
Introduction

Métamorphoses, entre rituel et management

[« La justice pénale entre rituel et management », Jean Danet]
[Presses universitaires de Rennes, 2010, www.pur-editions.fr]

La justice pénale se métamorphose sous nos yeux. Quelque part entre le rituel hérité du XIX^e siècle et le management propre à une société obsédée par la gestion, naissent de nouvelles façons de juger, de condamner, de punir.

La justice pénale se métamorphose c'est-à-dire qu'elle s'autodétruit et se reconstruit, qu'elle est, telle la chenille et le papillon, la même et une autre. Ces métamorphoses touchent sa forme, sa structure, son objet ; elles s'opèrent à des vitesses différentes ; elles n'ont pas toutes la même visibilité ; elles ne sont pas initiées d'un même point. Les unes sont imposées de l'extérieur, par l'État, par les mutations de la société, par l'avènement de technologies mises au service d'une nouvelle économie du pouvoir ; les autres sont pensées de l'intérieur, par les acteurs eux-mêmes. La justice pénale peine aussi parfois à se transformer, là où personne ne conteste la nécessité du changement ; ailleurs elle est bousculée. Ses mutations peuvent lui être reprochées, ses résistances au changement aussi.

Dans tous les cas le rituel judiciaire est en cause, le mot étant entendu ici en son sens le plus large, c'est-à-dire l'ensemble des formes, des langages symboliques et discursifs¹ sous lesquels la justice pénale est rendue et donc sa manière même de produire la vérité judiciaire comme les formes sous lesquelles elle pense la pénalisation, les peines et la manière de les appliquer. Non pas que le rituel ancien disparaisse. La réalité est plus complexe. Ici, il se transforme, là, il résiste en sa forme précédente, ailleurs, il se délite sans parvenir à se reconstruire.

Le management public² que la justice aura découvert très tard pèse d'un poids certain sur tous ces processus. Il ne se limite pas à introduire un nouveau mode de direction des juridictions. Il va bien au-delà des seules préoccupations de gestion du temps, des hommes et des deniers de l'État que longtemps la justice et notamment la justice pénale ignore superbement. Il introduit de nouvelles valeurs et en tout cas il récuse les anciennes. Il approche tout autrement le sens et les finalités du rite, à moins qu'il ne le prive de sens. Il travaille la justice au plus près des pratiques.

Ce livre explore quelques-unes de ces métamorphoses. Il reprend et met en perspective des analyses qui ont été sollicitées de l'auteur³ sur les quatre dernières

1. GARAPON A., « Rituel judiciaire », Cadiet L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

2. CHEVALLIER J., *L'état postmoderne*, 2^e éd., LGDJ, 2004, p. 65 et s.

3. Les chapitres qui composent cet ouvrage reprennent pour certains en les modifiant parfois sensiblement des articles publiés dans des revues très diverses et pour un seul d'entre eux déjà publié dans un ouvrage collectif. L'auteur remercie les responsables de ces publications de l'avoir autorisé à les

années comme une suite à la synthèse proposée en 2006⁴. Ces explorations ne prétendent pas faire le tour de tout ce qui est en transformation dans la justice pénale. Au contraire du travail de synthèse précédemment mené, celui-ci s'arrête sur des points plus circonscrits. Il s'agit alors de mener des études presque cliniques de ces métamorphoses.

Certaines de ces mutations font l'objet d'un débat public. Tel est le cas des deux premières.

La suppression du juge d'instruction et l'instauration de mesures de privation de liberté décidées au regard de la seule dangerosité continuent de susciter d'innombrables commentaires et appréciations critiques. L'auteur de cet ouvrage s'est, ailleurs, exprimé sur le fond de ces réformes⁵.

La réflexion proposée ici sera plus distanciée. C'est à réfléchir à leur histoire récente sur le dernier demi-siècle que nous nous attacherons d'abord.

S'agissant de la réforme annoncée de l'instruction, il s'agira de comprendre pourquoi une institution comme le juge d'instruction peut devenir le maillon faible de la justice pénale, celui qu'un pouvoir politique peut ambitionner de faire disparaître. Pour cela il faut reprendre depuis 1958 l'évolution de l'instruction, en analysant comment elle a reçu les mutations que le législateur lui imposait, en cherchant aussi à saisir ce qui s'est transformé autour d'elle et ce qui a pu la fragiliser. Cette histoire peut, à notre sens, éclairer les débats et peut-être les combats qui se sont engagés en 2010 autour de sa mise en cause. En creux, c'est aussi une réflexion sur ce qui aurait pu sauver ou qui pourrait sauver – s'il n'est pas trop tard – le juge d'instruction que nous proposons là.

De la rétention de sûreté aussi on peut faire la généalogie. Il y faudrait un ouvrage tout entier. Notre ambition sera plus limitée. Sans remonter à l'école positiviste, et nous en tenant à la France, nous proposons une relecture des projets de l'école de la *Défense sociale nouvelle* qui de 1958 jusqu'en 1981 défendit l'instauration de mesures extrêmement proches du droit belge et du droit allemand des années vingt et trente. Or, ces projets font étrangement écho à la rétention de sûreté, instituée en 2008. Le droit français a ainsi vu resurgir des orientations de politique criminelle

reprendre ici, remaniés. Les thèmes de ces articles parfois issus de communications à des colloques ont été bien souvent déterminés d'un commun accord entre leurs organisateurs et l'auteur. Si leur articulation finale dans cet ouvrage s'est effectuée *a posteriori*, ils n'en ont pas moins constitué au fil de leur élaboration de 2007 à 2009 comme autant d'approches des métamorphoses de la justice qu'un précédent travail nous invitait à explorer.

4. DANET J., *Justice pénale, le tournant*, folio, Gallimard, 2006.

5. Sur la question du juge d'instruction : « Juge d'instruction : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », en collaboration avec LAVIELLE B., *Gaz. Pal.* 22-24 février 2009, p. 2-10. Sur la dangerosité : « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle, une première approche », *Gaz. Pal.*, 2-4 mars 2008, p. 10-13 ; « La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante », *Champ pénal/Pénal field*, Volume V, 2008, revue en ligne. <http://champpenal.revues.org> ; « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », en collaboration avec SAAS C., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, 2007 p. 779-795.

qui avaient tenté les pénalistes à la fin des années cinquante. Peut-on s'attacher à comprendre ce qui dans la problématique de la dangerosité et des mesures de sûreté avait pu séduire une doctrine dont l'humanisme est incontestable et saisir ce qui, *in fine*, l'en éloigna ?

Ce détour par l'histoire pour réfléchir ces deux premières métamorphoses reprend des éléments parfois peu connus des juristes d'aujourd'hui ; ce sera notre manière d'alimenter un débat encore vif. Ce déplacement permet à notre sens d'échapper à l'un des reproches qui peut être adressé à la réflexion critique quand elle fait la part trop belle à l'actualité politique. La politique criminelle subit certes les inflexions à court terme de l'agenda politique mais elle suit aussi des inflexions plus profondes qu'il faut avoir à l'esprit pour saisir ses mouvements.

À partir de là et après la loi du 10 mars 2010, la gestion nouvelle du risque de récidive peut faire l'objet d'une réflexion d'ensemble sur la conception de la dangerosité et de la réaction sociale qui s'en dégage. C'est à une re-naturalisation de la dangerosité qu'on assiste. Sous la notion de troubles de la personnalité, la loi justifie l'instauration d'un dispositif multiple destiné à s'appliquer sans fin à « l'homme dangereux ». Mais pour autant, s'il est possible d'évoquer une renaissance de la défense sociale en France, c'est à la condition de mettre aussi à jour sa mutation.

Il s'agira ensuite de décrire les métamorphoses qui se produisent sous nos yeux, quand elles n'affleurent parfois qu'à peine dans les débats publics autour de la justice.

Certaines d'entre elles sont pourtant en cours, voire très engagées : elles touchent les peines délictuelles et les procédures de traitement des délits. Si elles sont moins spectaculaires, moins symboliques que la suppression du juge d'instruction ou la gestion du risque de récidive criminelle, si elles mobilisent moins l'attention, si elles suscitent moins d'opposition aussi, elles affectent pourtant bien plus profondément le visage de la justice pénale, elles concernent beaucoup plus de justiciables et sont, au plan de la conception que la justice se fait de son rituel et de sa fonction, bien plus essentielles à notre sens que les deux premières.

Les peines délictuelles vont d'abord nous retenir. Après les infractions et la pénalité des crimes, elles sont à leur tour entrées dans la logique du risque. Non seulement les nouvelles incriminations délictuelles sont destinées à faire obstacle à des comportements jugés menaçants et ceci bien en amont de tout dommage⁶, mais depuis quelques années seulement, de nouvelles peines ont émergé qui prétendent, sans passer par la discipline des corps, en faisant l'économie de la prison, faire pren-

6. Nous renvoyons aux exemples analysés et cités dans un précédent ouvrage, DANET J., *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 37-49.

dre conscience à de nouveaux délinquants des risques que leurs comportements génèrent.

Les peines de stage qui ne sont pas nécessairement vouées à n'être que des gadgets, se veulent pédagogiques et c'est ainsi que l'apprentissage de la citoyenneté devient une peine. La privation de libertés sans enfermement est née avec le bracelet électronique et ce sont la privation de la liberté d'aller et venir sans être surveillé, la privation du droit à cette liberté dans l'anonymat, demain la privation du droit de communiquer explorée par la loi HADOPI⁷ qui est ainsi placé au cœur d'une nouvelle pénalité. Le bracelet électronique a ceci en commun avec la peine de stage qu'il n'est pas seulement une surveillance mais surtout une contrainte intériorisée.

Cette nouvelle pénalité peut au plan d'une réflexion très générale et d'ordre philosophique sur la justice être rattachée aux explorations que Michel Foucault mena sur l'économie de pouvoir post-disciplinaire, autour des notions de gestion des populations et de gouvernementalité⁸. On peut aussi y voir se dessiner le visage de la justice néolibérale et les analyses menées récemment par Antoine Garapon⁹ ne sont pas sans faire écho à ce que nous pensons discerner en nous penchant sur l'analyse de cette nouvelle pénalité émergente, adossée à une nouvelle conception de la procédure.

En effet, le lien est ici facile à faire entre ces peines de nature pédagogique qui n'ont de sens que si intellectuellement, émotionnellement le condamné accepte d'y entrer¹⁰, de s'y investir dirait-on, et les nouvelles procédures telles que la composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui reposent sur l'assentiment du délinquant à la peine qui lui est proposée. Dans les deux cas, procédure et peines impliquent l'assentiment du délinquant.

D'un point de vue processuel, ce qui constitue la métamorphose la plus profonde de la procédure pénale c'est la mise en concurrence de ces procédures, leur transformation en *process*, en produits, destinés à « traiter les délits » dont les parquets deviennent les entreprises utilisatrices en charge d'optimiser la productivité de chacune. L'objectif de gestion, de management des procédures est ici très clair : les parquets sont en charge de la productivité de la réponse pénale et en certains cas cette productivité passe par le fait de bien savoir vendre une procédure et une sanction au justiciable lui-même, au délinquant. De lui faire accepter une peine qui sera toute d'intériorisation ! C'est peu dire qu'ici le rituel de la correctionnelle est bousculé.

7. Loi n° 2009-1311 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet et notamment l'article L335-7 du code de la propriété intellectuelle.

8. Cf. notamment, FOUCAULT M., *Sécurité, territoire, populations et Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Seuil, 2004, éditions des cours au collège de France de 1977-1978 et 1978-1979.

9. GARAPON A., « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, nov. 2008, p. 98-122.

10. D'autant qu'il en supporte le coût.

Au-delà des questions de vocabulaire qui mettent en lumière l'irruption du management dans le choix des procédures, c'est l'analyse des mutations processuelles qu'elles génèrent auxquelles il convient de s'attacher, sans nostalgie particulière pour un rituel ancien qui avait aussi de graves défauts, sans chercher à ce stade, là où nous en sommes, à prétendre dire ce qu'il en est du meilleur ou du moins bon, de ce qui serait le plus sévère, le plus sécuritaire, le plus potentiellement totalitaire, mais en tâchant plutôt de comprendre ce que ces mutations impliquent comme modifications dans le rôle des acteurs, dans le rapport à la peine et d'effets réflexifs sur la fabrication de la loi.

Sans prétendre proposer une nouvelle grille d'analyse générale sur la justice et particulièrement la justice pénale, nous voudrions plutôt descendre suffisamment dans le détail et dégager sur des objets d'étude bien précis, quelques traits de son nouveau visage, à l'aide de ces observations. Et les mettre en débat.

D'autres métamorphoses peinent à venir ou prennent un tel tour qu'il n'est pas excessif de dire qu'elles ont échoué.

Des réformes en attente, nous retiendrons l'impossible remise à plat des règles qui gouvernent la prescription de l'action publique, c'est-à-dire la relation de la justice au temps. Voilà bien une question qui n'affleure au débat que lorsqu'un fait divers comme l'affaire R. Polanski vient obliger les médias à dire très vite, trop vite, ce qu'il en est de cette histoire de prescription ici et ailleurs. Or, c'est pourtant une question fondamentale pour la justice pénale. Que dans le maelström de réformes engagées depuis dix ans, cet ensemble de règles de droit ait pu demeurer dans un pareil désordre sans que les pouvoirs législatif et exécutif ne s'en soient emparés, a de quoi intriguer. Qu'est-ce qui empêche ici la remise en ordre ou la création de nouvelles règles alors que la doctrine comme les praticiens sont d'accord au moins sur un point : cet état de notre droit ne devrait pas durer. Dans une justice obsédée par la question de la célérité, par la gestion du temps, pourquoi la question du délai maximum dans lequel la justice peut poursuivre les infractions ne parvient-elle pas à être repensée ? Pourquoi l'avant-projet du Code de procédure pénale augure-t-il mal pour l'instant d'une réforme acceptable ?

Quant à la carte judiciaire, la tentative de réforme s'est achevée par une petite reconfiguration très en deçà de ce qui était possible et nécessaire : la réforme a ici avorté, le management a dû en rabattre sur ses prétentions initiales.

Dans ces deux cas, l'analyse de ce qui fait obstacle à la métamorphose nécessaire peut permettre, du moins l'espérons-nous, de relancer un débat enlisé.

Mais s'agissant de la prescription, une question pointue que nous retrouverons plus loin de manière générale. Comment sortir d'une approche de pure technique

juridique et managériale pour appréhender au-delà de la gestion des flux de dossiers et de leur traitement dans le temps, le contexte d'une institution ? Qu'est-ce qui peut fonder aujourd'hui le principe même d'une prescription c'est-à-dire d'une limite dans le temps du droit de poursuivre ? Le rituel pénal impose, si on veut lui donner du sens, d'être au clair avec une telle question. Comment penser aujourd'hui le maintien du principe de la prescription dans le contexte d'une société qui a le goût et les moyens techniques et technologiques d'une hypermnésie ?

Comment l'expliquer à une opinion qui pour une part n'en saisit pas l'utilité ?

Les métamorphoses de la justice pénale peuvent aussi être appréhendées du point de vue de ceux qui en sont ses usagers et parfois ses cibles et donc à partir des mutations que connaît leur défense.

De ce point de vue, nous repartirons une fois encore de l'histoire de la seconde moitié du XX^e siècle. Car si on peut dire que la justice d'aujourd'hui est en crise, encore que le mot ne veuille pas dire grand-chose, ce serait à condition de se souvenir qu'elle a connu, même après Vichy, des années sombres. La défense avait forgé en ces temps-là des instruments de combat. Qu'en reste-t-il ? Ce sera notre première question.

Face au rituel issu d'une justice inquisitoire, d'une justice qui ne répugnait pas à se faire justice d'exception, des avocats avaient pensé et mis en œuvre depuis les années trente jusqu'aux années cinquante, du procès du Reichstag aux procès du FLN, des formes de résistance dont la plus connue a été dénommée « défense de rupture ». J. Vergès s'en est fait le héraut. Face aux nouveaux visages de la justice pénale, que peut bien signifier une telle notion ? N'a-t-elle pas été au fil des années dévoyée au point de perdre une bonne partie de sa force ? Est-il encore des cas où elle peut prendre sens, pour quel objectif, à quelles conditions ? Est-elle un instrument de combat encore mobilisable ?

Sans entrer dans le débat sur la nature des relations entre justice et psychiatrie, la montée en puissance du paradigme de la dangerosité, notamment en matière criminelle mais aussi en matière de délits et sa traduction concrète au plan des peines avec le suivi socio-judiciaire qui s'exécute derrière une peine de prison, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté, et la rétention de sûreté doivent être abordées aussi du côté de la défense. Cet ensemble de dispositifs censés prévenir la récidive de celui dont la dangerosité va être scrutée, expertisée, évaluée à de multiples reprises pose évidemment la question de ce que devient la défense dans pareil environnement. A-t-elle les moyens d'une critique des savoirs sur le crime et d'une critique de leur utilisation ? Les enjeux de défense que posent les métamorphoses de la justice pénale ne sont pas minces.

Les enjeux d'audience sont partagés quant à eux entre tous les acteurs de celle-ci, le parquet, le siège, les avocats de la défense, de la « défense de la victime », de la « défense des associations de victimes », des parties elles-mêmes et même des témoins et des experts. Même lorsqu'elles existent encore, les audiences ont profondément changé en raison de ce chacun y apporte. Les rôles qu'on est prêt à y tenir, les paroles qu'on peut y entendre, celles qu'on peut y faire entendre, le ton, les mots, le statut qu'on leur donne, tout a muté. De cela, il est fort peu question dans les manuels de procédure pénale. Il faut pourtant en débattre.

Ce n'est pas seulement le management appliqué à l'institution judiciaire dans sa version la plus plate, celle des économies de temps et d'argent, qui modifient le rituel, celui-ci évolue aussi en regard de ce que sont les modifications du lien social et les attentes projetées sur l'audience par les parties. La « parole judiciaire » et nous désignons par là, ce que la parole de l'audience pénale a de spécifique, mérite qu'on s'y arrête car ses mutations sont parfois troublantes.

Ici, c'est la liberté d'expression des parties affirmée comme l'une des clés du nouveau « bien juger » qui renverse au bout du compte la perspective et c'est au justiciable qu'il appartient de savoir utiliser à son profit l'audience. Comme ailleurs, comme devant un employeur potentiel, comme devant les services sociaux, comme à la télé dans un *reality show*, il lui appartient de savoir vendre son récit de vie. Le bon délinquant ou la bonne victime saura user de la technique du *storytelling*¹¹. Les affaires politico-financières en donnent d'assez beaux exemples. La réflexion sur ce qui se joue dans ces mutations multiples de la parole judiciaire est absolument nécessaire selon nous pour appréhender en toutes ces dimensions les métamorphoses du rituel.

Mais voilà que la technique et les soucis de gestion introduisent encore une autre dimension qui touche celle-là le rituel dans sa dimension première : l'organisation physique de l'audience avec l'utilisation de la visioconférence à l'audience de jugement. Que modifie-t-elle ? Le rituel en est-il bouleversé ? Peut-on répondre par l'affirmative à cette question mais sans se sentir tenu de dire au profit de qui ? Et peut-on ajouter que ce qui est important ici n'est pas de savoir *qui* gagne au change mais *ce qui* change ? Peut-on prendre au sérieux un instant le rituel et s'attacher à le décrypter en ses nouvelles formes ?

Enfin, c'est l'objet même de la justice pénale, c'est-à-dire les incriminations et notamment les plus sensibles, qui peuvent nous permettre de réfléchir aux relations entre rituel et management. Quand la délinquance et son traitement policier sont eux-mêmes l'objet d'une gestion managériale, le rituel pénal peut-il encore faire sens ? Nous n'avons retenu que deux exemples mais ils nous semblent d'importance : les stupéfiants et la prostitution. La chaîne pénale peut-elle fonctionner, dans un cas, celui de la drogue, sur la base d'une prohibition générale, celle de l'usage

11. SALMON C., *Storytelling*, La Découverte, 2007.

des stupéfiants, et dans l'autre, celui de la prostitution, sur celle d'une pénalisation limitée, le tout sans que, ni dans un cas ni dans l'autre, l'opinion ne soit au clair avec ce qui fonde ces positions de notre droit ? Dans l'un et l'autre cas, l'opinion est régulièrement agitée par un débat confus, comme c'est le cas en ce printemps 2010 sur la prostitution. Peut-on reprendre aujourd'hui ces questions de politique criminelle et proposer une réflexion qui permette un débat démocratique autour du bon usage de la loi pénale en ces domaines ? Il s'agit alors de résister à la pression d'une pensée managériale pour redonner sens au rituel, à la justice, au droit.

On l'aura compris ce livre ne mène pas ces analyses cliniques des métamorphoses de la justice pour en livrer un diagnostic définitif qui ressemblerait à un jugement politique. Dire si la justice pénale qui résulte de ces métamorphoses réalisées, attendues ou ratées est pire ou meilleure que la justice d'avant n'est pas notre propos. Selon quel critère le dirions-nous ? Nous n'en sommes pas juge. En bien des cas, nul ne peut l'être d'ailleurs car le recul pour le faire manque totalement et les contextes politiques dans lesquels cette nouvelle justice pénale fonctionnera, risquent de peser sur le jugement que chacun pourra porter. Or ces métamorphoses subsisteront bien au-delà du premier changement d'orientation politique venu. Si les transformations manquées, celles qui concernent la prescription et la carte judiciaire, autorisent un jugement, c'est celui de leur nécessité plus avérée que jamais, mais pour le reste la prudence s'impose. Le travail du chercheur consiste en revanche à décrire ces mutations le plus précisément qu'il est possible, au plus près des pratiques, pour alimenter le débat démocratique.

L'une d'entre elles nous a paru à la réflexion essentielle : la raison managériale a mis *de facto* l'idée de concurrence¹² au centre de cette nouvelle justice.

La concurrence entre les institutions d'abord et le juge d'instruction apprend ce qu'il en coûte d'apparaître comme celui qui ne sait ni communiquer, ni se protéger de parquets puissants et aux ordres, en ayant soin de construire des alliances avec tous ceux qui veulent un procès contradictoire. Des institutions concurrentes de son positionnement institutionnel pourraient au nom de leurs performances servir à justifier sa liquidation. Ce n'est plus d'une réforme de l'architecture de la procédure qu'il est question, où l'importance des crimes justifierait nécessairement un traitement original, ne serait-ce qu'au plan symbolique, c'est d'une réforme de traitement des flux qu'il s'agit et la raison managériale aura répété à l'envi que le juge d'instruction ne pèse que 5 % du marché.

12. Ce qui à dire vrai ne saurait surprendre puisque la mise en concurrence des services demeurés dans le secteur public (*marketization*) est un des traits du *New public management*; cf. sur ce point : CHEVALLIER J., *op. cit.*, p. 66 ; voir aussi sur la notion de concurrence et son importance dans la pensée néolibérale, FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, p. 121-125.

Concurrence des produits processuels sur le marché délictuel ensuite, du côté du parquet qui en est le principal client mais aussi du côté du justiciable ; concurrence des parties dans la nouvelle audience où il faudra de plus en plus savoir se mettre en scène pour se faire entendre et savoir même s'adapter aux nouvelles technologies, visioconférence comprise.

Procédures et pratiques sont profondément marquées par cette irruption de la mise en concurrence. Si on n'y prend garde, c'est bientôt toute la justice pénale qui peut être happée par cette logique unique. La prescription, n'est-elle pas aux yeux de certains transformée en une échelle de gravité concurrente de celle des peines, phénomène qui permet à des catégories de victimes de se faire reconnaître ? Autant dire de concurrencer d'autres victimes dans la reconnaissance d'un statut mais aussi d'un « rang ».

C'est ici nous semble-t-il que la question des fondements de certaines notions prend une importance particulière.

Ce qui peut fonder une privation de liberté au nom de la dangerosité, ce n'est pas l'existence de procédures formellement impeccables avec des recours. Ce serait la certitude de pouvoir dire ce que sera la vie d'un homme une fois sa peine purgée. Ce qui fonde le principe de contradiction ce n'est pas de laisser aux parties le sentiment qu'un juge de l'enquête et des libertés les écoute, c'est la certitude que ce juge a les moyens matériels, en temps et en disponibilité d'esprit pour tirer parti et de façon impartiale d'un débat contradictoire mené sous une égalité des armes qui ne soit pas factice. Une réforme de la prescription ne pourra pas, si on veut que les règles de la poursuite aient un sens, faire l'économie d'une réflexion sur ce qui la fonde aujourd'hui. Le marché aux procédures délictuelles tel qu'il est en train de se développer ne pourra pas ignorer longtemps le débat sur ce qu'est l'égalité de tous devant le juge pénal, sur ce qu'elle peut permettre et ce qu'elle implique. Enfin, ce n'est pas parce que la répression de l'usage des stupéfiants offre à la police comme à la justice la perspective d'assez belles marges de productivité qu'on doit se dispenser de réfléchir à ce qu'on poursuit là, à ce qu'on vise comme résultat pour la société et à ce qui peut fonder auprès de tous cette répression.

Ce qui fonde le rituel de la justice pénale doit donc être placé au cœur d'une réflexion sur les politiques criminelles si on veut échapper à son délitement par une raison managériale aveugle.

Il est temps d'opposer une réflexion qualitative sur ce qui fonde le rituel à la logique concurrentielle et quantitative de la justice managériale. Tel est peut-être la leçon que nous retirons de la mise en perspective de ces articles écrits au fil de quatre années¹³. Si distincts puissent-ils paraître les uns des autres, comme autant

13. De 2007 à mars 2010.

de reflets sur les facettes d'une sculpture de verre, ils sont peut-être réunis par cette conviction. Elle a guidé le choix des objets de ces études successives. Elle a permis à l'occasion d'oser prendre du champ par rapport au débat médiatique, et d'oser prendre du champ aussi, disons-le, avec la réflexion académique. En espérant que le lecteur acceptera de se laisser dérouter.

Ce livre est un travail de juriste, mais d'un juriste praticien et chercheur. Il utilise les outils du juriste, l'analyse des textes, des travaux parlementaires, de la jurisprudence. Mais il analyse aussi les pratiques. Il s'intéresse et se nourrit à d'autres réflexions que celle des juristes. Les recherches des historiens, des philosophes et des sociologues sont utiles à qui veut comprendre les métamorphoses de la justice pénale. L'auteur sait bien qu'il est de bon ton, parfois, dans les facultés de droit, d'utiliser le terme de sociologie du droit pour discréditer toute recherche qui n'en reste pas aux exercices académiques déconnectés de la pratique. Ce n'est là que l'effet d'un fossé trop profond entre l'Université et le Palais, entre la doctrine et la pratique, entre le droit et les autres disciplines. Ce n'est en rien une posture théorique, *a fortiori* une posture « scientifique » qui nous paraît recevable. En tout cas cette science-là laisse songeurs beaucoup de nos collègues étrangers et, chez nous, elle désespère un peu les meilleurs praticiens. Certaines des questions abordées ici pourraient l'être de manière strictement technique. Elles manqueraient à notre sens l'essentiel des enjeux. C'est dire que nous revendiquons la liberté de ton et de références que le lecteur constatera dans la suite de l'ouvrage. Elles nous semblent une nécessité.

Même si l'objectif de ce livre n'est pas de porter des jugements de valeur hâtifs sur les effets des métamorphoses analysées ici, l'auteur n'en a pas moins le souci des progrès du procès équitable et c'est à l'aune des principes qui définissent celui-ci que la justice pénale nouvelle sera observée. Comme juriste et comme citoyen, on peut être soucieux de ce que la justice pénale réfléchisse à sa cohérence car les démocraties doivent savoir nourrir leurs idéaux si elles veulent ensuite légitimer leurs politiques pénales. C'était l'un des constats inquiets que dressait en 1938 Henri Donnedieu de Vabres devant la crise du droit pénal moderne¹⁴. Ce pourrait être le nôtre aujourd'hui. Ce devrait être celui des femmes et des hommes politiques qui demain voudraient proposer une autre orientation de politique pénale que celle qui prévaut aujourd'hui.

Cette justice envahie par la logique du risque, en charge d'endiguer les prises de risques pour autrui et pourquoi pas, si on n'y prend garde, les prises de risques pour soi-même peut, bien au-delà des seules problématiques nées du terrorisme, légitimer de graves atteintes aux libertés. Ce n'est pas parce qu'elle se dirige vers une nouvelle diversification des peines, vers la recherche de peines pédagogiques, de peines de privation de libertés sans enfermement qu'elle suffit à rassurer. L'assentiment du

14. Rappelons que « *La crise du droit pénal moderne* » est le surtitre qu'Henri DONNEDIEU DE VABRES avait donné à son ouvrage *La politique criminelle des États autoritaires*, réédition Bibliothèque Dalloz, 2009, Préface DANET J.

condamné à sa sanction n'est pas un consentement et l'intériorisation de la peine comme la reconnaissance de culpabilité ne suffit pas à légitimer toute pénalisation. La liberté de parole à l'audience ne peut suffire à justifier qu'on fasse de cette parole une vérité définitive dont victime et auteur deviendraient responsables. Rien de tout cela ne vaut légitimation d'une politique criminelle.

La justice pénale nouvelle n'est peut-être ni plus douce ni plus sévère que l'ancienne, sitôt qu'on neutralise les avatars des politiques conjoncturelles. Là n'est peut-être pas le plus important ; *elle est surtout toute autre*. La question dès lors est de comprendre comment elle sera rendue, comment fonctionnent les nouveaux dispositifs par lesquels notre société continue de punir. Pour saisir de quels abus cette justice transformée pourrait se rendre coupable, pour détecter où sont ses faiblesses au regard des principes du procès équitable, pour faire émerger les nouvelles tâches de la défense. Pour mettre en évidence les incohérences de certains de ces nouveaux dispositifs, pour souligner les points sur lesquels le débat démocratique doit porter afin de fonder les interventions de cette justice. Sans cet exercice critique, la justice pénale se perdra quelque part entre les rigueurs pesantes d'un rituel suranné et les règles brutales d'un management à court terme.