

QUI INSPIRE LES REFORMES PENALES ?

par Jacques-Henri ROBERT

Les sources auxquelles le législateur peut puiser son inspiration pour réformer la procédure pénale sont innombrables et inépuisables. C'est le trop-plein et non pas le vide qu'il faut redouter. En conséquence, énoncée en termes pratiques, la question « Qui inspire les réformes pénales ? » devient : « Comment le législateur choisit-il parmi les milliers de propositions qui lui sont faites par la multitude de ses conseillers ? ». Depuis les travaux préparatoires du Code pénal de 1791 jusqu'à la présente minute, les traités, rapports, conférences, pétitions, projets, propositions et pamphlets se succèdent à une cadence étonnante. De temps à autre, le gouvernement lui-même constitue une commission de réflexion qui, même si elle n'enrichit pas le sujet, présente au moins l'avantage de mettre de l'ordre dans cette énorme masse de souvenirs et d'inventions. En dépit de la réputation qu'elle s'est acquise, la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau correspond à cette description. Et ces sources savantes sont régulièrement rajeunies, bouleversées ou détruites, et dans des directions contradictoires, à la suite d'un émoi populaire provoqué quelque scandale judiciaire ou attentat terroriste : la pression de l'opinion sur la formation du droit, décrite à l'avance par Tocqueville, s'exerce par le moyen des journaux télévisés quotidiens.

Ces mouvements militent le plus souvent, comme on le voit dans l'intitulé de la loi du 15 juin 2000, en faveur d'un « renforcement » des droits des parties privées, tantôt les accusés et tantôt les victimes. Si le phénomène se poursuivait, le juge pénal se transformerait en un arbitre chargé de trancher entre ces intérêts contradictoires, il deviendrait semblable à un juge civil, et il perdrait l'autorité régaliennne qui doit le caractériser. La question qu'il faut traiter, en analysant le contenu des revendications qu'on présente au législateur, est celle de savoir il peut soutenir la légitimité de la justice répressive (I). Mais, comme disait Valéry, le fond est une forme impure et la création de la procédure pénale traverse de nombreux tamis institutionnels qui altèrent plus ou moins profondément les intentions premières (II).

I - LE CONTENU SUBSTANTIEL DES SOURCES D'INSPIRATION

Sauf en période de crise, comme celle que provoque la crainte du terrorisme, le contenu des revendications est massivement favorable à une meilleure protection des droits de l'homme. Les propositions s'ouvrent souvent sur un préambule assez convenu : l'origine de notre procédure, automatiquement qualifiée d'inquisitoire, remonterait nécessairement, comme le montre l'étymologie, à l'Inquisition dont les détestables maximes seraient consignées dans l'ordonnance criminelle d'août 1670, elle-même imprégnée par la religion de l'aveu qui a mécaniquement justifié la torture, ainsi que l'ont définitivement démontré Voltaire et Beccaria ; le Code d'instruction criminelle, promulgué sous l'Empire, n'a pas su se débarrasser de ces précédents qui sont subrepticement passés dans le Code de procédure pénale, à ceci près que la torture a été remplacée par la garde à vue et la par détention provisoire ; ces séquelles doivent être impitoyablement éliminées grâce à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. L'idéal vers lequel il faut tendre rapprocherait le procès pénal du procès civil grâce à une application extensive de la présomption d'innocence et de l'égalité des armes (l'expression est bien mal choisie car elle évoque le duel judiciaire du haut Moyen Age).

En cet état de la pensée dominante, le législateur, et davantage encore le gouvernement, sont dans une situation difficile pour résister à toutes les revendications : comment, de bonne foi, peuvent-ils rejeter des propositions déduites des écrits de Voltaire et

de Beccaria et fondées la Convention européenne des droits de l'homme ? N'est-ce pas pour dissimuler les plus noirs desseins d'oppression comme certaines déclarations ministérielles imprudentes le laissent soupçonner ? Des pétitionnaires radicaux fondent, sur les protection des droits de l'homme, des déductions brutales facilement accueillies par le téléspectateur : par exemple, la présomption d'innocence doit conduire à la suppression de la détention provisoire ; l'égalité des armes commande l'abolition du juge d'instruction et les investigations présentencielles devraient être confiées conjointement au parquet et à la défense qui partageraient les moyens de la police judiciaire. Il ne suffit pas, pour repousser ces extrémités, d'affirmer qu'elles insultent au bon sens et ignorent les besoins de la pratique, car les principes ne sauraient céder devant la routine des magistrats et policiers.

La question « Qui inspire les réformes pénales ? » une seconde fois reformulée en face de ces propositions, devient: « Sur quels principes, et non sur quelles recettes, le pouvoir normatif peut-il se fonder pour contenir ou canaliser des revendications puissantes qui font, de l'exercice des droits de l'homme, l'objet principal du procès pénal, avant la manifestation de la vérité ? ». Ces principes régulateurs existent, mais les uns, qui tiennent à la nature même des droits de l'homme, sont de nature technique et subtile, donc difficiles à articuler et les autres, qui découlent de nombreuses conventions internationales, comme celle de Palerme contre la criminalité organisée, sont peu connues ou, pire, ont mauvaise presse.

A) La structure des droits de l'homme

Les droits de l'homme qui, selon les traités et les lois, ne doivent souffrir aucune atteinte, si légère soit elle, sont en petit nombre : ce sont le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, de la torture et de la discrimination, qu'un spécialiste dénomme « droits premiers » (J.-F. Renucci, « Droit européen des droits de l'homme », 3^{ème} éd., LGDJ, 2002, n° 45 à 61). Les autres droits de l'homme que le même auteur qualifie de « conditionnels » (J.-F. Renucci, op. cit. n° 62) ne sont pas des noyaux durs incompressibles et leur exercice subit des entraves qui sont justes, pourvu qu'elles soient appliquées de manière proportionnée et dans un dessein légitime dont la répression pénale est un monument majeur. Les droits revendiqués par les accusés sont de cette nature : par exemple, l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales affirme la « liberté et la sûreté » mais permet la détention provisoire des suspects contre lesquels pèsent des soupçons « plausibles » (art. 5, § 1, sous a) ; et la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais déduit de la nécessaire loyauté du procès pénal (art. 6, § 1) l'idée qu'il faudrait refuser à la police judiciaire le pouvoir de perquisitionner si on ne l'accordait pas symétriquement aux avocats des particuliers : les effets de « l'égalité des armes » ne concernent que fonctionnement des juridictions de jugement (CEDH 25 janv. 2000, Slimaine –Kaïd c/ France, D 2000, jurisp. 651 à propos du rôle du parquet près la Cour de cassation ; Crim. 6 mai 1997, Bull. crim., n° 170, à propos de l'inégalité du droit d'appel entre le prévenu et le ministère public en matière contraventionnelle ; la règle in conventionnelle, qui figurait dans le dernier alinéa de l'article 546 du Code de procédure pénale, a, depuis lors, été abrogée par la loi du 23 juin 1999).

Mais la Convention européenne n'interdit pas que le procès pénal soit inégalitaire dans sa phase préparatoire, celle des enquêtes de police et de l'instruction. Et nombre de traités et conventions internationales invitent ou obligent les Etats à rechercher activement les signes précoces de la criminalité, même au préjudice de certaines libertés individuelles : ce corps de règles, très volumineux, vise la criminalité organisée.

B) Les sources internationales visant à la prévention et à la répression de la criminalité organisée

Le gouvernement s'expose souvent aux griefs de « populisme » et de « tout sécuritaire » quand il élabore quelque projet de loi plus répressif que le droit en vigueur, et ces reproches sont mérités lorsque les autorités invoquent un fait divers tragique ou un climat de rébellion. Le droit international qu'on vient d'évoquer fournit une justification mieux appropriée car il autorise que des investigations policières indiscretes soient entreprises bien avant qu'il y ait matière à saisir les autorités judiciaires, et M. Pradel les a réunies sous l'appellation « d'enquête proactive » dirigée contre la « criminalité organisée » (J. Pradel « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », D 1998, chr., p. 57).

Ces textes sont abondants et coulent des meilleures sources : ainsi, le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 contient-il des stipulations relatives à la répression, énergique, de la criminalité organisée (art. @@) ; c'est par application de ce texte qu'a été publié, le 5 décembre 1997, le « programme de coopération sur l'action contre la criminalité organisée » et créé Eurojust. Le Conseil de l'Europe, rédacteur de la Convention européenne des droits de l'homme, a publié une recommandation en date du 19 septembre 2001 (mais elle a évidemment été préparée avant le Onze-Septembre) par laquelle il préconise l'emploi de l'infiltration des réseaux de criminalité organisée et de leurs écoutes par tous les moyens techniques disponibles. L'ONU avait donné l'exemple avec son traité de lutte contre le trafic de stupéfiants (Vienne, 20 décembre 1988) contre le blanchiment d'argent (Strasbourg, 8 novembre 1990) et plus généralement contre la criminalité organisée par la célèbre convention de Palerme du 12 décembre 2000, mais celle-ci, marquée par l'initiative des Etats-Unis, a mauvaise presse.

L'Association internationale de droit pénal a analysé ces textes, ou suivi leur élaboration, au cours de son Congrès tenu à Budapest en 1999, lui-même été précédé de quatre réunions préparatoires ; l'ensemble de ces travaux occupe plus de 2.500 pages dans la Revue internationale de droit pénal (RIDP, 1997, vol. 68, p. 477 à 1142, et la totalité des volumes 69 et 70 correspondant aux années 1998 et 1999). Mais parce que ce corps de règles est peu connu ou peu étudié par la doctrine juridique française, les lois qui auraient pu s'en réclamer (lois n° 2002-307 du 4 mars 2002, n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, n° 2003-239 du 18 mars 2003, n° 2004-204 du 9 mars 2004) ont été mal reçues et présentées comme le fruit d'une volonté gouvernementale, ou ministérielle, de réduire les libertés publiques pour flatter un électorat conservateur.

Il y avait pourtant dans ces traités, conventions et recommandations une source d'inspiration parfaitement honorable qui aurait permis au législateur, respectueux des engagements internationaux de la France, de réaffirmer que le procès pénal n'a pas pour finalité première l'exercice des droits de l'homme, mais la répression des infractions ; le respect des droits de l'homme n'en est que l'instrument, mais nécessaire, car sans lui, la justice perd le respect qui lui est dû, à elle et à ses sentences.

Cette mauvaise exploitation de données pourtant très utiles au rééquilibrage de la procédure pénale conduit à rechercher comment travaillent les institutions qui écrivent le droit français.

II – LES CANAUX DE L'INSPIRATION

Notre Constitution donne au Gouvernement une place prééminente dans l'initiative des lois (art. 39, 44 et 48) et, lorsqu'il s'agit de procédure pénale, leur préparation incombe au Ministère de la Justice. Mais ces dernières années, en utilisant abondamment son droit

d'amendement (art. 44) , le Parlement a su ajouter aux projets gouvernementaux des nouveautés que les ministres n'avaient pas toujours souhaitées. L'Université devrait éclairer ces artisans institutionnels de la loi.

A) Le rôle du ministère de la justice

Peu après la promulgation de la loi du 15 juin 2000, l'Institut de Criminologie de Paris a organisé un colloque sur le thème « La révolution permanente de procédure pénale », auquel ont bien voulu participer des acteurs importants de la rédaction des lois : Me Georges Kiejman qui fut ministre délégué auprès du Garde des Sceaux, expressément chargé des réformes dans le gouvernement de M. Rocard, et M. Didier Guérin, longtemps sous-directeur de la législation criminelle ; l'un et l'autre parlèrent sans fard.

Il ressortit de leurs propos que le ministre donne l'impulsion aux réformes (le titre de la communication de Me Kiejman était « Le rôle du ministre dans l'impulsion des réformes en matière de procédure pénale ») et que la Direction des affaires criminelles et des grâces « assure une permanence fondée sur sa mémoire » et « présente les grandes options à prendre préalablement à des évolutions législatives » (M. Guérin avait choisi de présenter « Le rôle des bureaux de la Chancellerie dans la rédaction des réformes »).

L'impulsion ministérielle n'est évidemment pas être un acte de libre création du droit. Si fort que soit l'attachement d'un ministre à ses projets, il ne peut les faire prospérer qu'au prix de très grands efforts de persuasion : il lui faut convaincre d'une part le Président de la République, le Premier Ministre et les ministres des finances et de l'intérieur, et d'autre part, les citoyens ; cette tâche gigantesque accomplie, la présentation des textes au Parlement en est une autre que Me Kiejman trouva moins rude puisqu'il la qualifia de « passionnante » et dit « en avoir gardé le meilleur souvenir ». La loi votée, reste encore un travail, plus ingrat, celui de persuader les magistrats eux-mêmes du bien-fondé de sa réforme « voire [de son] caractère inéluctable (en raison par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme) » laquelle réapparaît inévitablement. L'art de légiférer en matière pénale implique donc l'utilisation d'arguments simples, politiquement entraînants, et le ministre ne peut pas, comme il le fait lors de la préparation de textes techniques de droit civil ou commercial, se contenter de constructions juridiques subtiles propres à emporter l'adhésion des seuls spécialistes. Comment pourrait-il oser déclarer à la télévision qu'il existe des droits de l'homme qui ne sont que « conditionnels » ?

On ne s'étonnera donc pas de l'apparition, au cours de ces dernières années, de nombreuses commissions indépendantes et chargées d'élaborer des propositions qui soient à la fois politiquement acceptables et techniquement applicables. Citons, entre autres, la Commission Justice pénale et droits de l'homme, présidée par Mme Delmas-Marty, le Haut Comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle présidé par M. Deniau, la Commission de réflexion sur la Justice animée par M. le premier président Truche : même quand ces assemblées ne font que répéter des projets dont tout le monde parle, elles leur confèrent une autorité nouvelle et les débarrassent des soupçons de partialité dont ils souffraient, quand ils étaient proposés par le seul gouvernement ou par un seul parti politique. Rendus ainsi présentables, ils deviennent des lois.

B) Le rôle du Parlement

Inspiré ou non par le gouvernement, le Parlement a, ces dernières années, largement utilisé son pouvoir d'amendement en matière pénale. Lors de la préparation du Code pénal, le Sénat a laissé sa marque sur ce grand travail législatif comme le note M. Lombois en ces termes malicieux : « Le projet a souffert du "syndrome du Pont de la rivière Kwai", cette

obsession d'accomplir l'ouvrage, qui, peu à peu, l'emporte sur la considération de son rôle stratégique. Soucieux que son projet ne connaisse pas le sort de plusieurs tentatives (depuis 1934) qui avortèrent, le gouvernement entra souvent en marchandage avec le Sénat. Cette assemblée, en cela - au moins - réactionnaire (au sens littéralement neutre de ce terme), a nettement dextrisé la réalisation d'une philosophie pénale partie plus à gauche » (C. Lombois, « Droit pénal général », Hachette, coll. Les Fondamentaux, 1994, p. 31). Lorsqu'il s'est agi de procédure pénale et non plus de droit substantiel, le Parlement a de nouveau développé une grande activité mais cette fois sans la « dextrisation » soulignée par M. Lombois, car les députés et sénateurs se sont toujours appliqués à protéger l'exercice des droits de l'homme. Ainsi, le projet qui devait devenir la loi du 15 juin 2000 ne comportait-il qu'une quarantaine d'articles alors que le texte finalement adopté en comptait 142 : dans les additions, on note des institutions aussi importantes que l'appel en matière criminelle (art. 380-1 à 380-15 C. proc. pén.) et le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 621-1 à 621-7 du même code) ; la loi du 9 mars 2004, issue d'un projet qui n'entendait pas offrir des sacrifices aux droits de l'homme, n'en comporte pas moins un important chapitre qui ouvre aux condamnés les moyens de contester devant des juridictions spéciales les modalités de l'exécution de leurs peines (art. 712-1 à 712-22 C. proc. pén.).

Les universitaires se flattent parfois d'avoir été à la source de ces nouveautés.

C) Le rôle des universitaires

Parce que la parole de l'universitaire est libre, elle est dépourvue du poids de *l'imperium*, et les vrais décideurs la prennent et la rejettent aussi librement qu'elle a été exprimée. Une « idée de professeur », et l'expression n'est pas nécessairement flatteuse, n'est pas tenue pour argent comptant par les hommes politiques qui se veulent pragmatiques, et elle ne devient loi qu'après avoir été longtemps soupesée, critiquée puis édulcorée. A supposer que les universitaires tiennent un rôle dans la création du droit en général et du droit pénal en particulier, leur influence ne peut donc qu'être indirecte.

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

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

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