics reconnaissent « *l'importance du chômage, la précarité des conditions de vie d'une partie importante de la population [remettant] en cause les mécanismes d'intégration sociale* »¹², il n'est plus envisagé pour y remédier que d'enjoindre aux procureurs de « *répondre rapidement à tous les faits de délinquance* », quel que soit le contexte de leur commission ¹³. En mai 2004, le Garde des sceaux pouvait ainsi se féliciter de « *l'institution du principe de la nécessité d'une réponse pénale en cas d'infraction* »¹⁴.

Dans cette perspective, le droit pénal n'a plus – ou plus seulement – pour vocation de protéger les valeurs fondamentales qui structurent la Société et dont la pérennité conditionne sa cohésion. Il doit également offrir les moyens juridiques et judiciaires d'une gestion punitive des comportements et des populations troublant l'ordre public.

Du droit des victimes

L'exigence d'un droit pénal directement utile s'appuie également sur la montée en puissance, concomitante à l'essor de la régulation punitive de la déviance, de la logique victimaire. Pour être ancienne et récurrente, la rhétorique de l'ordre répressif se justifiait autrefois par l'impérieuse nécessité de préserver l'intégrité du corps social en en expurgant ses éléments perturbateurs¹⁵. Parce qu'elle s'inscrit dans un projet politique, le néolibéralisme, tout entier fondé sur la négation de l'interaction sociale, la résurgence de la pénalisation de la déviance ne peut se justifier que par la figure éminemment individuelle et subjective de la victime. C'est moins la préservation de l'unité sociale qui est invoquée au soutien du développement de la répression, que le souci de protéger et, plus encore, de répondre à la souffrance de cette dernière.

Depuis la consécration d'un statut procédural propre par la loi du 15 juin 2000, la place de la victime au sein du procès pénal aura ainsi connu un essor fulgurant. Progressivement, qu'elle se soit ou non constituée partie civile, la victime s'est vu reconnaître, aux côtés du prévenu et du ministère public, un rôle spécifique dans chaque étape de la procédure pénale, de l'enquête à l'exécution des peines, en passant par l'instruction et le jugement. Parallèlement, l'action des associations d'aides aux victimes a été institutionnalisée jusqu'à les faire siéger dans des formations consultatives voire juridictionnelles¹⁶. Dernier avatar de cette évolution, la création par le décret du 17 novembre 2007 d'un juge délégués aux victimes qui, par une confusion des genres symptomatiques, se trouve expressément affecté à leur service¹⁷.

Ce qui pose question, dans cette évolution, ce n'est évidemment pas la volonté d'associer le plaignant au déroulement de la procédure, afin de l'informer et de lui permettre d'exercer, en temps utile, ses droits de partie civile. En revanche, l'inviter à influencer, directement ou indirectement, sur la conduite du procès pénal et l'exécution de la peine constitue une rupture certaine dans l'histoire de la justice criminelle. Le droit pénal s'est, en effet, construit sur la prise en compte progressive, au-delà du préjudice subi par la victime, d'une atteinte

¹² Circulaire du 24 février 1999.

¹³ Circulaire du 15 juillet 1998.

¹⁴ Circulaire du 14 mai 2004.

¹⁵ Les premiers criminologues, et en particulier les déterministes comme Cesare LOMBROSO, défendaient une vision explicitement médicale du crime et de son « traitement ». Laurent MUCHIELLI (dir) *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, Paris, 1995, p.7-18.

¹⁶ Un représentant d'une association d'aide aux victimes siège ainsi dans la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ; article R.61-8 du code de procédure pénale.

¹⁷ Article D47- 6-1 et suivants du code de procédure pénale.



propre au corps social, appelant une sanction dissociée de la réparation du dommage causé au plaignant. À côté de l'action civile de la victime, à dimension strictement indemnitaire, est ainsi apparue l'action publique visant exclusivement la réparation du trouble à la cohésion sociale engendré par l'infraction¹⁸.

La prise en compte de l'intérêt privé du plaignant et de ses revendications particulières dans l'exercice même de l'action publique traduit, en conséquence, un sensible retour en arrière. A la faveur d'une opposition manichéenne entre le délinquant et la victime¹⁹, la procédure pénale tend progressivement à satisfaire, en tant que telles, les aspirations de cette dernière, au nom d'un étrange parallélisme des formes entre plaignant et accusé qui semble faire fi de l'existence du Ministère public - partie principale au procès pénal en tant que représentant de la Société.

Ce détournement de la justice pénale à des fins privées est d'autant plus problématique que la seule posture qui est de la sorte prêtée, d'autorité, à la victime, est une démarche plus ou moins vindicative. Le procès semble alors avoir pour principale finalité d'étancher son hypothétique soif de vengeance, ou *a minima*, de lui permettre de faire son deuil dans une improbable mise en scène cathartique²⁰. En outre, au-delà de la régression juridique que représente un tel usage privatif du procès pénal, cette reconnaissance inconditionnelle de la victime et de son préjudice au stade pré-sentenciel apparaît difficilement compatible avec le respect de la présomption d'innocence. Autrement dit, le statut de victime, avant jugement définitif, ne peut lui-même qu'être présumé.

Toujours est-il que cette invasion de considérations vindicatives dans la conduite du procès pénal invite, elle aussi, à la conception d'un droit répressif comme instrument de gestion punitive, dans la recherche d'une satisfaction rapide et complète des aspirations supposées de la victime.

Le virage gestionnaire du traitement judiciaire de la délinquance.

Dernier facteur achevant de consacrer cette vision instrumentale du droit pénal, l'approche de plus en plus gestionnaire observée par l'institution judiciaire dans l'application de la loi pénale. Dans le prolongement de la re-configuration législative décrite plus haut, la politique pénale change, elle aussi, de nature²¹. Elle se construit aujourd'hui, moins à partir de priorités d'actions publiques clairement définies à partir d'un projet politique donné, que d'une logique de traitement de flux de procédures à court terme, avec le souci constant d'une visibilité de la répression²².

Fondée sur l'idée d'une réactivité totale à l'urgence quotidienne par la mise en place de procédures dites de «*traitement en temps réel*» (sic) des infractions portées à la connaissance du ministère public, cette approche

¹⁸ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, PUF, Paris, 2005.

¹⁹ La création du juge des victimes fut ainsi justifiée, entre autre, par l'existence d'un prétendu « juge des délinquants », le juge de l'application des peines, méconnaissant ainsi grossièrement les attributions de ce magistrat, qui, tout autant qu'il peut accorder des aménagement de peines, peut les révoquer.

²⁰ Ce fut ainsi un des arguments avancés pour justifier l'instauration d'une procédure spécifique de jugement des personnes déclarées pénalement irresponsables ; nous y reviendrons dans la deuxième partie de ce texte.

²¹ Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *Une justice dans l'urgence : le traitement en temps réel des affaires pénales*, PUF, collection Droit et justice, Paris, 2007.

²² La circulaire du 13 décembre 2002 précise ainsi : « Les procureurs de la République veilleront à apporter une réponse cohérente et visible [c'est nous qui soulignons] aux faits troublant particulièrement l'ordre public ou portant atteinte aux institutions ».

gestionnaire a encore été renforcée par la mise en œuvre, depuis le 1er janvier 2006, de la Loi organique sur les lois de finances (LOLF). En instituant le principe de crédits limitatifs, le nouveau cadre budgétaire pousse en effet les magistrats à intégrer des considérations financières dans leurs choix d'action publique, et à privilégier, ainsi, les procédures rapides et peu coûteuses.

Dans cette volonté de démonstration de puissance publique au quotidien, les statistiques judiciaires, en tant qu'élément à prétention objective, mesure visible de l'efficacité de la répression, jouent évidemment un rôle primordial. La mystification quotidienne des chiffres de la délinquance – dont l'analyse a suffisamment démontré qu'au-delà des manipulations, ils ne mesurent rien d'autres que l'activité des services de police et le nombre de plaintes enregistrées²³ – fournit, en effet, des indicateurs simples et aisément « médiatisables » des résultats de la politique pénale menée. Au souci constant des services enquêteurs de faire baisser les chiffres bruts de la délinquance²⁴ et d'élever le taux d'élucidation des infractions, répond celui des parquets d'augmenter leur taux de réponse pénale, c'est à dire la proportion des affaires donnant lieu à une réponse pénale au sein des faits poursuivables portés à leur connaissance²⁵.

Concrètement, cette prééminence à l'affichage statistique de la répression se traduit, en premier lieu, par une baisse sensible des classements sans suite²⁶, les procureurs étant invités à apporter une motivation particulière à leurs décisions d'absence de poursuites. Depuis la loi du 9 mars 2004, toute personne ayant « dénoncé » des faits au Procureur de la République peut ainsi contester sa décision de classement sans suite devant le Procureur général²⁷.

En second lieu, on observe le recours accru aux procédures rapides et une baisse corrélative des procédures impliquant un certain temps entre la commission des faits et leur jugement. Ainsi, tandis que le nombre de comparutions immédiates augmente de 47% entre 2001 et 2005 et que la nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité doublait entre 2005 et 2006²⁸, le nombre d'information judiciaire baisse de 30% entre 2002 et 2007²⁹. S'agissant des mineurs, la mise en place, en 2002, d'une procédure de jugement à délai rapproché, devenue avec la loi du 5 mars 2007 procédure de présentation immédiate, permet, dans le même temps, de contourner le principe d'instruction obligatoire des délits commis par les mineurs.

Dans tous les cas, la priorité est donnée à la poursuite d'infractions simples ou simplifiées³⁰, permettant une réponse judiciaire immédiate. Dans cette perspective, la politique pénale menée localement par les parquets se coule à merveille, au-delà même des directives données en ce sens, dans la dynamique nationale de gestion punitive de la déviance décrite plus haut. Les infractions les plus simples et dont la répression est la plus visible concernent, en effet, les catégories sociales les plus exposées à l'insécurité sociale, dont on prétend juguler les

²³ Serge PORTELLI, *Une société sous très haute surveillance*, L'Harmattan, Paris, 2007.

²⁴ C'est à dire les actes de délinquances enregistrés sans préjudice de leur suite judiciaire définitive et donc, de leur caractère, ou non, avéré.

²⁵ Ce taux est ainsi passé de 68,2% à 80,4% entre 2002 et 2006. *Annuaire statistique de la Justice*, 2008, p.109.

²⁶ Passés de 31,8 % des affaires poursuivables en 2002 à 19,6% en 2006. *Annuaire statistique de la Justice*, 2008, p.109.

²⁷ Article 41 du Code de procédure pénale.

²⁸ *Annuaire statistique de la Justice*, édition 2007, p 109.

²⁹ Passées de 37 244 à 28 000 entre 2002 et 2007. *Annuaire statistique de la Justice*, 2008, p. 115.

³⁰ Le Procureur peut ainsi choisir de privilégier la poursuite d'un acteur subalterne d'un réseau organisé plutôt que le trafic de stupéfiants dans son ensemble.



effets par la seule répression. Mécaniquement recentrée sur la délinquance de voie publique (usage et détentions de produits stupéfiants, racolage, violences volontaires, vol...), la politique pénale contemporaine vise ces catégories sociales au premier chef³¹.

Les voies de l'efficacité répressive

Cette promotion d'un droit pénal directement « utile » affecte en retour l'économie générale de notre système juridique. Devenant un outil de prédilection des pouvoirs publics dans la gestion punitive des conséquences de l'insécurité sociale, le justice criminelle subit une profonde mutation, qui voit le paradigme du droit à la sûreté directement concurrencé par un nouveau principe directeur aux potentialités systémiques tout aussi importantes, celui de l'efficacité répressive³².

Entendu dans une acception restrictive, ce nouveau principe ne saurait, en effet, coexister avec les exigences du droit à la sûreté : il n'exprime pas le souhait de corriger une interprétation litigieuse, de clarifier des compétences ou simplement de saisir plus précisément ce qu'on entend réglementer, mais essentiellement celui d'étendre l'emprise du pouvoir répressif sur la Société par la suppression continue des entraves à l'action de ses agents.

Dans une telle perspective, la règle de droit n'a plus pour fonction de prévenir la personne mise en cause contre l'arbitraire potentiel des pouvoirs publics, mais au contraire de faciliter sa répression. L'analyse des dernières réformes de procédure et droit pénal nous permet ainsi de mettre en lumière les virtualités liberticide d'un système de justice pénale fondé sur ce nouveau paradigme d'efficacité répressive.

II – L'érosion du droit à la sûreté

Dans les formes restrictives qu'il prend, le principe directeur de l'efficacité répressive se révèle, potentiellement, l'exact négatif du droit à la sûreté. Appliquée à chacune des déclinaisons de ce dernier, l'analyse confirme ce caractère directement concurrent. Ainsi, face au principe de nécessité de l'incrimination, s'affirme l'infinie extension du champs pénal. Face au principe de proportionnalité, celle du pouvoir répressif. Et, dans un inquiétant renversement de la charge de la preuve, la présomption d'innocence cède le pas devant la mise en œuvre d'une étrange politique de prévention répressive.

L'extension du champs pénal

Devenu la cheville ouvrière du traitement de la déviance, le droit pénal constitue aujourd'hui la forme de régulation par défaut de tout comportement, réel ou fantasmé, que les pouvoirs publics entendent supprimer ou corriger. Face à un phénomène jugé anormal, la voie de la pénalisation apparaît la seule solution envisageable, comme si la seule incrimination d'un comportement suffisait à le faire cesser. Apparue d'abord dans une logique

³¹ Entre 2001 et 2005, les condamnations pour violences volontaires sont ainsi passées de 39 447 à 48 456, celles pour usage et détention de stupéfiants de 13 982 à 25 668, celles pour racolage de 264 à 877. *Annuaire statistique de la Justice*, 2007, p.159, 167 et 193.

³² La circulaire du 8 novembre 2002 évoque ainsi l'objectif central de « mieux concilier les garanties et les droits de la défense dont bénéficient les personnes suspectées ou poursuivies avec la nécessaire efficacité de la justice répressive ».

de soutien aux législations spéciales de protection (droit du travail, droit de la consommation, droit de l'environnement), ce réflexe pénal s'est progressivement étendu à tous les pans de l'activité sociale, se développant au gré de la médiatisation des faits divers.

La loi pénale ne se cantonne donc plus à la répression des faits directement « nuisibles à la société »³³, mais vient saisir tout phénomène appelant une régulation visible, quelle que soit l'atteinte réelle à la cohésion sociale qu'il porte, au risque de verser dans une dynamique de sur-incrimination. Sans se préoccuper si le comportement que l'on entend réduire peut déjà faire l'objet de poursuites sur la base des textes existants, on exige, dans une finalité essentiellement ostentatoire, sa pénalisation immédiate. Exemple entre cent, la récurrente proposition de création d'une infraction « d'inceste »³⁴, alors que les différentes formes de violences sexuelles sur mineur par ascendant sont d'ores et déjà incriminées en tant que telles³⁵. Sans doute l'auteur de cette proposition imagine-t-il que les abuseurs d'enfant lisent le journal officiel avant de passer à l'acte...

Bien évidemment, cette extension n'opère pas sans une certaine logique. Car si l'on pénalise aujourd'hui en dehors de toute réelle nécessité, on ne recherche pas davantage si une autre forme de régulation puisse être plus pertinente. Et, puisque l'on a renoncé à y remédier par le renforcement de la cohésion sociale, le choix du traitement punitif des divers comportements déviants consécutifs à l'insécurité sociale conduit, mécaniquement, à l'essor de leur incrimination.

La très emblématique loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003, mérite, à ce titre, une attention toute particulière. Le texte introduit dans le Code pénal de nouvelles infractions dont l'énumération et en soi édifiante. Du racolage passif à l'occupation illicite de terrain par les gens, de l'entrave à la circulation dans un hall d'immeuble et à la mendicité agressive, en passant par le voyage sans titre habituel dans les transports en commun, la catégorie de population ciblée par ces infractions ne saurait être plus précisément délimitée ³⁶.

L'incrimination autonome de ces états ostensibles de misère ou de dé-socialisation, traduit la volonté de stigmatiser des comportements qui ne sont appréhendés que comme atteintes à l'ordre social ou à la tranquillité publique. Les éventuels troubles à l'ordre public que ces attitudes sont susceptibles de recouvrir, ou de générer, sont, en effet, déjà susceptibles d'être poursuivis sur la base d'autres textes – extorsions, violences volontaires, menaces, dégradations volontaires - ou de faire l'objet de procédures à caractère civil - en particulier l'expulsion s'agissant des gens du voyage. C'est donc bien l'attitude déviante que l'on veut pénaliser en tant que telle. L'incrimination joue le rôle d'une infraction obstacle, destinée à neutraliser un comportement que l'on considère, avant tout, comme un état dangereux et criminogène. Elle a pour principal objet de fournir au pouvoir répressif les moyens juridiques lui permettant de le poursuivre en tant que tel.

³³ Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

³⁴ *L'inceste comme infraction spécifique*, rapport au Ministre de la Justice, Paris, 2005.

³⁵ Articles 222-24 et 222-28 du code pénal.

³⁶ Faits respectivement réprimés par les articles 225-10-1, 322-4-1 du code pénal, L126-3 du code de la construction et de l'habitation et 312-12-1 du code pénal.



La récente proposition de dé-pénalisation de la vie des affaires³⁷ illustre tout autant l'orientation bien particulière de cette dynamique de pénalisation, ainsi que son lien intime avec l'orientation économique et sociale suivie par ailleurs. Tout comme le refus de combattre l'origine de l'insécurité sociale conduit à l'incrimination de ses effets déviants, la promotion d'une politique économique néolibérale pousse à la déréglementation la plus complète des relations marchandes, fut-ce par la suppression de délits visant, précisément, à garantir une relative loyauté dans les transactions commerciales.

Mais le renforcement du champs d'incrimination ne suffit pas à étendre l'emprise du pouvoir répressif. Encore faut-il le doter des outils nécessaires à son plein exercice, c'est à dire abaisser les entraves à l'action de ses agents.

L'extension du pouvoir répressif.

Dans la mesure où l'efficacité répressive ne se conçoit plus que comme l'abaissement des obstacles à la répression, sa promotion se traduit par l'érosion continue des garanties du citoyen dans la phase pré-sentencielle du procès pénal.

Cette érosion se manifeste, en premier lieu, à travers le développement des mesures coercitives visant les personnes, en particulier de la garde-à-vue. Après que la loi du 18 mars 2003 ait supprimé l'obligation de notifier au suspect son droit au silence, la loi du 9 mars 2004 « portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité » a considérablement étendu le domaine du régime dérogatoire de garde à vue³⁸, jusque là réservé aux seuls crimes et délits de trafic de stupéfiants et de terrorisme, pour l'étendre à toute infraction commise en bande organisée³⁹. La loi du 23 janvier 2006 en a encore repoussé la durée en matière de terrorisme, autorisant une retenue policière de six jours avant présentation à un magistrat.

L'érosion des garanties se mesure également à l'abaissement de la protection du domicile – au sens juridique du terme⁴⁰. Ainsi, la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne a-t-elle instituée la possibilité de procéder à des fouilles de véhicules quand ne sont pas réunies les conditions légales de la perquisition⁴¹. Les hypothèses permettant de procéder à une telle mesure nonobstant le refus de l'occupant des lieux ont, par ailleurs, été élargies par la loi du 9 mars 2004⁴². Enfin, cette même loi a instituée la possibilité de procéder à des saisies conservatoires sur le patrimoine immobilier des personnes mises en examen⁴³, c'est à dire avant toute déclaration de culpabilité.

La volonté d'abaisser les règles entravant l'action du pouvoir répressif se mesure, en dernier lieu, dans la

³⁷ La dépenalisation de la vie des affaires, rapport au ministre de la justice, Paris, La Documentation française, 2008, 133 pages.

³⁸ Les personnes peuvent dans ce cadre être retenues jusqu'à 96 heures avant d'être présentées à un magistrat, l'avocat n'étant autorisé à intervenir qu'à l'issue de la 72ème heure.

³⁹ Ce qui recouvre en pratique un nombre extrêmement étendu d'infractions, du vol à l'aide au séjour irrégulier d'étrangers, pour lesquelles il suffit de relever la circonstance de bande organisée.

⁴⁰ C'est à dire, selon une formule récurrente de la Cour de cassation, « tout lieu où une personne peut se dire chez elle ».

⁴¹ Article 78-2-2 du code de procédure pénale.

⁴² Alors qu'elles n'étaient possibles qu'en matière de flagrance ou sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, une perquisition opérée contre la volonté de l'occupant des lieux peut désormais être autorisée par le Juge des libertés et de la détention pour tous les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Article 76 du code de procédure pénale.

⁴³ Article 706-106 du Code de procédure pénale.



généralisation des procédures de jugement simplifiées, où la connaissance de la personne du prévenu, du contexte de l'infraction, voire la qualité du dossier soumis à la juridiction sont sacrifiées à l'exigence d'une condamnation immédiate. La loi du 9 septembre 2002 a ainsi abaissé le seuil minimal de peine encourue pour procéder à une comparution immédiate à six mois en matière de flagrance et deux ans en matière préliminaire, autorisant, de fait, le recours à cette procédure pour la plupart des infractions. La loi du 9 mars 2004 a, quant à elle, institué la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, où le jugement de condamnation suit immédiatement la présentation au Procureur et se limite à la décision d'homologuer, ou non, la peine proposée par ce magistrat. S'agissant des mineurs, nous avons précédemment décrit la tendance à généraliser les procédures de jugement rapide⁴⁴, lesquelles, par définition, rendent malaisée la prise en compte du contexte socio-éducatif de leur passage à l'acte.

L'ensemble de cette évolution s'inscrit dans un mouvement de balancier traditionnel entre l'exigence de protection de la liberté individuelle face au pouvoir et la volonté de les amoindrir au nom des « nécessités » de la répression. Mais, par l'intensité de l'atteinte au principe de proportionnalité qu'il induit, le leitmotiv de l'efficacité répressive nous mène, au-delà de ce clivage, à un progressif renversement de la charge de l'enquête.

Le principe de la présomption d'innocence met, en principe, à la charge du ministère public l'établissement de la réalité de l'infraction qu'il poursuit, en faisant procéder à tous les actes d'enquêtes utiles ou en saisissant à cette fin un juge d'instruction. Or, on observe, ces dernières années, l'apparition progressive d'obligations particulières et pénalement sanctionnées, de soumission à l'enquête de la part de la personne suspectée et des tiers susceptibles de détenir des informations la concernant. Il ne s'agit plus simplement de se plier, de manière générale, aux mesures coercitives mis en œuvre par le pouvoir répressif, mais de collaborer à son action, à peine de sanctions pénales.

Ainsi, le refus de se soumettre à un prélèvement de matériel biologique – qui peut être ordonné à l'encontre des personnes à l'égard desquelles existe de simples « *raisons plausibles* » de soupçonner qu'elles ont commis une infraction - est-il désormais érigé en infraction, les services de police étant autorisés à prélever par la force les personnes suspectées des infractions les plus graves⁴⁵. Dans le même temps, la loi pénale pose le principe de l'inopposabilité du secret professionnel aux services enquêteurs, sauf « motif légitime »⁴⁶.

Mais c'est surtout le développement de logiques répressives au stade des politiques de prévention de la délinquance qui témoigne de ce singulier renversement de la charge de la preuve.

La prévention répressive

⁴⁴ Applicables aux mineurs de 16 à 18 ans pour toute infraction passible d'une peine d'un an d'emprisonnement . Article 14-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁵ Article 706-56 du code de procédure pénale.

⁴⁶ Article 60-1 du code de procédure pénale.



La prévention des crimes et délits est aujourd'hui devenue une composante parmi d'autres de la politique pénale du gouvernement. Des comités locaux de sécurité et de prévention de la délinquance au conseil national de sécurité intérieur, cette question demeure de la compétence des autorités chargées, à titre principal, de la constatation et la sanction des infractions pénales ou de troubles à l'ordre public. Dans cette optique, la prévention de la délinquance ne se traduit pas par une politique globale de cohésion sociale cherchant à diminuer les facteurs favorisant le passage à l'acte, mais par des stratégies de détection et de neutralisation le plus amont possible des comportements susceptibles de verser dans la délinquance.

En d'autres termes, la réunion, sous l'autorité du Préfet et du Procureur, des institutions connaissant de la situation sociale de populations « à risques » (éducation nationale, santé publique, services sociaux départementaux) vise avant tout à collecter des informations qui faciliteront un traitement pénal ou para-pénal des individus déviants. La loi du 5 mars 2007 a ainsi considérablement élargi la fonction répressive du maire, qui, destinataire d'informations sur des individus ou des familles troublant l'ordre public, peut mettre en œuvre à leur encontre des sanctions ressemblant, à s'y méprendre, à celles susceptibles d'être prononcées par l'autorité judiciaire à l'égard des personnes condamnées⁴⁷.

Une autre illustration de cette politique de prévention, s'appuyant essentiellement sur des mécanismes répressifs, se donne à voir dans la multiplication contemporaine des fichiers de personnes condamnées ou simplement suspectés d'actes de délinquance. Par la constitution de banque de données nominatives d'individus mis en cause, de façon plus ou moins étayée, en tant qu'auteurs d'infractions, l'objectif poursuivi est double; il s'agit, non seulement, de mettre sous surveillance ces personnes, mais aussi de faciliter leur répression future par la collecte d'informations personnelles. Derrière la généralisation du fichage à des fins sécuritaires se devine l'impensé selon lequel la délinquance est le produit d'une population donnée, qui, un jour au l'autre, finit par (re)passer à l'acte et qu'il convient, dès lors, d'identifier le plus tôt possible.

Ces fichiers sont d'abord constitués au niveau des services de police⁴⁸ pour leur usage et celui de l'autorité judiciaire. Ils visent, d'une part, à établir le profil des personnes mises en cause, d'autre part, à permettre la collecte d'informations destinées à faciliter l'élucidation des infractions au niveau national. Des centaines de milliers de personnes sont ainsi référencées en qualité d'auteurs potentiels de délits, indépendamment de la décision judiciaire établissant -ou non- leur culpabilité, si tant est qu'une décision puisse être rendue⁴⁹. Si, en principe, les données doivent être corrigées à l'issue du verdict définitif, la mise à jour s'avère en pratique longue et aléatoire. Or, au-delà de l'information de l'autorité judiciaire et des services enquêteurs, ces fichiers produisent, en tant que tels, des effets contraignants directs sur la situation des personnes fichées, notamment en leur interdisant l'accès à certains emplois⁵⁰.

⁴⁷ Le maire peut ainsi prononcer à l'encontre des personnes déviantes des « rappels à l'ordre », qui évoquent furieusement les rappels à la loi réalisés par le Procureur de la république. Article 11 de la loi du 5 mars 2007.

⁴⁸ On évoque ici le Service de traitement informatisé des infractions constatées de la police nationale, ainsi que le fichiers JUDEX de la gendarmerie et le Fichier National automatisé des Empreintes Génétiques.

⁴⁹ Il se peut ainsi qu'aucune poursuite ne soit engagée, faute d'éléments suffisants.

⁵⁰ Ces fichiers servent notamment de fondement aux décisions préfectorales d'agrément des entreprises de sécurité, et sont également consultés lors des enquêtes de « moralité » réalisées sur les personnes postulant à certains concours administratifs.

Le souci de construire une politique de prévention sur la seule neutralisation des éléments dangereux est encore plus manifeste dans la phase post-sentencielle du procès pénal. Depuis une dizaine d'années, des instruments juridiques ont ainsi été mis en œuvre, dans le but affiché de s'assurer de la personne des condamnés à l'issue de l'exécution de leur peine, afin de prévenir tout risque de récidive. Initialement cantonnés aux crimes et délits sexuels sur mineurs, ces dispositifs ont vu leur domaine élargi, parfois considérablement, par les réformes successives de la procédure pénale, et notamment les lois du 12 décembre 2005 et du 4 avril 2006.

Crée par la loi du 9 mars 2004, le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) , institué dans le double objectif « *de prévenir le renouvellement des infractions [...] et de faciliter l'identification de leurs auteurs* »⁵¹, recense aujourd'hui les données personnelles de toute personne condamnée pour infraction sexuelle ou un crime commis avec acte de torture ou de barbarie. Ces informations sont, au premier chef, destinées à l'autorité judiciaire, mais peuvent également être communiquées aux différentes autorités administratives⁵². Les personnes inscrites sur ce fichier sont, par ailleurs, astreintes, pour une durée de vingt à trente ans, à signaler tout changement d'adresse et à se présenter périodiquement aux services de police⁵³.

Dans le même ordre d'idée, la peine complémentaire du suivi socio-judiciaire, applicable désormais, non seulement aux auteurs d'infractions sexuelles sur mineurs, mais également aux personnes condamnées pour homicide, séquestration et dégradations par incendie, les soumet, à l'issue de l'exécution de leur peine principale et pendant une durée pouvant aller jusqu'à vingt ans, à diverses mesures « *de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive* »⁵⁴. Au premier rang de ces mesures figure une singulière « *injonction de soins* », qui, depuis la loi du 10 août 2007, est de droit, sauf décision contraire de la juridiction. La personne astreinte au suivi socio-judiciaire peut, en outre, être placée sous surveillance électronique mobile, afin de contrôler l'ensemble de ses déplacements.

L'ensemble de cet arsenal promeut une prévention de la délinquance, et, en particulier, de la récidive, entièrement fondée sur la détection, la surveillance et la neutralisation des individus jugés dangereux. La notion de dangerosité, en dépit de l'absence de toute définition légale, joue ainsi un rôle central dans l'application des dispositions les plus coercitives aux personnes placées, à un moment ou un autre de la procédure pénale, sous surveillance policière et judiciaire. Ce concept flou occupe, en conséquence, une place cruciale dans la justification de la toute nouvelle procédure de rétention de sûreté⁵⁵, point d'orgue et aboutissement logique d'une politique générale de prévention répressive de la délinquance.

En autorisant l'enferment, potentiellement infini, d'une personne ayant intégralement exécuté sa peine de prison, cette dernière mesure marque néanmoins un saut quantitatif qui éclaire significativement les implications radicales du nouveau système. Face aux exigences premières du droit à la sûreté que sont la légalité des délits et

⁵¹ Article 706-53-1 du code de procédure pénale.

⁵² Article 706-53-7 du code de procédure pénale.

⁵³ Article 706-53-5 du code de procédure pénale.

⁵⁴ Articles 131-36-1 à 131-36-13 du code pénal.

⁵⁵ Articles 706-53-13 à 706-53-21 du code de procédure pénale, créés par la loi du 25 février 2008.

des peines et la présomption d'innocence, se dresse ainsi un nouveau leitmotiv aux implications infinies, celui d'un impossible principe de précaution appliquée à la matière pénale. Arguant d'une exigence générale de protection des victimes, on cherche à justifier l'enfermement d'une personne au seul motif des infractions qu'elle serait susceptible de commettre à l'avenir et hors les cas permettant l'internement des individus présentant une dangerosité psychique médicalement constatée.

CONCLUSION

La mise en exergue des virtualités liberticides de ce nouveau système, qui se dessine de plus en plus nettement au fil des incessantes réformes du droit et de la procédure pénale, nous invite à dénoncer une orientation qui, mécaniquement, remet en cause, un à un, les principes fondamentaux d'une justice sensée, avant toute autre chose, garantir notre liberté individuelle.

Produit d'une conception instrumentale d'un droit pénal réduit à un outil de gestion des troubles consécutifs à l'insécurité sociale, le paradigme de l'efficacité répressive, entendue dans une acception étroite et simpliste, ne peut que conduire à la disparition progressive de l'ensemble des garanties du citoyen face à l'arbitraire potentiel du pouvoir répressif.

Nous pouvons, assez simplement, démontrer qu'à défaut d'une action volontariste sur ses causes et ses représentations, le traitement exclusivement punitif de la délinquance ne peut maintenir des statistiques de la délinquance acceptables qu'au prix d'une emprise répressive – en particulier carcérale – toujours plus grande sur la Société⁵⁶.

Au-delà, nous devons également affirmer qu'en fait d'efficacité répressive, cette politique pénale n'aboutit, par l'effet d'une sur-pénalisation d'une catégorie déterminée de population, qu'à la cristallisation et la radicalisation des comportements délictueux qu'elle prétend endiguer. Faire sien le slogan selon lequel « *la sécurité est la première des libertés* », c'est se condamner, à terme, à être privé de l'une comme de l'autre.

⁵⁶ L'exemple des Etats-Unis est à ce titre édifiant, puisque, aujourd'hui, plus d'un américain sur cent se trouve incarcéré. Pew Center on the States, *One in 100 : Behind bars in America*, Washington, 2008.