

Les valeurs fondamentales à l'épreuve de la perpétuelle réforme

JEAN-CLAUDE
PLANQUE
Maître de conférences
en droit privé et
sciences criminelles,
université de Lille 2

L'auteur dédie ce texte à la mémoire de Françoise Lombard, sa collègue et amie, qui devait participer à sa rédaction.

Le droit pénal et la procédure pénale ont pour but de fixer les interdits sociaux et d'organiser la réaction de la société en cas de violation de l'un de ces interdits par un de ses membres. L'observation de ces règles, que l'on regroupe volontiers sous l'appellation « matière pénale », est instructive puisqu'elle permet d'apercevoir, en filigrane, les grandes orientations de la société.

Il n'a échappé à personne que notre matière pénale est, depuis quelques années, en perpétuel mouvement ou, plus exactement, en perpétuelle réforme. Dès lors, faut-il en déduire un changement de nos valeurs fondamentales ? Sans doute oui, au moins pour certaines. Faut-il s'en inquiéter ? Sans doute oui, en raison tant du processus utilisé pour parvenir au changement que de la philosophie qui le sous-tend.

En effet, par l'utilisation des médias, les pouvoirs publics opèrent des catégorisations (les pédophiles, les sans-papiers, les mineurs délinquants, les propriétaires de chiens dits dangereux, etc.), mettent en avant quelques faits divers et organisent et entretiennent le trop fameux « climat d'insécurité ». Il leur est alors aisé de donner l'impression de répondre « utilement et nécessairement » par une loi à ce « trouble du public » que l'on confond alors avec le trouble à l'ordre public.

Ainsi, il est possible de se demander si l'un des fondements essentiels de notre système répressif n'est pas en train de disparaître ou, à tout le moins, de s'estomper. En effet, notre droit pénal et notre procédure pénale sont fondés sur l'idée

de faute. L'individu qui décide de commettre une infraction le fait volontairement et doit répondre devant les juridictions de sa faute ainsi commise. Or, on assiste, depuis quelques années, au développement d'interdits pénaux qui ne concernent pas réellement des fautes puisqu'il s'agit d'interventions anticipées, avant la naissance d'un éventuel trouble à l'ordre public. Et même plus, depuis la création de la rétention de sûreté, on se livre à de la divination pénale puisqu'il s'agit de prévenir le comportement possible d'un individu en l'écartant, si besoin est, définitivement de la société. De plus, sans être exhaustif, c'est dans le même ordre d'idées que l'on assiste à la multiplication des atteintes, plus ou moins sournoises, aux libertés individuelles. Enfin, les réformes et les propositions annoncées récemment ne sont pas de nature à rassurer.

Une répression précoce

Cette répression précoce, qui se manifeste par la création de délits pénaux se caractérisant par le fait qu'ils sanctionnent des comportements ou des attitudes qui, en eux-mêmes, ne troublent pas l'ordre public, trouve son origine en 2003, lorsque furent créés, entre autres, les délits pour réprimer les personnes qui se regroupent dans les halls d'immeubles (Art. L.126-3 du Code de la construction et de l'habitation) ou le « racolage passif ».

La difficulté liée à ce type d'incrimination est de parvenir à définir l'infraction assez précisément pour qu'elle puisse être appliquée par les juridictions. Le délit de l'article L. 126-3 du Code de la construction en fournit un exemple typique puisqu'il a été retouché trois fois depuis sa création sans, semble-t-il, donner lieu à plus de condamnations. En ce qui concerne le « racolage passif », l'expression même contient les éléments expliquant l'impossibilité de le fonder. En effet, le dictionnaire précise que le racolage est un acte consistant à recruter, à proposer une relation sexuelle. L'adjectif « passif » est donc antinomique de l'action de racoler. C'est d'ailleurs en ce sens qu'ont statué les rares juridictions saisies de poursuites sur ce fondement, en précisant, par exemple, que le seul fait de se trouver sur un trottoir, court vêtu, dans un lieu connu pour être un lieu de prostitution, ne suffit pas à caractériser le délit de racolage passif. Fait en effet défaut une attitude provocante de la personne poursuivie. Mais, si une telle attitude est relevée, il s'agit de racolage « actif ». Bref, autant de délits inapplicables et inappliqués. Mais autant de textes pouvant justifier contrôles et gardes à vue répétés. L'inter-

diction de dissimuler son visage aux abords d'une manifestation¹, la participation à un groupement, même formé de façon temporaire en vue de commettre des violences ou des destructions de biens² ou l'interdiction, dans l'espace public, du port du voile intégral³ constituent des exemples récents du même mouvement législatif.

La création de la rétention de sûreté

La rétention de sûreté a été créée par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 « relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ». Il s'agit d'un mécanisme permettant, à l'issue de l'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement, de prolonger la privation de liberté des individus souffrant d'un trouble grave de la personnalité et qui présentent un risque élevé de récidive. Cette possibilité n'est ouverte que pour les personnes condamnées, pour certains crimes, à une peine d'au moins quinze ans de réclusion criminelle (les infractions visées sont énumérées par l'article 703-53-13 du Code de procédure pénale⁴). La dangerosité et le risque de récidive sont appréciés par une commission pluridisciplinaire qui donnera un avis à la juridiction, seule habilitée à prononcer la mesure. La loi prévoit que le maintien de la mesure ou sa mainlevée doit faire l'objet d'un examen annuel.

Cette nouveauté a suscité beaucoup de débats. Les deux principales critiques avancées étaient, d'une part, l'absence de limite dans le temps de la mesure⁵ qui peut aboutir à un enfermement à vie et, d'autre part, le fait que la privation de liberté est justifiée par la potentialité de la commission de nouveaux faits et non par la commission d'une nouvelle infraction. Les arguments proposés en réponse ne sauraient rassurer.

En effet, le faible nombre de personnes concernées (qui pourrait varier au gré de l'introduction de nouvelles infractions pouvant entraîner une rétention de sûreté) et les statistiques établies à partir de l'utilisation de systèmes similaires à l'étranger ne battent pas en brèche le risque d'enfermement perpétuel. Au contraire, dans le climat actuel de suspicion et de critique envers les autorités judiciaires, on peut craindre que les magistrats (et avant eux les membres de la commission pluridisciplinaire) ne soient pas très enclins, après avoir considéré que l'individu présentait un niveau élevé de « dangerosité » et de risque de récidive, à mettre fin à la décision de mise ou de maintien en rétention de sûreté prise seulement

1. Art. R. 645-14 C. pén. créé par D. n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, JORF n° 141 du 20 juin 2009, p.10067, qui prévoit une amende de 1 500 €.
2. Article 222-14-2 du Code pénal, créé par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010.
3. Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Les dispositions pénales n'entreront en vigueur qu'au printemps 2011 (amende de 150 € et/ou obligation d'accomplir un stage de citoyenneté).
4. La loi du 11 mars 2010 relative à l'amélioration de la lutte contre la récidive est venue ajouter de nouveaux cas d'application de la rétention de sûreté.
5. Celle-ci peut être renouvelée tant que subsistent la dangerosité et le risque de récidive.

quelques mois plus tôt. Cette crainte est même encore accentuée par le fait que des psychiatres précisent que certains troubles graves de la personnalité, donc pouvant justifier la mise en rétention de sûreté, ne sont pas susceptibles d'être traités médicalement. On ne peut donc qu'être inquiet tant sur le principe même de la possibilité d'exclure à vie un individu de la société que pour la sécurité des personnels qui, dans les centres prévus à cet effet⁶, auront à soigner et à surveiller ces individus.

Quant à l'argument reposant sur l'absence de faits répréhensibles à l'origine de la mesure, les réponses apportées ne convainquent guère plus. En effet, la seule réponse apportée semble relever de la pure sémantique. La rétention de sûreté n'est pas une peine mais une mesure de sûreté, c'est ce qu'affirme la loi. Cette affirmation a été démentie à demi-mots par le Conseil constitutionnel, saisi de la question de la constitutionnalité de l'application rétroactive de la rétention de sûreté. Il a admis la qualification de mesure de sûreté mais – tout en refusant de concéder qu'il s'agissait d'une peine – a précisé qu'il convenait de lui appliquer les règles d'application dans le temps des lois pénales de fond plus sévères⁷, refusant ainsi le recours à la rétention de sûreté pour des individus condamnés avant l'entrée en vigueur de la loi. Il est regrettable que le Conseil constitutionnel n'ait pas fait preuve de plus de hardiesse car la qualification de peine aurait certainement entraîné l'invalidation du texte pour non-respect du principe de prévisibilité de la loi pénale⁸.

De plus, l'utilité même de la mesure laisse perplexe puisqu'elle est censée permettre de soigner l'individu concerné. Or, elle interviendra après au moins quinze ans d'enfermement durant lesquels des soins devront avoir été prodigués⁹ au détenu. On peut légitimement s'interroger sur la possibilité de « guérir » l'individu s'il est encore « dangereux » à l'issue de cette période. Il s'agit donc bien d'exclure l'individu de la société plutôt que de le réinsérer.

Enfin, il faut insister sur la manière dont cette nouveauté a été présentée. Elle devait, dans la version initiale du texte, s'appliquer uniquement aux auteurs d'infractions sexuelles commises sur des mineurs. Mais, lors des discussions parlementaires, puis lors de l'adoption de la loi du 10 mars 2010 précitée, son champ d'application a été étendu à des infractions ne visant pas que des mineurs et n'ayant pas de caractère sexuel. Les récentes déclarations de M. Brice Hortefeux, qui plaide en faveur de l'application de cette mesure à des délits qui font encourir dix ans d'emprisonnement, sont de

6. La rétention de sûreté s'effectue dans des centres placés sous la double responsabilité du ministère de la Santé et du ministère de la Justice puisque le but avancé est de « soigner » les individus concernés.

7. Applicables aux peines.

8. Ce principe signifie d'abord que l'on ne peut être condamné que si un texte visant le comportement et prévoyant une peine était en vigueur au moment des faits, mais aussi que l'agent doit parfaitement savoir ce qu'il risque s'il commet son acte. La rétention de sûreté ne remplit pas cette dernière condition puisqu'il n'y a aucune certitude sur la mise en œuvre de la mise en rétention (au moment de la condamnation, la Cour d'assises prévoit seulement l'examen de la question en fin de peine) et, surtout, lorsque la rétention sera décidée il n'existe aucune certitude sur la fin de la mesure qui est indéfiniment renouvelable.

9. Il s'agit, en effet, de l'une des conditions mises à son application.

nature à accentuer l'inquiétude et à montrer les véritables intentions des pouvoirs publics.

La multiplication des atteintes « sournoises » aux libertés individuelles

La plupart des textes adoptés depuis quelques années recèlent bon nombre de dispositions « accessoires » qui sont masquées par une ou plusieurs dispositions phares soulevant souvent de virulents débats. C'est ainsi que se sont développés des moyens tels que la surveillance des échanges électroniques, le contrôle des déplacements vers certaines destinations ou le recours toujours accru à la vidéosurveillance. Sur ce dernier point, il convient dorénavant de parler de vidéo-protection puisqu'il s'agit du terme retenu par le législateur. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'un abus de langage puisqu'une caméra ne peut, au mieux, que surveiller mais sûrement pas protéger. Et si, par extraordinaire, on s'interroge sur la nécessité de telles mesures, sont alors agités les spectres du terrorisme, de la pédophilie, du trafic de stupéfiants ou de la délinquance organisée, sans que soit jamais évoqué le ratio entre l'efficacité réelle de ces mesures et le niveau d'atteinte aux libertés individuelles.

De la même façon, s'est développée la mise en place d'un nombre croissant de fichiers : Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC), Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV), etc. Ces fichiers sont, en eux-mêmes, des atteintes aux libertés individuelles puisque certains entraînent des obligations très lourdes pour les personnes qui s'y trouvent inscrites (notamment l'obligation régulière de justification du domicile qui peut, dans certains cas, être mensuelle) et ce durant une période extrêmement longue, mais aussi en raison du large éventail de personnes habilitées à les consulter et des motifs pouvant les y amener¹⁰. Enfin, il faut évoquer les risques liés aux possibilités de croisement des différents fichiers. En effet, comment ignorer le risque « d'orientation » prématurée de l'enquête résultant de la consultation de ces bases de données ? Et encore, il n'est ici question que des fichiers légaux¹¹... On note, par ailleurs, en ce qui concerne ces fichiers, un évident dévoilement des systèmes mis en place¹² puisque, pour n'en citer qu'un exemple, le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ne devait contenir que des informations relatives

10. Accessoirement on pourra aussi s'inquiéter du fait que la CNIL a relevé, dans le Fichier National des Empreintes Génétiques (FNAEG), un taux élevé d'erreurs.

11. Et non par exemple du MENS, le fichier ethnique illégal sur le Roms. Voir *Le Monde* du 7 octobre 2010.

12. Comme pour la rétention de sûreté.

à des infractions sexuelles et que son champ d'application a été élargi. D'où la nécessité de le renommer en ajoutant l'expression « ou violentes » à la dénomination initiale.

Les réformes à venir

Les réformes en cours ou annoncées ne rompent pas avec les orientations qui viennent d'être dénoncées. Ainsi, la suppression du juge d'instruction, même si elle est repoussée, révèle la méfiance du pouvoir envers les juges et certainement envers leur indépendance. Confier l'instruction aux magistrats du ministère public, outre l'introduction d'un facteur d'inégalité entre les personnes poursuivies¹³, permettrait également un meilleur contrôle sur les affaires « sensibles » puisque ces magistrats sont soumis à un pouvoir hiérarchique et qu'aucune modification de leur statut n'est envisagée.

Le projet de loi LOPPSI II ¹⁴, actuellement en discussion devant le Parlement, est encore un nouveau texte « fourre-tout ». Ainsi, il y est une nouvelle fois question de fichiers, de la création de nouveaux délits ciblés (délit de vente à la sauvette, délit d'occupation de terrain...), de nouvelles possibilités d'intrusion dans les systèmes informatiques, de nouvelles périodes de sûreté...

Enfin, des interventions récentes de différentes personnalités peuvent aussi nourrir l'inquiétude. Il en est ainsi des propos de Brice Hortefeux qui, bien que ministre de l'Intérieur, a livré certaines idées relatives à une éventuelle réforme de la justice. On retiendra notamment la proposition concernant la composition des juridictions. Brice Hortefeux propose l'élection de certains juges et le retour à l'échevinage¹⁵ pour le Tribunal correctionnel. De telles modifications, inspirées du modèle américain, seraient le terreau d'un recul de l'indépendance des magistrats et conduiraient à une prise en compte sans doute démesurée de l'opinion publique dans les décisions.

L'examen de l'évolution des normes pénales depuis une dizaine d'années donne l'impression d'un mécanisme qui s'alimente. En effet, à partir du sentiment d'insécurité, il est créé de nouvelles règles qui sont censées apaiser les inquiétudes. Mais, ces règles, inadaptées et souvent mal rédigées, ne produisent pas ou peu de résultats concrets. Dès lors, loin d'apaiser le sentiment d'insécurité, elles le confortent, voire le font croître... ce qui justifie l'adoption de nouvelles règles liberticides. ■

13. Selon les moyens financiers permettant ou non à la défense de faire procéder à certaines recherches ou expertises.
14. Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
15. L'échevin était, à l'origine, un magistrat élu par les bourgeois ou l'ensemble des habitants pour s'occuper des affaires communales. Il avait déjà perdu une grande partie de ses fonctions judiciaires quand l'échevinage fut définitivement aboli par la Révolution.