

# Cycle de conférences : “La procédure pénale en quête de cohérence”

Conférence inaugurale : “1958-2005 : Que reste-t-il du Code de procédure pénale ?”

\*\*\*

## **Ordre, insécurité, liberté**

### **Les incertitudes de la procédure pénale**

\*\*\*

par

**Philippe Robert**

Directeur de recherches émérite au CNRS

*Que reste-t-il du code de procédure pénale ?* Cette question semble destinée à un juriste. C’est pourtant en connaissance de cause que votre Cour l’a posée à un sociologue. Vous ne serez donc pas étonné que je la traite en sociologue<sup>1</sup>.

En outre, j’ai surtout consacré ces dernières années à la construction de réseaux scientifiques européens, ce qui me conduit à voir les affaires françaises sous un angle, au moins implicitement, comparatif.

Enfin, je ne me hasarderai pas, surtout dans le temps dont je dispose, dans le dédale de changements législatifs presque innombrables et souvent fort complexes. Je vais, au contraire, chercher si l’on peut faire émerger quelques tendances et les remettre dans le contexte qui permet de les éclairer.

Toutefois, il faut peser d’emblée l’enjeu du problème que pose la Cour de Cassation.

Si la procédure pénale est cruciale ce n’est pas seulement pour les raisons classiques – la forme tranche du fond et elle est sœur jumelle de la liberté<sup>2</sup> – c’est aussi – et peut-être surtout – en raison des particularités du pénal.

Il consiste fondamentalement à menacer d’une peine les auteurs de certains comportements. Parmi ces derniers, les uns ont effectivement causé du tort à une victime particulière – ainsi du vol ou de l’homicide –, d’autres sont seulement réputés dangereux, attentatoires à un intérêt commun ou à l’autorité publique – déverser des produits toxiques dans une rivière, participer à une manifestation prohibée. Mais, dans un cas comme dans l’autre, le pénal procède toujours en organisant une confrontation entre le fauteur de trouble et la puissance publique. Par son action, voire son omission, quelquefois son mode de vie, le criminel, prétend-on, s’est attaqué à la souveraineté ; c’est pourquoi la sanction prend la couleur d’un châtiment ; il s’agit moins de réparer le tort que de punir l’audace du contrevenant et, par là, de rappeler la différence insurmontable qui sépare le prince du sujet.

L’établissement d’une réelle économie pénale suppose que le Prince monopolise, en force et en légitimité, assez de ressources pour opérer un véritable coup de force : la publicisation de délits purement privés. Au motif que l’agression ou la prédation... constitue un défi à sa prétention à se constituer en gardien général de la paix – autrement dit à sa revendication de monopoleur de la violence – il se substitue alors à la victime dans le rôle de l’offensé. Plus le politique est étatisé, plus il a la capacité de publiciser ainsi un nombre important de

---

<sup>1</sup> Si j’ai fait dresser par un collaborateur – Martin Méchin – un *syllabus* succinct des modifications apportées depuis sa promulgation au code de procédure pénale, c’est surtout pour me permettre de systématiser le souvenir que je peux avoir des principales lois intervenues dans ce champ lors de ces décennies.

<sup>2</sup> Encore que Jean Carbone ait rappelé dans un travail oublié de 1938 l’importance pour les libertés des dispositions de procédure pénale, notamment de celles sur la détention avant jugement.

délits privés. Dans le même temps, l'exhaussement du politique au-dessus de l'ordinaire des relations sociales entraîne une démultiplication de l'antique noyau de délits publics, ceux sans victime privée au moins directe, qui croissent à proportion mécanique de l'extension des compétences abandonnées à, ou conquises par, la puissance publique<sup>3</sup>.

Ce qui constitue le pénal en système typique de contention de la violence, c'est justement la prétention à traiter les délits privés publicisés de la même manière que les délits publics, c'est-à-dire en menaçant d'un châtement, et non d'une réparation, celui qui s'en rendrait coupable. Un des enjeux de la légitimité du pénal consiste à ne pas laisser penser qu'il s'intéresse à l'un seulement de ces deux aspects.

Avant d'être une branche du droit, le pénal est une forme de procès, très particulière à la réflexion, où le souverain fournit non seulement le juge mais aussi le poursuivant. Cette structure est susceptible de susciter facilement des soupçons de partialité qui risquent d'entacher sa légitimité et, par derrière, celle même de l'État. Pour prévenir ce risque, la procédure pénale doit donc fournir des garanties très ostensibles d'impartialité. D'où son caractère crucial.

Si le remplacement du code d'instruction criminelle a finalement précédé celui des autres grands codes napoléoniens, l'entreprise n'a cependant pas été aisée.

Dès 1870, Ollivier en avait affiché l'intention pour prouver la libéralisation de l'Empire, mais la défaite avait vite mis fin à ces velléités. Sous la première Troisième République, les travaux de la Commission Dufaure - devenue Le Royer - n'avaient pu déboucher que sur des révisions partielles (la loi Constans) ou éphémères (la loi de 1933) en raison des perpétuelles hésitations concernant la suppression de l'art. 10 CIC. Certes, la Commission Matter, auteur en 1934 d'un projet de réforme du code pénal, avait complété son œuvre en déposant en 1938<sup>4</sup> un projet de code de procédure<sup>5</sup>, mais l'ensemble était venu buter sur la guerre. À la Libération, la section de procédure pénale d'une nouvelle Commission de réforme judiciaire avait accouché - sous la présidence de Henri Donnedieu de Vabres - d'un projet publié en 1949<sup>6</sup>, mais l'intention de son président<sup>7</sup> de confier l'instruction au parquet avait reçu un accueil si froid lors de la consultation des juridictions et des facultés de droit que lui-même l'avait abandonnée<sup>8</sup>. Le 4 mars 1952, une nouvelle commission fut réunie sous la présidence du procureur général Antonin Besson ; on parvint à faire voter un titre préliminaire et un livre I le 31 décembre 1957. Puis l'entreprise bénéficia, comme le code de la Route ou l'Assistance éducative, d'un coup d'accélérateur imprévu : grâce à la procédure d'ordonnances, le garde des Sceaux Michel Debré réussit à faire promulguer l'ensemble le 23 décembre 1958<sup>9</sup>.

Pour autant, cette longue gestation ne doit pas laisser imaginer des ruptures radicales. La principale innovation du nouveau code tenait probablement à son livre V qui amorçait une juridictionnalisation de l'exécution des peines et introduisait la figure du juge de l'application des peines. C'est là que se marquait le mieux l'influence de la Défense sociale nouvelle. Pour le reste, le code s'écartait finalement assez peu du projet Matter. À l'autre extrême du processus, à l'amont, il officialisait l'enquête préliminaire et la garde à vue, mais sans y introduire la défense. Il cédait par ailleurs à la police sur le point de conflit traditionnel depuis un demi-siècle : il se bornait à raboter le mécanisme de l'art. 10 CIC<sup>10</sup> sans l'abolir. S'il améliorait l'autonomie du juge d'instruction par rapport au parquet, ses efforts en matière d'instruction préparatoire portaient surtout sur le contrôle par la chambre d'accusation<sup>11</sup> et sur l'introduction d'un examen médico-psycho-social.

Mais de profonds changements se préparaient, même s'il faudra quelque temps pour les apercevoir et en prendre la mesure, et ils finiront pas avoir un impact considérable sur le processus pénal.

On dit parfois que la procédure pénale est finalement un arbitrage permanent entre les exigences de la liberté et les nécessités de l'ordre. Je vais essayer de voir à grands traits comment et sous l'influence de quelle conjoncture le curseur entre ces deux termes a bougé au cours du demi-siècle.

<sup>3</sup> On peut en suivre l'aventure avec l'extension de la lèse-majesté où certains historiens décèlent une véritable matrice du droit pénal. On se reportera à la thèse classique de Mario Sbriccoli (1974).

<sup>4</sup> JO, 13 juin 1938, Chambre, Annexe 4286.

<sup>5</sup> Il semble avoir servi de source d'inspiration pour les entreprises ultérieures [Alline (2004, II, 75) paraît plus réservé et se borne à écrire qu'on *ne sait pas grand'chose* de ce projet].

<sup>6</sup> À l'Imprimerie administrative de Melun.

<sup>7</sup> Qui disait trouver son inspiration chez Garraud et chez Garçon.

<sup>8</sup> Lors des séances des 19 novembre 1951 et 21 janvier 1952.

<sup>9</sup> Ordonnance 58-1296. Sur l'épisode de la IV<sup>e</sup> République, on pourra voir Capdevielle, Robert, 1992, 234-238.

<sup>10</sup> Devenu entretemps art. 30 CPP.

<sup>11</sup> L'ancienne chambre des mises en accusation et future chambre de l'instruction.

Mais auparavant, je voudrais rechercher quelle a été l'influence spécifique sur la procédure de l'insécurité et des politiques publiques qu'elle a suscitées.

On m'objectera que ces deux aspects sont liés ; je n'en disconviens pas, mais je tiens qu'il y a un avantage didactique à les distinguer dans la mesure où ils mettent en jeu des mécanismes qui ne sont pas les mêmes.

Je parlerai donc successivement

- de la procédure à l'aune de l'insécurité,
- de la procédure entre l'ordre et la liberté.

## I. La procédure à l'aune de l'insécurité

C'est sur le second versant de la décennie 1970 que l'on commence à parler de sentiment d'insécurité. Sur le moment, certains ont cru à une création médiatique artificielle. Puis il a fallu se rendre à l'idée que les choses étaient plus compliquées même si beaucoup cherchent à *surfer*, avec plus ou moins de succès, sur le sentiment d'insécurité. Que s'est-il donc passé ?

### 1. L'émergence de l'insécurité

Ici, je suis contraint de donner quelques détails<sup>12</sup> tant les analyses courantes sont souvent insuffisantes et ne permettent pas de bien poser l'influence sur la procédure.

Au commencement de ma carrière, au cours des années 1960, la criminalité ne cotait pas très haut dans l'échelle des problèmes de société. Seule la délinquance juvénile retenait quelque peu l'attention, plus précisément les bandes de jeunes (c'était l'époque des *blousons noirs*), ce que l'on appelait curieusement les *délits gratuits*, en fait des dégradations soit de biens publics soit de propriétés privées<sup>13</sup>, enfin et surtout les vols (on disait alors *emprunts* pour souligner la composante d'usage de la soustraction) de véhicules à moteur. Dans l'ensemble, on se rendait bien compte qu'on en avait fini avec la délinquance de pénurie qui avait prospéré pendant la Seconde Guerre mondiale et perduré assez longtemps ensuite. Sous ces aspects anecdotiques, quelque chose de nouveau commençait sans qu'on en prenne alors la mesure. On assistait en réalité au commencement d'une vague sans précédent de délinquance d'appropriation qui croîtra jusqu'au milieu des années 1980 et sera ensuite suivie d'une stabilisation - voire d'une légère érosion - mais à un niveau très élevé qui en fait un risque banal.

Le relief pris dès le début de la période sous examen par l'*emprunt de véhicule à moteur* revêt alors tout son sens. La diffusion de la voiture - la 4 cv Renault, la 2 cv Citroën - représentait la fin de la période de pénurie et de reconstruction et l'entrée dans la consommation de masse. Depuis lors, vols et cambriolages continuent à s'attaquer en priorité aux voitures, mais aussi à l'électrodomestique, aux vêtements de marque, plus récemment aux téléphones portables... à toutes sortes de biens 'non consommables par le premier usage'.

Très largement répandus, ils témoignent de l'établissement d'une *consommation de masse*, c'est-à-dire une consommation qui surpasse les segmentations sociales, quoique selon une gamme qui va du banal omniprésent au luxueux beaucoup moins répandu. Mais leur diffusion n'est pas le seul trait intéressant. Souvent récents, ces biens sont cependant très liés désormais à nos modes de vie : la voiture est devenue indispensable pour aller travailler, pour sortir le soir et pour partir en vacances ; et qui se passe désormais d'un portable ? Ils constituent aussi des marqueurs du prestige social : la *grosse bagnole*, le blouson à la mode, le portable sont autant de signes de distinction, ou du moins de son apparence. Ces deux derniers traits signent l'entrée dans une *société de consommation* dont les valeurs sont réorganisées autour de la possession de ces biens.

Pour ceux qui n'y ont pas, ou pas encore, ou mal accès, la motivation à s'en procurer, serait-ce en les volant, n'est pas négligeable.

Du tournant XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles jusqu'à la période du code de procédure pénale, les normes de l'État national (devenu progressivement un État social) avaient réussi à s'imposer sans trop de difficulté dans une société qui n'était pas encore d'abondance, grâce surtout aux fermes disciplines de la scolarisation et du monde industriel tayloriste. Mais ensuite elles n'ont pas résisté à la pression impétueuse de la société de consommation.

<sup>12</sup> Je m'inspire ici de Robert, 1999, 2002.

<sup>13</sup> On parlerait peut-être maintenant de désordres ou d'incivilités.

Pour comprendre l'envol de la délinquance d'appropriation, il faut encore tenir compte d'une autre mutation de nos conditions de vie. Ces biens attirants sont très mal surveillés<sup>14</sup>.

C'est cette combinaison typique - des biens très répandus, puissamment attractifs, mal surveillés, une pression normative relâchée - qui fait de la société de consommation de masse une société de prédation de masse.

Cette première mutation - la plus considérable par son ampleur et sa durée - ne surgit donc pas dans une période de crise économique et sociale ; elle naît au contraire dans une société d'abondance. Mais il est crucial de réaliser qu'elle ne disparaît pas quand le contexte socioéconomique se modifie ; même si elle finit par plafonner ou par s'éroder légèrement, elle persiste à un niveau qui en fait un risque de tous les jours ; elle prend même, sur les marges, un tour plus âpre.

La chose n'a pas suscité une grande inquiétude tant que l'expansion des économies d'Europe occidentale réclamait une main-d'œuvre abondante et que le marché du travail consentait aux peu qualifiés le même statut stable qu'à tous les autres. Pour répandus qu'ils soient, les vols apparaissaient alors comme une conduite d'expérimentation juvénile limitée par l'entrée dans la vie active. À ce moment, les rudes disciplines du monde du travail, l'accès licite à la consommation qu'il autorisait, le statut stable qu'il fournissait se liguèrent pour mettre fin à cet épisode. Il suffisait donc de diriger vers l'emploi ceux qui étaient tentés par les voies de traverse. Et c'est probablement pourquoi l'alerte aux *blousons noirs* s'était soldée, non par une durable insécurité, mais seulement par une montée en puissance combinée de la justice des mineurs et de la prévention spécialisée des clubs et des équipes de rue.

Tout a changé quand le marché du travail a été segmenté et n'a plus proposé aux non qualifiés que des débouchés précaires faiblement intégrateurs. Alors la prédation de masse a suscité - vraisemblablement de manière assez brutale au cours du second lustre des années 1970<sup>15</sup> - une durable préoccupation sociale<sup>16</sup> parce qu'on n'y a plus vu de remède aisé. Il est plus malaisé de gérer la relégation que d'organiser l'inclusion : comment persuader de respecter la règle du jeu ceux qui sont persuadés qu'ils sont exclus du jeu ?

Le climat d'ensemble s'est modifié progressivement à partir de ce moment : l'État social triomphant fonctionnait comme un bloqueur des insécurités - demain sera meilleur qu'aujourd'hui ; en tout cas, nos enfants vivront mieux que nous - son affaiblissement les déverrouille d'autant plus qu'aucune alternative n'est proposée pour refonder le compromis social.

Pour compliquer le tout, à partir du milieu de la décennie 1980, les indicateurs de délinquance contre les personnes ont, à leur tour, commencé à croître, quoiqu'à une échelle bien plus modeste.

Les homicides ne semblent pas en cause : après une pointe liée au conflit mondial et un autre soubresaut autour de 1960, la croissance modérée observée de 1963 à 1984 est suivie par une décroissance qui fait retrouver autour de 2000 les niveaux du début des années 1970.

Les indicateurs officiels surestiment, par ailleurs, l'accroissement de la violence caractérisée, celle des coups et blessures : une série d'interventions législatives<sup>17</sup> sont venues élargir de plus en plus le périmètre de ce délit pour y faire entrer un grand nombre de cas qui en étaient antérieurement exclus, suscitant ainsi une croissance mécanique des comptages. La croissance réelle de cette forme de violence est marquée par une augmentation du nombre des victimes entre 1985 et 1995, puis ensuite seulement par une augmentation du nombre de faits subis par chaque victime.

En revanche, les indicateurs officiels rendent très mal compte de l'augmentation sévère d'une plus petite violence<sup>18</sup>, d'une violence en miettes. Ceux qui sont atteints le sont de manière de plus en plus répétitive et c'est peut-être la répétition qui fait le relief de ces agressions minuscules. Être injurié ou défié par un groupe de jeunes quand on rentre le soir chez soi, n'est pas bien grave en soi ; mais si l'incident se reproduit chaque jour, la vie de la victime peut en être gâchée. Nous sommes en présence d'agressions de harcèlement.

On a découvert par ailleurs que la moitié des agressions rapportées dans les enquêtes sont en fait des vols brutaux, du racket entre collégiens à l'arrachage du sac à main ou du portable. Les mesures de protection qui ont rendu le cambriolage ou l'enlèvement de voiture moins aisé n'ont-elles pas favorisé un certain

---

<sup>14</sup> Nos conditions de vie ont réduit de manière inattendue les capacités de tout un chacun à surveiller ses biens ; pour des raisons complexes, la surveillance publique a aussi diminué sans que les possibilités technologiques de surveillance à distance combleraient réellement le vide dans toutes les situations.

<sup>15</sup> En ce sens, Robert, Pottier, 1997.

<sup>16</sup> Il n'est pas exclu qu'ait également joué la réorganisation des valeurs des classes moyennes autour d'une fétichisation grandissante du patrimoine (Capdevielle, 1986).

<sup>17</sup> En 1981, 1993, 1996, 1998, 1999, 2002, 2003. On a beaucoup reproché aux dénonciations de la pénalisation de se réveiller quand la menace pénale effleure les élites ; elles ont au moins la vertu de rappeler que la procédure n'a pas été seule touchée par les initiatives législatives de ces derniers temps ; depuis la promulgation du nouveau code pénal, on a assisté à une multiplication inhabituelle de nouvelles incriminations ou d'aggravations de celles qui existaient déjà.

<sup>18</sup> De coups, mais plus encore d'injures, de menaces, d'attitudes agressives, de rackets...

déplacement : le téléphone portable constitue une proie aussi peu protégée que le blouson ou les baskets 'de marque' qu'arbore le collégien soucieux de son *look*. S'en emparer nécessite un minimum de confrontation brutale, un arrachage ou une menace. Peut-être aussi le durcissement des conditions de vie favorise-t-il une certaine brutalisation de la prédation facilitée, dans certains cas, par une indifférence du voleur envers une proie anonyme, dans d'autres, par une sorte de stratégie de domination<sup>19</sup>.

En résumé, la sécurité des personnes et des biens est menacée

- d'abord par une vague de délinquance d'appropriation qui a maintenant fait le plein mais qui demeure un risque généralisé ;

- ensuite par une violence de basse intensité – souvent des vols brutaux – qui menace de manière répétitive certains territoires et certaines populations.

## 2. Des politiques publiques en difficulté

Pour comprendre l'impact de ces changements sur la procédure pénale, il faut encore dire un mot au moins succinct des politiques publiques de sécurité.

Depuis un quart de siècle que dure cette histoire, la puissance publique ne semble pas avoir trouvé le nombre d'or qui lui permettrait de contrôler un problème dont l'ampleur est quand même limitée.

Un temps, les politiques de sécurité ont misé avant tout sur un traitement social concentré sur des territoires de relégation. Les résultats en sont mitigés<sup>20</sup>. La politique de la ville témoigne d'un souci de solidarité nationale, d'un refus d'une trop forte relégation, mais elle peine à produire des résultats massivement significatifs. Est-elle restée trop indécise, trop ambiguë ? A-t-elle reculé devant les coûts d'une déségrégation décisive ? A-t-elle pâti d'une conception trop locale<sup>21</sup> ? S'est-elle enfermée dans une conception administrative qui s'attache à gérer des territoires plutôt qu'à mobiliser des populations, à faire pour plutôt qu'à faire avec ? A-t-elle, avec constance, privilégié le bâti - plus facile à mettre en œuvre et servi par de puissantes corporations - au détriment du social ? Ou tout simplement n'était-elle pas de taille à inverser les tendances lourdes qu'elle prétendait combattre ? La politique de la ville jette une bouée à l'homme tombé à la mer, elle ne parvient pas à le remonter à bord. Et il est trop tôt pour dire si les nouvelles mesures de cohésion sociale seront de nature à modifier, de manière décisive, ce bilan en demi-teinte.

Les dispositifs de prévention se sont, eux, recroquevillés sur des postures surtout défensives. Le remarquable développement du marché privé de la sécurité a permis d'encapsuler dans des bulles de sécurité galeries commerciales, grandes surfaces, équipements collectifs, également<sup>22</sup> les grandes manifestations sportives ou ludiques... ; il a aussi permis à ceux des particuliers qui en avaient les moyens de diminuer les risques d'intrusion à leur domicile ou d'enlèvement de leur véhicule. En revanche, les démunis n'ont guère eu accès à cette ressource - pas plus qu'à l'assurance. Et la sécurité privée n'a pas vraiment permis de sécuriser l'espace purement public - pourtant le lieu de la majorité des agressions et des vols - malgré la fascination exercée par les technologies de surveillance à distance. D'où le recours, à partir de la fin de la décennie précédente, à toutes sortes d'emplois jeunes à statut précaire chargés d'assurer une fonction de médiation, de compenser l'éloignement persistant des administrations, des bailleurs sociaux, des transporteurs publics, voire des municipalités vis-à-vis des populations en difficulté. La diminution des subventions, l'abandon des procédures d'emploi qui sous-tendaient ces formules ont largement compromis leur survie.

Mais surtout, l'accompagnement à la socialisation des jeunes a été plutôt laissé à l'abandon. Remarquablement développé pendant les décennies 1960 et 1970 sous forme de clubs et équipes de prévention, il avait été déstabilisé quand le marché du travail est devenu moins accueillant. Malgré des expériences ici ou là, un effort de rénovation de la formule n'a pas été entrepris systématiquement.

De plus en plus, l'État central s'est replié, quant à lui, sur une conception essentiellement répressive de la sécurité. Ces dernières années, il y a été fortement encouragé par l'alarme au terrorisme et par l'équation implicite entre zones à forte concentration immigrée et poches de recrutement d'apprentis terroristes.

Paradoxalement, il n'est, malgré les apparences, pas bien armé. La sécurité des citoyens est mise à mal par une délinquance en miettes, une multitude de vols et pas mal de petites agressions. Mais les gros appareils policier et judiciaire peinent à la traiter. En ce qui concerne la violence, la faute en incombe à la faible propension des victimes à se tourner vers les autorités. Certes, si l'agression atteint une certaine gravité, elles

<sup>19</sup> Sur ce dernier aspect, voy. p. ex. Debarbieux, 2002.

<sup>20</sup> L'évaluation par l'INSEE (Le Toqueux, Moreau, 2002) commence à devenir un peu ancienne, mais il n'en existe guère d'autre qui soit sérieuse.

<sup>21</sup> Si les maux sont bien concentrés dans certaines zones, il n'est pas sûr que les remèdes s'y trouvent tous. Ainsi les communes qui cumulent le plus de zones à problèmes sont souvent dépourvues - en raison de leur pauvreté - des moyens d'une action efficace.

<sup>22</sup> Surtout depuis le milieu des années 1990.

déposent plainte et obtiennent alors une réponse vigilante ; mais ce cas est peu fréquent : le plus souvent, chaque fait, pris isolément, est trop peu caractérisé pour incliner au renvoi ; et pourtant leur répétition crée un effet ravageur. En ce qui concerne la délinquance patrimoniale, les choses fonctionnent différemment : la propension des victimes à déposer plainte est plus consistante, mais elles n'obtiennent généralement pas de réponse... parce que le volé est pour l'ordinaire incapable d'identifier son voleur et que la police a progressivement renoncé à tenter de traiter ce contentieux ingrat. Le mal n'est pas propre à la France, on le retrouve dans les pays comparables ; pourtant certaines comparaisons d'élucidation suggèrent qu'il prend chez nous des proportions plus radicales qu'ailleurs.

Améliorer le traitement de cette délinquance d'anonymat supposerait des polices très implantées localement, connaissant bien les milieux sociaux dans lesquels elles évoluent. La performance est moins malaisée pour une police locale ou régionale - comme le sont, en matière de sécurité publique, la plupart de celles des pays voisins - que pour un appareil très centralisé qui gère ses effectifs et leur affectation de manière nationale.

Au cours des dernières années du siècle précédent, une solution a été recherchée dans une formule de *police de proximité* qui s'inspirait de réalisations locales outre-Atlantique, notamment à Chicago ou à Montréal. Mais cette réforme - menée, il est vrai, très rapidement et d'une manière très administrative<sup>23</sup> - a suscité de telles réserves, au sein du personnel, par la perspective de devoir modifier des pratiques habituelles, et surtout une telle hostilité de la hiérarchie professionnelle qu'elle a été pratiquement abandonnée.

De manière plus accentuée qu'avant, les efforts se sont donc concentrés sur une doctrine d'ordre public qui fait peser une forte pression<sup>24</sup> - on parle de *tolérance zéro* - sur des cibles comme les jeunes des *zones urbaines sensibles* ou ceux qui leur ressemblent et qui traite surtout des contentieux d'ordre public, les infractions au code de la route, les stupéfiants ou l'immigration irrégulière.

Ce trait est d'autant plus accentué que l'on souhaite gérer le 'sentiment d'insécurité' et pas seulement la délinquance ni même la sécurité des personnes et de leurs biens. Or ce fameux sentiment a deux variantes : d'un côté les peurs concrètes que peuvent éprouver, pour eux ou pour leurs proches, ceux qui sont menacés par le vol ou la violence, surtout s'ils se sentent vulnérables ; d'un autre côté la préoccupation abstraite pour la sécurité que peuvent ressentir ceux qui - craignant le changement et surtout la montée de la précarité - affichent un rejet crispé de tout désordre, même s'il les menace peu personnellement. Les peurs sont fragmentées, locales, variables. La préoccupation, au contraire, est plus facile à saisir à coups de sondages. On est donc plus attentif à celle-ci qu'à celles-là. Comme la préoccupation sécuritaire s'affiche généralement solidement xénophobe, intolérante au désordre et avide de punitivité, on comprend l'importance prise par des contentieux qui concernent l'immigration irrégulière, la drogue ou l'ordre public.

Il n'est pas certain pour autant que l'on parvienne ainsi à résoudre durablement les problèmes de sécurité. Les menaces que craignent les apeurés ne sont pas dissoutes par la ferme répression de délinquances qui les atteignent peu ; quant aux préoccupés, ils sont certes charmés d'apprendre que l'État aime l'ordre, mais ils risquent de se révéler insatiables car c'est en fait le changement qui les hérisse. Finalement, il est douteux que l'insécurité soit durablement soluble dans le maintien de l'ordre<sup>25</sup>.

Tous ces échecs ou ces résultats incertains dans d'autres domaines ont finalement fait refluer sur la justice une très forte demande de sécurité. Elle a pesé principalement sur le droit substantiel<sup>26</sup>, avec une inflation des peines et même des incriminations, mais elle a eu aussi de lourdes conséquences en procédure pénale.

### 3. La pression de l'insécurité sur la procédure

**α.** Le trait le plus marquant des dernières évolutions est le développement - surtout au cours des années 1990 - d'initiatives locales destinées à permettre le traitement d'affaires hors circuit judiciaire. Ces déjudiciarisation ont surtout pris la forme de médiations judiciaires<sup>27</sup>, une activité assez mal nommée qui consiste plutôt dans une tentative d'un représentant du procureur pour obtenir un arrangement entre les parties sans recours formel à un jugement. Encore faut-il que l'auteur et la victime soient tous deux identifiés ; elle peut donc servir à régler des litiges d'interconnaissance, de voisinage - et c'est d'ailleurs le cas trois fois sur quatre - certainement pas le problème massif de la délinquance d'anonymat.

<sup>23</sup> On ne s'est pas assez préoccupé d'enseigner des savoir-faire que le personnel ne connaissait plus, de distribuer des stimulants capables de rendre l'innovation attrayante, surtout d'évaluer les résultats pas à pas.

<sup>24</sup> Par le recours notamment au contrôle d'identité répétitif.

<sup>25</sup> Ce qui permet d'ailleurs de s'en resservir, mais le jeu est dangereux : qui déclenche la surenchère populiste est le plus souvent dépassé par plus populiste que lui.

<sup>26</sup> Peut-être l'Etat actuel n'a-t-il plus pour parler aux citoyens que les deux registres de son ancêtre libéral du XIX<sup>e</sup> siècle, la moralisation et la répression.

<sup>27</sup> Milburn, 2002.

Finalement, les procédures **alternatives** sont devenues plus nombreuses que les classements pour inopportunité des poursuites<sup>28</sup>. Mais tout cet effort ne peut rien au problème essentiel : 60% des procès-verbaux reçus au parquet ne sont pas traitables parce que la police n'en a pas élucidé l'auteur et c'est massivement le cas des infractions qui concernent directement les citoyens<sup>29</sup>. Quoiqu'il en soit, ici comme pour les délégués du procureur chargés de distribuer en son nom des admonestations, le législateur est surtout intervenu – notamment en 1999 et 2001 - pour officialiser et systématiser des initiatives de terrain.

Cette évolution touche également le régime des mineurs. L'ordonnance du 2 février 1945 s'organisait autour d'une prise en charge dans la durée ; elle reposait sur une vision finalement optimiste de la jeunesse. Maintenant, on favorise plutôt une intervention rapide et ponctuelle. Les parquets ont développé des solutions qui font l'économie du processus judiciaire : à côté d'arrangements parajudiciaires comme la médiation-réparation, ils chargent des délégués - souvent d'anciens policiers ou d'anciens gendarmes - d'administrer aux mineurs qui leur sont déférés une sorte d'avertissement. Si, dans les années 1980, les procureurs avaient laissé se développer une admonestation policière pour les petites affaires de mineurs, ils ont, depuis lors, rapatrié cette mesure à leur parquet pour lui donner plus de relief. Les deux cinquièmes des affaires traitées l'ont été par l'une ou l'autre de ces solutions alternatives<sup>30</sup>.

**β.** Une autre tendance - l'une des plus consistantes - consiste à **accélérer** le traitement de ce qui est facilement traitable. On peut en fixer le point de départ au remplacement, en 1981, du flagrant délit par une saisine directe transformée en une comparution immédiate, progressivement élargie. Son importance vient surtout du fait qu'elle représente presque la moitié des entrées en prison. La convocation par procès-verbal tient une place quantitative considérable et son invention a joué un rôle crucial dans la résorption du défaut.

Ce sont aussi des formes simplifiées de décision qui transfèrent au parquet une partie de l'office du juge, comme la vieille ordonnance pénale - dont le champ a été étendu - la composition pénale et l'instauration en 2004 d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui permet au procureur de proposer au poursuivi qui veut bien l'accepter une peine réduite que le juge n'a plus qu'à homologuer.

Cette obsession de l'accélération se retrouve encore dans des mesures récentes qui ont été très discutées, ainsi la création en 2002 de juges non professionnels dits de proximité, fort mal reçus par la magistrature<sup>31</sup>.

Le jour où l'on se préoccupera d'évaluer l'effet des réformes de procédure, deux questions seront à examiner : les contentieux traités prioritairement concernent-ils plutôt l'ordre public ou plutôt la sécurité des citoyens ; la priorité donnée à l'accélération de ce qui est facile à traiter entraîne-t-elle une plus grande rapidité globale de la justice pénale ou, finalement, son ralentissement<sup>32</sup> ?

**γ.** La tendance la plus ancienne a consisté à remanier en profondeur la gamme des peines. Si la mesure la plus notable symboliquement a été l'abolition en 1981 de la peine capitale, elle ne doit pas masquer la place de plus en plus consistante accordée progressivement aux peines **intermédiaires** qui ne sont ni privatives de liberté ni monétaires. Au vieux sursis sont venus s'ajouter le sursis avec mise à l'épreuve, le travail d'intérêt général, le jour amende... C'est que les prisons sont de plus en plus occupées par des voleurs, des meurtriers, des trafiquants de drogue qui y font des séjours de plus en plus longs. Quant aux peines pécuniaires, elles sont de plus en plus cantonnées à la circulation routière.

Ainsi, la justice a trouvé dans les peines intermédiaires une sorte de pénalité spécifique pour cette petite délinquance qui intervient le plus dans l'insécurité quotidienne des citoyens<sup>33</sup>.

Toutefois, l'importance des crédits absorbés par les établissements pénitentiaires n'a pas permis une montée en puissance des dispositifs de gestion de ces peines intermédiaires à hauteur du recours qu'y font les juridictions. Du coup, les délais de mise à exécution peuvent être rédhibitoires et la substance de ces sanctions plus ou moins consistante.

**δ.** La dernière tendance concerne la place faite aux **victimes**. Une série de mesures - principalement étalées entre 1977 et 1990 - leur ont ouvert des perspectives d'aide et (surtout en matière de violences graves) des procédures d'indemnisation de moins en moins dépendantes du processus pénal.

Malgré l'activité déployée au sein de ces dispositifs, leur intervention concerne cependant une proportion très restreinte de l'ensemble des victimes. Il y a là comme un désir de compenser, au moins

<sup>28</sup> Qui englobent un certain nombre de mesures alternatives comme les régularisations ou le désintéressement de la victime. Justice, 2005, 16.

<sup>29</sup> On s'étonne qu'aucun des rapports officiels qui se sont attachés au classement sans suite ne s'y soit arrêté.

<sup>30</sup> Justice, 2005, 22.

<sup>31</sup> Leur profil va-t-il leur conférer cette 'proximité' dont on attend vitesse et souplesse dans le règlement des petits litiges et des petites infractions ? C'est probablement la question essentielle posée par cette innovation – déjà apparue sous un autre nom et d'autres modalités à la fin du septennat du président Giscard d'Estaing.

<sup>32</sup> Il n'est pas exclu, en effet, que les ponctions de moyens nécessitées par cette accélération ne compromettent le traitement dans des délais raisonnables de tout ce qui est plus malaisé à traiter.

<sup>33</sup> Pour les mineurs cependant, la tendance est, depuis le milieu des années 1990, à recréer des établissements de plus en plus fermés.

symboliquement, la faible capacité du processus pénal à donner satisfaction aux victimes de vols ou d'agressions.

On le voit, si ces deux dernières tendances débutent dans la deuxième partie des années 1970, c'est surtout dans les décennies suivantes que l'insécurité fera sentir son poids sur le cours de la procédure pénale.

C'est au contraire depuis les lendemains de la promulgation du code de procédure pénale que le curseur entre ordre et liberté n'a cessé de se déplacer, mais les circonstances de cette histoire ont changé de teinte à plusieurs reprises au cours du dernier demi-siècle.

## **II. La procédure pénale entre ordre et liberté**

Sitôt né, le nouveau code s'est heurté à la situation chaotique dans laquelle est apparue la V<sup>e</sup> République. Dès le 13 février 1960, puis encore le 4 juin, des ordonnances sont venues l'écorner<sup>34</sup>. Cette conjoncture difficile a eu surtout pour effet l'apparition d'une succession de juridictions d'exception : la Magistrature - tout comme le Conseil d'État - s'est mal accommodée de cette résurgence et le pouvoir exécutif lui s'est mal accommodé de ces scrupules de juristes. Mais si l'hostilité entre le nouveau garde des Sceaux, Jean Foyer, et la Défense sociale nouvelle<sup>35</sup> a engendré une sorte de guérilla qui a freiné la mise en œuvre du livre V et la montée en puissance du juge de l'application des peines et du sursis avec mise à l'épreuve en tout cas, peu de nouvelles lois sont venues pendant la décennie 1960 modifier l'architecture du code de procédure pénale<sup>36</sup>.

Et même quand est intervenue, en 1970, la première modification réelle du code de procédure pénale, on a eu l'impression de rester dans un registre habituel. À l'instigation du nouveau directeur des Affaires criminelles, Pierre Arpaillange<sup>37</sup>, une loi a réformé la détention avant jugement - désormais nommée *provisoire* et non plus *préventive* - et a instauré le contrôle judiciaire<sup>38</sup>. Elle est passée comme par surprise et presque sans débats, dans une période où dominant pourtant les crispations suscitées par la grande peur de 1968 et la hantise des gauchistes. Cette loi ne fait que rouvrir un chantier classique de la procédure pénale depuis la Constituante, celui de la détention avant jugement. Parce qu'elle ressemble trop à une peine avant toute condamnation, la détention préventive ou provisoire est regardée depuis la Constituante comme un mal. Mais il est des cas où ce mal semble nécessaire au fonctionnement de la Justice. Tout le problème consiste donc à la rendre aussi rare et aussi brève que possible. Simplement, selon que l'on est plus sensible aux exigences de la liberté ou aux nécessités de l'ordre, on ne placera pas au même endroit le curseur de cette nécessité<sup>39</sup>.

La loi de 1970 ne constituera pas la seule retouche apportée à la détention avant jugement. Au contraire, dans le dernier quart de siècle, le législateur sera comme saisi de frénésie : il reviendra sur le thème en 1975, en 1984, en 1985, en 1987, en 1989, en 1993 (deux fois), finalement en 2000 et encore en 2002... pour s'en tenir aux principales interventions. Mais les enjeux ne resteront pas les mêmes au cours de cette courte période. Et bien d'autres domaines de la procédure seront progressivement happés par la machine à faire des lois.

---

<sup>34</sup> Si la première a trait à la sûreté de l'État, pour la seconde on ne voit pas la liaison avec les troubles liés à la guerre d'Algérie et à sa liquidation.

<sup>35</sup> Le 7 décembre 1962, le nouveau garde des Sceaux, Jean Foyer, supprimait la Commission d'études législatives pénales et pénitentiaires, probablement pour pouvoir éliminer Besson, Ancel et Amor. En tous cas, ils étaient écartés du Conseil de législation pénale créé par arrêté du 20 avril 1963 et présidé par le nouveau procureur général près la Cour de Cassation, Maurice Aydalot.

<sup>36</sup> Quelques velléités réformatrices, se sont heurtées au peu d'enthousiasme du conseil de législation pénale (ex. *in* Capdevielle, Robert, 1992, 239).

<sup>37</sup> Il a fait créer un nouvel organe consultatif, le Conseil de législation pénale, toujours présidé par Maurice Aydalot. Fort de l'appui du Président de la République, il a tenté de reprendre une politique de modernisation de la justice pénale qu'illustrera notamment une note (republiée en annexe de Arpaillange, 1980) de 1972.

<sup>38</sup> Déjà envisagé sous la III<sup>e</sup> République (voy. Larnaude, 1901 ; Carbonnier, 1938, 107, 110). La loi réformait aussi le régime de la caution et introduisait une procédure d'indemnisation pour les détentions abusives.

<sup>39</sup> Chaque régime politique a tenté d'imprimer sa marque sur une matière tellement controversée. La Constituante s'était montrée fort libérale, le code d'instruction criminelle du Premier Empire sera lui très restrictif. Un projet de 1842 échouera à renvoyer le balancier vers moins de rigueur. Il faudra des lois du Second Empire pour ébrécher quelque peu la construction du Premier. Sous la III<sup>e</sup> République, un projet de 1901 ne sera voté qu'en 1933 et tout aussitôt démantelé en 1935 et en 1939.



## 1. De la réglementation de la détention provisoire à la remise en cause du juge d'instruction

Après les émeutes pénitentiaires de 1971 et le rapport Schmelck du 8 janvier 1972, la préoccupation dominante devenait – dès la note Arpaillage de 1972 et le projet de 1973 - l'encombrement des prisons et les risques qu'il engendre. Elle allait grandir à mesure que l'on prenait une plus claire conscience de la part de la détention provisoire dans l'entrée en détention. C'est d'ailleurs pour cela que l'intention d'améliorer la loi de 1970 a survécu au départ de son promoteur : la loi du 6 août 1975 suscitait une vraie bataille parlementaire qui contrastait avec l'atonie qui avait accueilli le projet de 1970, mais elle laissait les médias indifférents.

Quand il sera devenu garde des Sceaux après 1981, Robert Badinter reviendra à deux reprises sur ce chantier<sup>40</sup>. Alors que l'on avait joué jusque-là tantôt sur les cas tantôt sur les délais de mise en détention, lui opte finalement pour l'instauration d'un débat contradictoire et cette réforme sera votée sans grande discussion.

Au fond, pendant ce premier temps, on tente de contrer le retournement de tendance historique en faveur d'un plus large recours à l'emprisonnement. Cette contre-offensive réussira à réduire le nombre de entrées, mais ce succès sera étouffé par la croissance de la durée des séjours. Ensuite, cet objectif sera abandonné et la création récente d'un référé-détention manifesterà le souci inverse d'éviter des libérations que le parquet et la police désapprouveraient. C'est que les enjeux vont changer : on s'intéressera moins à encadrer la détention provisoire qu'à remettre en cause l'existence du juge d'instruction.

On est passé d'abord par une phase législative bizarre : en fin de législature, Robert Badinter obtient d'une chambre mal convaincue une modification de la loi toute fraîche de 1984 en confiant la décision de mise en détention à un collège de juges d'instruction. En 1987, Albin Chalandon fait voter une loi qui exclut les juges d'instruction du collège mais qui n'a en fait d'autre objectif que d'empêcher l'entrée en vigueur de la réforme de 1985. Il lui arrivera la même mésaventure : après les élections de 1988, Pierre Arpaillage fera voter en 1989 une loi dont la vertu essentielle est d'annuler celle de son prédécesseur.

Bientôt, sous des qualifications diverses, vont se multiplier des 'affaires' de corruption qui mettent en cause des politiques, des entrepreneurs, parfois des hauts fonctionnaires, et aussi - un peu plus tard - des affaires où les victimes mettent en cause la responsabilité d'élus ou d'administrateurs. La complexité de ces affaires, la difficulté de réunir des preuves, la prudence aussi conduisent à ouvrir systématiquement des informations préparatoires : le juge d'instruction connaît donc systématiquement de ce contentieux et ses relations avec l'élite politico-administrativo-entrepreneuriale en sont d'autant plus affectées que les affaires se multiplient<sup>41</sup>.

Une solution avait été imaginée aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale par Henri Donnedieu de Vabres qui proposait de déléguer au parquet les fonctions d'enquête du juge d'instruction et à un juge ses pouvoirs de décision. Son promoteur y avait vite renoncé devant le peu d'enthousiasme tant des juridictions que des facultés de droit, et on l'avait oubliée. À la fin des années 1980, une commission Delmas-Marty<sup>42</sup>, dominée par un front solide d'agrégés de droit, de conseillers d'État et d'avocats, est venue la remettre en mémoire dans un contexte plus favorable. Elle pouvait se targuer désormais du prestige du modèle dominant, la procédure accusatoire de type américain, efficacement relayé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'ailleurs, et l'Italie et l'Allemagne avaient toutes deux adopté ce nouveau système qui fusionne la poursuite et l'instruction préparatoire.

Dans le contexte des 'affaires', la mise en œuvre de cette solution se heurtait toutefois à l'ambiguïté du parquet français, à la fois membre de la magistrature et subordonné du pouvoir exécutif. Restait cependant la possibilité d'enlever au juge d'instruction son pouvoir le plus redouté, celui de mettre en détention provisoire.

Déjà, l'opération avait été tentée en 1987, mais le changement de majorité avait conduit à l'annulation de cette réforme avant qu'elle entre en vigueur. Quelques années plus tard, c'est un gouvernement de gauche qui a tenté une réforme analogue en fin de législature - avec l'appui réticent des ténors de la gauche judiciaire et celle des organisations d'avocats intéressées par une réforme de la garde à vue - et malgré de vives réticences du corps judiciaire. Quelques mois après, l'opposition remporte largement les élections et elle accepte de satisfaire les organisations professionnelles de la droite judiciaire soutenues en l'espèce par le syndicat majoritaire et probablement la plus grande partie du corps. En revanche, on ne touche guère à la réforme de la garde à vue, ce qui permet d'éviter une trop forte mobilisation du barreau.

La nouvelle majorité se repentira vite d'avoir rendu au juge d'instruction le droit de mettre en détention. Alors que la première vague d'affaires de corruptions avait surtout touché les partis de gauche, la deuxième

---

<sup>40</sup> Parallèlement à la grande Commission de révision du code pénal dont il a pris lui-même la présidence, il a confié à Jacques Léauté la charge d'une autre commission chargée de la procédure pénale. Ce comité consacre à la détention provisoire ses séances des 17 février, 4 et 25 mars 1983, 15 février 1984 et lance une enquête dans les ressorts de Paris et d'Aix (Capdevielle, Robert, 1992, 258sq).

<sup>41</sup> Bancaud, Robert, 2001.

<sup>42</sup> Commission..., 1990.

atteint de plein fouet ceux de droite. Désormais, toutes les formations de l'éventail politique seront exposées à la curiosité des juges d'instruction.

Quelques années plus tard, la gauche redevenue majoritaire retire à nouveau au juge d'instruction son pouvoir de mettre en détention provisoire. Au Parlement, la nouvelle loi passe de manière fort consensuelle tandis qu'elle divise les organisations professionnelles du monde judiciaire. Mais quand, en 2001, les préoccupations sécuritaires flambent à l'approche d'échéances électorales importantes, des refus de mise en détention font scandale : certains politiques s'attaquent à la loi de 2000 souvent après l'avoir approuvée ; on retrouve le climat de 1933-1935. Mais la plupart des responsables politiques préfèrent reprocher aux juges de *dramatiques erreurs d'appréciation*. Ceux-ci entendent qu'on leur fait grief d'appliquer la loi de la même manière aux convoyeurs de produits prohibés et aux politiques ou aux entrepreneurs.

Finalement, le transfert du contentieux de la détention provisoire à un juge des libertés et de la détention semble en train d'entrer dans les mœurs.

Quant à la dévolution de l'instruction au parquet, elle se heurte toujours au statut *bifrons* du ministère public français. Au cours de la décennie précédente, il a semblé, avec la Commission présidée par Pierre Truche, sur le point d'évoluer vers un accroissement des garanties statutaires et une réduction de la subordination par suppression des instructions concernant des affaires particulières<sup>43</sup>. Mais les fortes réticences qu'il soulevait des deux côtés de l'échiquier politique ont conduit à l'avortement *in extremis* de ce projet. Finalement, la plus récente réforme de la procédure a choisi, au contraire, de réaffirmer la subordination du parquet à l'exécutif et sa hiérarchisation.

La fusion de la poursuite et de l'instruction se heurte encore à un autre obstacle, plus rarement évoqué : le sort de la mise en marche de l'action publique par constitution de partie civile. On ne voit pas bien comment en confier la connaissance à un ministère public qui, le plus souvent, s'est montré hostile au déclenchement de poursuites que réclame le plaignant<sup>44</sup>. Certes, on a beaucoup critiqué les usages abusifs de cette procédure, notamment dans le cadre de litiges commerciaux. On y réfléchit cependant à deux fois avant de supprimer une soupape de sécurité pour des cas dramatiques qui n'ont trouvé de solution ni politique, ni administrative, ni devant les justices civile ou administrative, ni encore par la sollicitude du ministère public. Le droit a d'ailleurs multiplié les cas d'*action associative*<sup>45</sup> greffée sur cette procédure de mise en marche de l'action publique par constitution de partie civile, comme une sorte de contrepartie à un parquet dépendant de l'Exécutif. La chute de légitimité des élites, l'exaspération devant les obstacles à la mise en cause de leur responsabilité<sup>46</sup> commandent probablement la prudence.

Finalement, il semble que la dernière loi de procédure ait plutôt opté pour un accroissement des pouvoirs du parquet et de la police<sup>47</sup> qui rendra encore moins nécessaire le recours au juge d'instruction. Sans supprimer tout à fait ce dernier, on facilite encore plus son contournement. Ce développement majeur posera probablement dans l'avenir trois questions majeures : i) les réformes de la procédure d'instruction y avaient renforcé les droits de la défense ; malgré l'introduction de l'avocat dans la garde à vue depuis 1993, la nouvelle procédure policiaro-parquetière qui se dessine reste, à ce propos, très déficitaire ; ii) conférer au parquet de nouveaux pouvoirs quasi-judiciaires tout en réaffirmant sa subordination risque de finir par susciter quelque difficulté avec la Cour européenne des droits de l'homme ; iii) l'équilibre de la nouvelle procédure suppose que le juge de la liberté et de la détention reçoive les moyens d'un véritable contrôle, sinon il finirait par apparaître comme une simple caution ou un alibi.

Peut-on conclure à une évolution qui réalise, sans le dire, les recommandations Donnedieu de Vabres/Delmas-Marty ? Ce serait oublier un autre élément, d'importance : la multiplication des procédures et des compétences dérogoatoires.

### 3. Terrorisme, crime organisé...

Supprimer les juridictions d'exception avait été un slogan du début des années 1980, au moment où l'on abolissait la Cour de sûreté de l'État et, pour l'essentiel, les tribunaux militaires.

Bien vite, cependant, on a créé une forme spéciale de juridiction criminelle où les jurés populaires sont remplacés par des magistrats... au motif accepté sans grande discussion que l'on ne trouverait pas de juré qui

<sup>43</sup> Déjà encadrées jusqu'à un certain point par la double obligation d'un écrit et d'un versement au dossier.

<sup>44</sup> En outre, il faudrait conférer au juge de la liberté et de la détention soit un pouvoir d'injonction à l'encontre du ministère public, soit un pouvoir d'évocation (qui ferait renaître dans ces cas le juge d'instruction).

<sup>45</sup> Qui peut être aussi syndicale et ordinale ; voy. p. ex. Robert, 1988.

<sup>46</sup> Alors surtout qu'une loi du 10 juillet 2000 a redéfini les infractions d'imprudance dans le souci de limiter la mise en cause d'élus ou de responsables administratifs (voy. p. ex. Galletti, 2002).

<sup>47</sup> Extension de la durée d'enquête en flagrance, possibilité de recourir à la contrainte en enquête préliminaire, surtout création d'un mandat au bénéfice du parquet (p. ex. Schwendener, 2004).

accepte de siéger dans des affaires de terrorisme. De fil en aiguille, on a fini par se retrouver avec une filière spéciale en matière de terrorisme.

Mais ce n'est pas le tout : la *lutte contre le terrorisme* a été - avec la prohibition - l'occasion de faire sauter la plupart des encadrements juridiques de l'action policière. Jean Carbonnier<sup>48</sup> y aurait vu un superbe cas d'*effectivisme*, comme il nommait la lutte des exécutants de la norme pour la faire coïncider avec leurs pratiques.

On pourrait penser que cette lutte contre le terrorisme nécessite, plutôt que des dispositions juridiques spécifiques, de bons Services spéciaux et que notre pays a eu l'occasion de les roder efficacement au cours des deux dernières décennies. Mais ce serait oublier qu'il faut parfois faire juger des affaires de terrorisme ; *ficeler* la preuve n'y est pas toujours aisé, notamment des cas où l'attentat n'a pas eu lieu, disposer de règles *ad hoc* donne l'espoir de limiter les risques de relaxes retentissantes comme on en a observé dans certains autres pays européens.

Au delà même de ces raisons fonctionnelles, parler de terrorisme constitue un argument péremptoire pour les revendications policières : qui prendrait le risque d'affaiblir la lutte contre le terrorisme si des spécialistes lui affirment que de misérables dispositions juridiques exposent la Nation à de terrifiantes menaces ?

Ce n'est parfois qu'un premier pas. On l'a vu avec l'extension à la catégorie plus diffuse du *crime organisé* des dispositions<sup>49</sup> testées d'abord pour le terrorisme. Il est certes avéré que le crime mafieux accompagne le plus souvent le terrorisme<sup>50</sup> - ne serait-ce que pour des raisons de financement - et que *frapper au portefeuille* peut être une stratégie efficace. Il n'en reste pas moins que c'est tout l'édifice bâti par le législateur et la jurisprudence pour encadrer l'action policière qui se trouve ébranlé. Et tout le problème est de savoir si l'élargissement du périmètre des dérogations s'arrêtera à la liste limitative contenue dans la dernière loi de procédure.

Ces dérogations ne sont pas limitées à l'enquête policière, elles atteignent aussi le processus judiciaire puisqu'on prévoit de confier à certaines juridictions seulement une compétence interrégionale en matière de crime organisé. La délinquance économique et financière en profite : les affaires ordinaires pourront certes être connues par les juridictions ordinaires, mais celles de *grande complexité* iront aux juridictions spécialisées et celles de *très grande complexité* aux ressorts à compétence interrégionale. Même les affaires de Santé - dont les puissants professionnels goûtent peu la mise en cause de leur responsabilité pénale - n'ont pas échappé à ce processus de spécialisation des tribunaux.

La raison est toujours la même : s'ils ne se spécialisent pas, les juges ne seront pas capables de démêler des contentieux aussi complexes. On comprend la force de l'argument. Mais il a un revers : à force de se spécialiser, on risque de ne plus apprécier ces affaires à la même aune que les autres. Et l'on peut faire grief à des règles de compétence alternatives de permettre de choisir le juge des affaires délicates. Finalement, il faudra évaluer si ces spécialisations font prospérer les contentieux qui en sont l'objet ou si ces matières deviennent rachitiques.

## Conclusion

Au total, la procédure pénale a-t-elle connu des changements décisifs depuis 1960 ?

Certaines réformes préfigurent peut-être des évolutions qui, menées à leur terme, conduiraient à une procédure très différente de celle dessinée par le CPP. D'autres pourraient même, si elles prospéraient, faire tout simplement éclater la procédure pénale. Mais en même temps, on doit noter l'attachement à un système d'organisation judiciaire - bonapartiste - qui est, de moins en moins, un modèle de référence en Europe.

Le diagnostic est donc incertain.

Il y a un aspect, en tous cas, où le changement est tout à fait net : la façon de faire la loi de procédure.

Le rythme s'est accéléré de manière étonnante. C'est que la fonction symbolique de la loi prend de plus en plus d'importance par rapport à sa fonction instrumentale. Faire des lois apparaît comme un moyen d'exister et d'occuper le terrain quand on est pressé par les urgences de l'insécurité et du terrorisme, mais que l'on tente aussi, avec plus ou moins de bonheur, de *surfer* sur elles. Et cette raison pèse d'autant plus que, depuis un quart de siècle, la Nation - quand elle a été consultée - n'a jamais renouvelé le bail d'une majorité sortante.

Si cette mutation intéresse au premier chef le droit substantiel, elle a même gagné les matières de procédure.

Dans cette urgence perpétuelle, le législateur n'a plus le temps de s'appuyer sur la réflexion de grandes commissions de spécialistes. Des groupes de pression semblent avoir pris leur place. Et, soit dit en passant, je

---

<sup>48</sup> Carbonnier, 1979 ; voy. aussi Lévy, Zauberger, 1997.

<sup>49</sup> En matière d'infiltration, de sonorisation, de perquisitions, d'interceptions de télécommunications, de surveillances, de garde à vue...

<sup>50</sup> Mais l'inverse est loin d'être toujours avéré, tant s'en faut.

suis frappé de voir que, contrairement à la situation ancienne, la magistrature, en tant que telle, semble largement absente de la préparation des lois de procédure.

En tous cas, le plus urgent dans la situation actuelle serait probablement de faire évaluer la portée des changements intervenus<sup>51</sup>.

### Bibliographie

- Alline J.-P., *Gouverner le crime ; les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, l'Harmattan, 2004, 2 tomes.
- Arpaillange P., *La simple justice*, Paris, Julliard, 1980.
- Bancaud A., Robert Ph., La place de la justice en France : un avenir incertain, in Robert Ph., Cottino A. (dir.), *Les mutations de la justice ; comparaisons européennes*, Paris, l'Harmattan, 2001, 181-198.
- Capdevielle J., *Le fétichisme du patrimoine*, Paris, Presses de la Fondation nationale de science politique, 1986.
- Capdevielle J., Robert Ph., Vers une instabilité législative chronique ?, in Robert Ph. (dir.), *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire. Deux siècles de débats*, Paris, l'Harmattan, 1992, 233-260.
- Carbonnier J., *Instruction criminelle et liberté individuelle. Étude critique de la législation française*, Paris, É. de Boccard, 1938.
- Carbonnier J., *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1979 (4<sup>e</sup> édition).
- Commission, *Justice pénale et droits de l'homme ; la mise en état des affaires pénales : rapports*, Paris, ministère de la Justice, 1990.
- Debarbieux É., *L'oppression quotidienne, enquêtes sur une délinquance des mineurs*, Paris, La Documentation Française, 2002.
- Galletti F., Incriminations pénales et administrations publiques, in Mucchielli L., Robert Ph. (dir.), *Crime et sécurité, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, 111-119.
- Justice, *Les chiffres-clés de la justice*, Paris, ministère de la Justice, 2005.
- Larnaude F., Rapport sur les garanties de la liberté individuelle, *Bulletin de la Société Générale des Prisons*, 1901, 185-214.
- Le Toqueux J.-L., Moreau, Les zones urbaines sensibles, *INSEE Première*, 2002.
- Lévy R., Zauberman R., Des normes juridiques aux pratiques professionnelles : ressources et contraintes dans l'activité de police judiciaire, in Robert Ph., Soubiran-Paillet F., van de Kerchove M. (dir.), *Normes, normes pénales, normes juridiques*, Paris, l'Harmattan, 1997, 2 tomes, 137-164.
- Milburn Ph., Les avocats, in Mucchielli L., Robert Ph. (dir.), *Crime et sécurité, l'état des savoirs*, Paris, la Découverte, 2002, 282-290.
- Robert Ph., L'action des groupements. Des stratégies évolutives, *Archives de politique criminelle*, 1988, 10, 59-78.
- Robert Ph., *Le Citoyen, le crime et l'Etat*, Genève-Paris, Droz, 1999.
- Robert Ph., *L'insécurité en France*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2002.
- Robert Ph., Pottier M.-L., « On ne se sent plus en sécurité ». Délinquance et insécurité. Une enquête sur deux décennies, *Revue française de science politique*, 1997, 47, 6, 707-740.
- Sbriccoli M., *Crimen Laesae Majestatis*, Milano, Giuffrè, 1974.
- Schwendener M., Les principaux fichiers de la police, in Collectif, *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, 317-322.

---

<sup>51</sup> On parle beaucoup en France depuis une quinzaine d'années d'évaluation des politiques publiques, mais on en pratique en réalité fort peu. Ce que l'on baptise ainsi n'est généralement qu'un audit interne, le plus souvent confié à un corps d'inspection appartenant à l'administration. L'évaluation se distingue de l'audit en prenant en compte l'impact (*outcome*) et non seulement le produit (*output*) y inclus les effets latéraux et contre-intuitifs.