

1

## DOCTRINE

1

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

**Ioannis Rodopoulos**

RSC - janvier-mars 2013 - pages 1 à 270

# RSC

Revue de science criminelle  
et de droit pénal comparé

## CHRONIQUES

89

Conséquences françaises de la catastrophe de Tchernobyl : victimes malades, mourantes ou mortes... mais pas trompées !

**Coralie Ambroise-Castérot**

121

Un Corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations

**Etienne Vergès**

160

La conventionnalité de l'obligation de déclaration de soupçons pesant sur l'avocat

**Jean-Pierre Marguénaud**

191

Du consensus sur la prévention de la récidive

**Christine Lazerges**

ref : 551301



9 782995 513017

**DALLOZ**

Imprimé par Tous droits réservés

# DOCTRINE

*L'objet de cet article est de démontrer, dans un premier temps, que la crise financière, en tant que crise factuelle, affectant certes le système pénal de nombreuses manières, ne semble cependant pas pouvoir par elle-même mettre fondamentalement en question la validité du système. Pour sa part, le droit pénal connaît sa propre « crise », crise d'incohérence et de complexité normative, qui, constamment cachée derrière le conformisme excessif de la modernité tardive, s'est, plutôt que d'avoir été produite, révélée tout simplement à propos de la crise financière. Nonobstant cette indépendance apparente, le rapport dialectique entre la crise normative et la crise factuelle susmentionnées pourrait conduire à une rupture violente entre les deux sphères, évolution qui pourrait certainement avoir des conséquences fort importunes. En revanche, il pourrait aussi s'avérer être ce moteur de réflexivité par lequel, ainsi que par le biais d'un « usage public de la raison », le droit pénal acheminerait sa reconstruction afin de redevenir ce qu'il doit tout simplement être : un ultimum refugium, protecteur de l'État de droit démocratique.*

## La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

Esquisse d'une dialectique entre une crise  
factuelle et une crise normative <sup>1</sup>

1

Ioannis Rodopoulos

Docteur en droit, A.T.E.R. à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

*The purpose of this article is firstly to show that the financial crisis, as a factual crisis, affects certainly and in several ways the criminal justice system. It doesn't though seem capable of threatening by itself the validity of the system in a fundamental way. On the other hand, the criminal justice system suffers from its own "crisis", a crisis of incoherence and normative complexity, which, constantly masked behind the excessive conformism of late modernity, is, rather than produced, simply revealed by the financial one. Despite this apparent independency, the dialectical relation between the aforementioned normative and factual crises could result in a violent rupture between the two spheres. Such an evolution could certainly lead to unfortunate consequences. However, it could also turn out to be just a "reflexivity engine" through which, as well as through a "public usage of reason", criminal law would put on its reconstruction, in order to become again what it ought simply to be: an ultimum refugium, protector of the democratic State of Law.*

RSC - 1 - janvier-mars 2013

Imprimé par Tous droits réservés

## DOCTRINE

### La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

La banalité et même parfois l'incohérence qu'il y a à crier à la crise du droit et à la faire découler d'une crise de la société ont été évoquées depuis assez longtemps<sup>2</sup>. Et pourtant, la « crise » – notion sans doute générique et polysémique – est toujours là, en tant que concept<sup>3</sup> tout comme en tant que « réalité »<sup>4</sup>. À la date de la rédaction du présent article, et depuis quelques années, la notion de crise monopolise tout discours, journalistique, politique, scientifique ou quotidien. Et si les « évêques » de l'orthodoxie économique se sont hâtés de baptiser cette crise « financière », « monétaire » ou « de la dette », souvent afin d'accaparer légitimement le discours autour des moyens adaptés pour la surpasser, il est clair que les dimensions du problème ne sauraient être limitées au seul aspect économique – malgré l'importance incontestablement cardinale de ce dernier – ni aux années qui ont suivi la chute de la Lehman Brothers en 2008. En réalité, il ne s'agit guère d'une seule crise ; le constat est plutôt celui d'une « polycrise »<sup>5</sup>, d'une coïncidence dialectique de différentes crises qui deviennent de plus en plus observables à partir des années 1970<sup>6</sup> : crise de l'État-nation de prime abord, crise de l'État-pro-

vidence fordiste et des politiques économiques keynésiennes, crise de l'autre côté – par ailleurs bien plus radicale – de l'univers marxiste-léniniste, crise ensuite des politiques néolibérales mondialisées qui vinrent se présenter comme la seule issue rationnelle aux impasses de l'époque de la Guerre froide, crise plus généralement d'incrédulité envers les grands métarécits légitimateurs de la modernité, mais aussi envers la relativisation excessive de la raison, caractéristique de l'ère dite « postmoderne ». Crise enfin – pour ne pas trop s'éloigner de l'arsenal conceptuel des sciences criminelles – fortement « anomique »<sup>7</sup>, crise criminogène donc, mais crise aussi des mécanismes de contrôle social, considérés en général comme insuffisants pour répondre aux attentes – justifiées ou utopiques – du corps social.

L'existence d'une multitude incalculable de rapports entre ces diverses crises et l'élaboration ou la mise en œuvre du droit positif ne semble pas être contestable, du moins pas lorsqu'on accepte une certaine interaction du système juridique avec le système politique et les autres systèmes sociaux<sup>8</sup>. Le droit pré-

- (1) Je tiens à remercier particulièrement MM. les professeurs Pascal Beauvais et Éric Millard pour leurs remarques précieuses lors de la préparation de cet article.
- (2) V. *inter alia* André-Jean Arnaud, « Crise contemporaine de nos sociétés, crise du droit et réflexion juridique » (Conférence prononcée le 23 novembre 1981 au Centre de philosophie du droit de l'Université del Zulia, Maracaibo, Vénézuela), *Droit et Société*, n° 20, 1997, p. 1-14.
- (3) Concept non juridique certes, mais occupant une place distinguée au cœur de la réflexion juridique et métajuridique.
- (4) Dans la mesure, du moins, où l'on peut rattacher, même partiellement, le « réel » au discours dominant d'un moment socio-historique.
- (5) V. sur ce point Myriam Revault d'Allonnes, *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, Éditions du Seuil, Paris, 2012.
- (6) À ce sujet, parmi une bibliographie abondante, V. not. Wolfgang Streeck, « The crises of democratic capitalism », *New Left Review*, no 71, September-October 2011, p. 5-29, partiellement republié en langue française dans *Le Monde diplomatique*, janvier 2012, p. 10-11. V. par ailleurs, *inter alia*, Eric John Hobsbawm, *L'âge des extrêmes : Histoire du court XX<sup>e</sup> siècle 1914-1991*, Éditions Complexe, Bruxelles, 1999 [1994], p. 527 s. Pour une approche criminologique très intéressante, largement appuyée sur les analyses de Hobsbawm, V. Ian Taylor, *Crime in Context: A Critical Criminology of Market Societies*, Polity Press, Cambridge UK, 1999, surtout p. 8 s. On doit certes remarquer que l'adoption d'une conception de la crise si élargie ne serait pas sans problèmes théoriques en ce qui concerne le présent article. Malgré l'intérêt incontestable que présentent les diverses théories de la « crise perpétuelle », qui ne voient dans l'histoire de l'humanité qu'une succession de crises, et dont on peut trouver un grand précurseur déjà chez Hegel (V. notamment Constantine I. Gouliane, *Hegel ou la philosophie de la crise*, Payot, Paris, 1970), un tel élargissement sémantique priverait ici la notion de crise de sa valeur opérationnelle. En revanche, il est également problématique de ne reconnaître comme crise que son point culminant et de se contenter d'avoir recours à des méthodes de « résolution des crises » – méthodes en principe *post factum* et sans aucune valeur préventive – sans chercher à dépister les pathologies sous-jacentes au phénomène critique.
- (7) Et cela, tant dans le sens macrosociologique de la sociologie durkheimienne, que dans le sens plutôt microsociologique que l'on trouve chez Merton.
- (8) En effet, même la lecture la plus simpliste de la théorie kelsénienne ne semble pas permettre d'accepter aujourd'hui un détachement si absolu entre le *Sollen* et le *Sein*, dont la distinction, même chez Kant, semble être de nature plutôt épistémologique qu'ontologique.

supposant selon Carl Schmitt « une situation *normale* et des types *normaux* »<sup>9</sup>, une « crise », entendue abstrairement comme une rupture avec cette « normalité », n'aurait pas qu'un simple impact superficiel sur le système juridique ; elle menacerait son essence, sa rationalité, voire enfin sa validité<sup>10</sup>. En effet, pour en rester encore une fois dans le domaine pénal, le droit pénal, en tant que « gardien armé » d'un certain ordre constitutionnel et, par suite, d'un modèle sociopolitique, ne saurait demeurer intact face à une situation critique menaçant directement cet ordre ou ce modèle.

Cela étant dit, une telle présomption ne signifie en rien que toute condition socio-historique à laquelle on attache l'étiquette de « crise » serait suffisamment « anormale » pour que le droit positif, en tant que système, s'enfonce aussitôt dans sa propre crise. Il n'est guère certain non plus que la crise actuelle soit nécessairement, entre autres, une crise du droit positif ou, plus précisément, en ce qui nous concerne, du droit pénal<sup>11</sup>.

Loin de prétendre à une approche holistique, mais en s'inscrivant plutôt dans le sillage des « théories de moyenne portée » chères à Robert K. Merton<sup>12</sup>, l'objet de cet article est de démontrer, dans un premier temps, que la crise

financière, en tant que crise factuelle, affecte certes l'« environnement » du système pénal en réajustant son objet d'observation et de règlement ; qu'elle affecte également l'intérieur de ce système (qui a, lui aussi, son coût économique et une dépendance directe de financements extérieurs)<sup>13</sup> ; mais qu'elle ne semble cependant pas pouvoir par elle-même mettre fondamentalement en question la validité du système.

Pour sa part, le droit pénal connaît – depuis assez longtemps – sa propre « crise », crise d'incohérence et de complexité normatives<sup>14</sup>, qui, constamment cachée derrière le conformisme excessif et l'« autruchisme » de la « modernité tardive », s'est, plutôt que d'avoir été produite, révélée tout simplement à propos de la crise financière.

Or, si la complexité et l'incohérence normatives qui caractérisent le droit pénal contemporain ne menaceraient pas tellement sa validité dans des conditions « normales », et si l'« anormalité » factuelle de la crise financière ne constitue pas nécessairement en soi une menace sérieuse pour le droit pénal en tant qu'ordre normatif, le rapport dialectique entre la crise normative et la crise factuelle susmentionnées pourrait cependant conduire à une rupture violente entre les deux sphères, qui aurait à son

3

(9) Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, PUF, Paris, 1995 [1934], p. 79.

(10) *Idem*, p. 80 : « La normalité, à la fois de la situation concrète, réglée par la norme, et du type concret que celle-ci présuppose, n'est pas alors simplement une condition extérieure à la norme, qu'on pourrait négliger du point de vue juridique, mais une caractéristique juridique interne essentielle de la validité des normes, et une détermination normative de la norme elle-même. Une norme pure, dénuée de tout rapport à une situation et à un type, serait une absurdité ».

(11) Car enfin, comme le fait observer André-Jean Arnaud (*op. cit.*, p. 2), « depuis que l'humanité nous a livré son histoire, nous y lisons une succession de crises, tandis que l'histoire du droit fait preuve, malgré quelques ruptures fondamentales, d'une étonnante permanence ».

(12) V. Robert King Merton, *Social Theory and Social Structure*, (Enlarged Edition), The Free Press, New York, 1968, p. 39 s.

(13) En effet, certains des problèmes les plus importants des systèmes pénaux contemporains sont largement – mais non pas exclusivement – de nature économique : à titre d'exemple, la surpopulation des prisons, la surcharge des juridictions pénales, le déclin de la recherche juridique fondamentale.

(14) Complexité qui, comme on le verra, n'est pas uniquement due aux conditions géopolitiques et socio-historiques actuelles, comme il est le plus souvent présumé. Il est par ailleurs très discutable que la condition historique actuelle soit tellement plus complexe et chaotique que, par exemple, les années 1930 et 1940, quand la doctrine constatait déjà une crise du droit pénal moderne (Henri Donnedieu de Vabres, *La politique criminelle des états autoritaires : La crise du droit pénal moderne*, Dalloz, Paris, 2009 [1938]). La complexité du droit pénal contemporain est aussi due à des choix politiques et épistémologiques qui se traduisent, entre autres, par la déconstruction des acquis dogmatiques, par « l'éclatement des catégories pénales » et par « le développement des catégories voisines » (V. Mireille Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1994, p. 16 s.).

## DOCTRINE La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

tour comme résultat une crise de confiance phénoménale – déjà discernable, d'ailleurs – envers le système politico-juridique<sup>15</sup> et une crise démesurée de légitimité de l'ordre juridique. Une telle évolution pourrait certainement avoir des effets fort importuns. Le droit pénal risquerait, soit de s'effondrer dans une complexité entropique où il perdrait toute sa validité et deviendrait finalement une lettre morte, soit de se transformer, afin de réduire cette complexité, en un outil – encore une fois dans l'histoire – d'imposition autoritaire de certains groupes sociaux sur les autres. En revanche, cette coïncidence de crises pourrait aussi s'avérer être ce moteur de réflexivité par lequel, et par le biais d'un « usage public de la raison », le droit pénal acheminerait sa reconstruction afin de redevenir ce qu'il doit tout simplement être : un *ultimum refugium*, protecteur de l'État de droit démocratique.

4

### I - Une crise factuelle n'est pas (nécessairement) une crise normative

Tout d'abord, qu'est-ce une crise ? Même si l'on se limite au champ sémantique « international » du mot grec *κρίσις*<sup>16</sup> (crise en français<sup>17</sup>, crisis en anglais, Krise en allemand, crisi en italien, etc.), il n'est pas facile d'aboutir à une définition, voire à une définition scientifiquement opérationnelle. Dans le cadre de cette étude, nous emprunterons à la psychiatrie communautaire – quelque arbi-

traire que soit ce choix – la définition proposée, dans les années 1960, par le psychiatre américain Gerald Caplan, qui voit dans la crise « une période relativement courte de déséquilibre psychologique chez une personne confrontée à un événement dangereux qui représente un problème important pour elle, et qu'elle ne peut ni fuir ni résoudre avec ses ressources habituelles de solution de problème »<sup>18</sup>. Certes, l'analogie entre crise sociale et crise individuelle-psychologique n'est pas sans problèmes au niveau méthodologique ; mais les critères d'une durée relativement courte, d'un élément de déséquilibre, de l'apparition d'un problème qui ne peut être ni évité ni résolu par les ressources habituelles de solution de problème, ainsi que le concept d'homéostasie, central dans le travail de Gerald Caplan, rendent cette définition opérationnelle même au-delà du seul contexte psychiatrique<sup>19</sup>. En bref, la question qui se pose est de savoir si le droit pénal possède les mécanismes nécessaires pour « fuir ou résoudre » la crise financière, à savoir une crise factuelle, ou si cette dernière pourrait s'avérer suffisante pour déclencher une crise normative au sein du système pénal.

Or, pour répondre à cette question, il faut non seulement avoir prédéfini une certaine conception de la crise, mais il faut également avoir opté pour un paradigme spécifique de droit pénal. En effet, le droit pénal contemporain demeure en Europe à la base un droit pénal néoclassique, à savoir un droit pénal éclectique, toujours en quête de conciliation entre rétribution et resocialisation (ou, dans certains cas, exclusion), libre arbitre et

- (15) Pas obligatoirement, comme on le verra, envers les valeurs déclarées de ce système, mais plutôt envers la capacité du système à garantir et à protéger ces valeurs de manière efficace.
- (16) En grec, le terme signifie initialement l'action ou la faculté de distinguer, de choisir, de décider, de juger. C'est surtout dans ce sens qu'on le trouve (avec des connotations subtilement différentes) chez Hérodote, Platon ou Aristote. C'est chez Hippocrate qu'apparaît la notion de crise entendue comme la phase décisive d'une maladie (*De Prisca Medicina*, 19).
- (17) Sans prétendre à l'exhaustivité, *Le Grand Robert* y consacre une page de définitions et le *Trésor de la Langue Française* presque deux.
- (18) Gerald Caplan, *An approach to Community Mental Health*, Routledge, London, 2001 [Tavistock Press, London, 1961], p. 18.
- (19) V. par ailleurs Jerzy Wroblewski, « Law as an instrument of social homeostasis », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXVII, n° 1, 1981, p. 1-13 ; Michel Van de Kerchove, François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 168 s.

déterminisme, transcendentalisme et empirisme<sup>20</sup>. Cet éclectisme, dont les origines peuvent déjà être tracées dans l'antiquité, et qui demeure présent d'une manière ou d'une autre dans la pensée juridique, tant des Lumières que de l'école classique, devient lui-même, notamment avec Franz von Liszt et son « programme de Marburg », le paradigme épistémologique du droit pénal du xx<sup>e</sup> siècle. Autrement dit, la dualité entre *ius puniendi* et politique criminelle se transforme avec von Liszt en « une forme juridique propre, intégrée, soutenue par le savoir des sciences empiriques et destinée à sa politique criminelle et sociale »<sup>21</sup>. Cette coexistence de composantes diverses – et, par ailleurs, assez disparates – au sein de ce même droit pénal moderne se traduit par un degré variable de clôture, d'autonomie et de réflexivité systémiques du système pénal par rapport aux autres systèmes juridiques, sociopolitiques ou épistémiques.

La crise financière est-elle alors une crise du droit pénal ? La réponse ne peut qu'être à la fois oui et non. La crise affecte incontestablement la nature, qualitative et quantitative, de la criminalité elle-même, elle affecte par conséquent les attentes sociopolitiques envers le système pénal, elle affecte enfin ladite « science pénale intégrée » (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), approche largement appuyée sur – voire légitimée par – des critères politiques, et plus précisément le paradigme sociopolitique de l'État providence. Il est néanmoins bien plus discutable que cette crise, qu'elle soit crise du système financier, du système politique, de l'État-nation, ou autre, soit suffisante pour porter atteinte au noyau-dur, voire à la raison même du

système juridique pénal moderne<sup>22</sup>. Un « noyau-dur » qui ne se limite par ailleurs guère à une abstraction apolitique kelsénienne, mais qui porte en soi le projet politique – certes « inachevé », pour reprendre les mots de Jürgen Habermas, mais toujours ouvert – de la modernité.

### A - La transformation des attentes sociales et le risque d'une « désintégration » de la « science pénale intégrée »

Question tout à fait vaste, la transformation contemporaine des attentes sociales envers la politique criminelle nous intéresse ici plutôt comme constat que comme objet d'analyse. Plus équivoque, la question de la désintégration de la « science pénale intégrée », vue comme conséquence de cette transformation, nécessite d'être étudiée sous un double regard : externe et interne. En effet, selon une première lecture, la crise aurait contribué à la transformation des attentes sociales par rapport à l'objet réel d'observation et de régulation du droit pénal, à savoir le phénomène criminel lui-même. Or, si les attentes sociales concernant l'efficacité du système pénal apparaissent renforcées, la crise aurait aussi modifié les attentes sociales par rapport au coût économique et, par conséquent, aux moyens de régulation dont doit disposer le système pénal. Autrement dit, la crise financière consiste à la fois en un enjeu externe au système pénal, qui doit être régulée par le droit pénal, mais aussi en une pathogénie interne au système pénal, entravant l'effectivité de cette régulation.

5

- (20) Un éclectisme par ailleurs, que les tendances déconstructionnistes issues de ladite « condition postmoderne », ne firent qu'affirmer. À ce sujet, parmi une bibliographie abondante, V. not., Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Paris, 2009.
- (21) John Vervaele, « La naissance de l'État-providence et le modèle des sciences pénales intégrées (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) », *Déviance et Société*, vol. 13, n° 2, 1989, p. 141-154, précisément, p. 146.
- (22) Sur les rapports entre changement social et changement juridique, V. Lawrence Meir Friedman, *The Legal System : A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1987 [1975], not. p. 269 s., qui distingue quatre variantes d'influence entre changement juridique et changement social.

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

### 1 - La crise financière en tant qu'enjeu pour le droit pénal

Si l'influence de la crise financière sur le droit pénal demeure discutable, son impact sur le phénomène criminel ou, du moins, sur la perception sociale du phénomène criminel est peu contestable. La crise de l'emploi, la crise de la pauvreté matérielle et de l'inégalité sociale, la peur de la chute qui devient peur de l'autre, la crise de l'État-nation, la crise du modèle inclusif de la politique sociale, la crise de la culture, la crise de l'ordre des genres, la crise de la famille, ainsi que l'émergence d'une nouvelle « société du marché » totalisante, avec ses propres structures et sa propre culture, évolutions plus ou moins associées à ce que l'on nomme crise financière, font partie, selon Ian Taylor<sup>23</sup>, des facteurs qui ont transformé depuis un certains temps, mais de plus en plus depuis quelques années, la nature du phénomène criminel et les attentes sociales envers le système de politique criminelle.

Certes, cette évolution n'est pas nécessairement linéaire comme les premiers criminologues marxistes ont pu le comprendre<sup>24</sup> – autrement dit, il n'est pas impératif que la croissance du taux de chômage engendre une croissance du taux de criminalité de manière mécanique et déterministe –, il est cependant incontestable qu'il y eut, notamment depuis la fin des années 1970, une transformation fondamentale de l'organisation de la vie économique de la plupart des sociétés occidentales, et que cette

transformation eut des effets tout aussi fondamentaux sur les formes et la substance de la vie sociale<sup>25</sup>. La transformation décrite se traduit, entre autres, par la recrudescence des peurs sociales, par leur amplification par les médias et par l'urgence à légiférer des politiques<sup>26</sup>.

Sur le plan plus strictement criminologique et juridique, cette recrudescence des peurs sociales se voit exploitée et amplifiée par des développements théoriques qui imputent les maux sociaux contemporains à des groupes sociaux potentiellement dangereux, voire hostiles au corps social des « bons citoyens ». Selon certains de ces développements, ces « ennemis de la société », ces « démons folkloriques (*folk devils*) » selon l'expression excellente de Stanley Cohen<sup>27</sup>, ne présentant pas les « garanties cognitives minimales » requises pour la reconnaissance de la qualité du citoyen, devraient aussitôt être éliminés, sans même être protégés par les garanties politiques et juridiques traditionnelles, qui sont désormais vues comme des obstacles à l'efficacité de la machine étatique<sup>28</sup>.

On voit ainsi que l'impact sur le droit pénal de cette recrudescence des peurs sociales, qui émerge lors de cette phase sociohistorique que Ulrich Beck définit comme la « société du risque »<sup>29</sup>, Zygmunt Baumann comme « modernité liquide »<sup>30</sup> et Gilles Lipovetsky comme « temps hypermodernes »<sup>31</sup>, n'est pas uniquement quantitatif, mais aussi, voire surtout, qualitatif. Autrement dit, le constat n'est pas uniquement celui d'une

(23) *Op. cit.*

(24) V., à titre d'exemple, Willem Adrian Bonger, *Criminalité et conditions économiques*, G. P. Tiersé, Amsterdam, 1905.

(25) Ian Taylor, *op. cit.*, p. 5 et 6.

(26) Jean Louis Senon, « Dangérosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté », p. 174, in Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 173-189.

(27) Stanley Cohen, *Folk devils and moral panics: The creation of the Mods and Rockers*, 3<sup>rd</sup> ed., Routledge, London, 2002 [1972].

(28) L'exemple le plus fameux de telles conceptions est bien entendu la théorie du « droit pénal de l'ennemi » proposée par Günther Jakobs (V., en langue française, Günther Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », cette Revue 2009, 7).

(29) Ulrich Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, Paris, 2001.

(30) Zygmunt Baumann, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

(31) Gilles Lipovetsky, Sébastien Charles, *Les temps hypermodernes*, Grasset, Paris, 2004.

surpénalisation qui se traduirait par l'incrimination d'actes jadis tolérés, par l'aggravation des infractions déjà incriminées, ou par la hausse, devant les tribunaux, des condamnations pénales ou de la gravité des peines prononcées. Ce qui est le plus important est le changement dans la définition et dans la nature de protection des biens juridiques. Il ne s'agit certes pas d'une véritable nouveauté. Ni l'émergence de biens juridiques immatériels, impersonnels et indéfinissables, ni l'incrimination de la seule mise en danger abstrait de tels biens juridiques, ni le recours à des régimes « d'exception » ne sont nouveaux. Ils sont présents tout au long de l'histoire du droit pénal moderne, en France comme ailleurs. Toutefois, la déconstruction ou, du moins, l'« élastification » des principes généraux du droit qui résulte de ces dérives néo-utilitaristes, néo-pragmatistes<sup>32</sup> et décisionnistes, a pris, il y a quelques années, des dimensions nouvelles, inconnues jusqu'alors aux sociétés européennes, du moins à celles qui avaient résisté à la tentation du totalitarisme. Pour reprendre les mots de Mark Mazower, « ce qui est nouveau dans l'histoire récente de l'Europe n'est pas le conflit mais sa dimension »<sup>33</sup>.

## 2 - La crise financière en tant que pathogénie du droit pénal : la « désintégration » de la « science pénale intégrée »

De son côté, cette « panique morale »<sup>34</sup> ou, autrement, cette « frénésie sécuri-

taire », comme l'a joliment décrite Laurent Muccielli<sup>35</sup>, a – probablement bien plus que les politiques socio-préventives préconisées à la fin du xix<sup>e</sup> siècle par l'Union internationale de droit pénal – son propre coût financier. La surcharge des tribunaux, la surpopulation des prisons, le manque de ressources pour le financement de la recherche en sciences sociales et juridiques<sup>36</sup>, et, en même temps, la demande constante – et de plus en plus dramatisée – de plus de contrôle, plus de sécurité, plus de criminalisation, font de la crise financière non plus un problème *pour* le droit pénal, mais, aussi bien, un problème *du* droit pénal. Si par ailleurs le constat est bien plus visible dans le champ du droit processuel, où il se manifeste par l'émergence – ou plus précisément par l'importation d'outre-Atlantique<sup>37</sup> – d'approches managérialistes<sup>38</sup> et par la recherche constante d'une accélération de l'attribution de la justice pénale<sup>39</sup>, il est aussi bien valable dans le domaine du droit substantiel.

7

En 1989 déjà, John Vervaele observait que « l'actuelle ruine de la composante *providence* de l'État et le processus de dérégulation n'ont pas seulement causé la crise de notre modèle juridico-pénal, mais ils nous obligent à repenser la relation entre le *ius puniendi* et la politique criminelle, entre la normativité juridique et la fonctionnalité sociale du droit. L'étude historique de la théorie du droit pénal est une source indispensable pour la compréhension de la crise idéologique actuelle du pénal, ce qui explique que de nombreuses études [...] ont été publiées

(32) Jean-Paul Jean, « Le système de justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 247-290, et not. p. 267.

(33) Mark Mazower, *Le continent des ténèbres : Une histoire de l'Europe au XX<sup>e</sup> siècle*, Éditions Complexe, Bruxelles, 2005, p. 404.

(34) V. Stanley Cohen, *op. cit.*

(35) V. Laurent Muccielli (dir.), *La frénésie sécuritaire : Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Éditions La Découverte, Paris, 2008.

(36) V. aussi Christian Mouly, « La doctrine, source d'unification du droit », RID comp., vol. 38, n° 2, avr.-juin 1986, p. 351-368, et précisément p. 358, qui constate déjà, il y a 26 ans, un appauvrissement matériel de la doctrine juridique, dû à des réductions budgétaires.

(37) V. *inter alia* « L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome 45, Dalloz, Paris, 2001 ; Adán Nieto-Martin, « Américanisation ou européanisation du droit pénal économique ? », cette Revue 2006. 767-786.

(38) V. not. Jean Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2010.

(39) V. à ce sujet Camille Viennot, *Le procès pénal accéléré : Étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, Paris, 2012.

## DOCTRINE

### La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

sur le modèle de la *gesamte Strafrechtswissenschaft* et sa (non-) fonctionnalité juridique »<sup>40</sup>.

La question est certes indissociablement liée à la problématique plus générale – et constamment récurrente depuis l'œuvre de Von Jhering et de Radbruch – du social dans le juridique<sup>41</sup>, qui dépasse de loin le champ thématique et les ambitions de cet article. Mais, ce qu'il faut retenir pour l'instant est qu'une crise financière et sociale de l'ampleur de la crise actuelle ne saurait laisser intact le droit positif, et, d'un tel point de vue, oui, la crise financière est aussi une crise du droit pénal.

#### B - Une certaine vitalité du noyau-dur du droit pénal face à la crise financière

8

Cela étant dit, changement et évolution ne signifient pas nécessairement crise. En optant pour la définition de la crise de Gerald Caplan, nous avons implicitement exclu, tant la thèse selon laquelle les systèmes juridiques ne peuvent être que momentanés, que celle selon laquelle la stabilité du système signifierait statisme ou immobilisme<sup>42</sup>. Winfried Hassemer remarque très correctement qu'un droit pénal conforme à l'État de droit n'est pas un château que l'on doit simplement défendre, mais un projet d'action, théorique et pratique, pour le contrôle typique de la déviance, qui doit être reconstruit et adapté pour tenir compte de l'évolution dynamique des conditions sociopolitiques actuelles<sup>43</sup>.

Toutefois, outre les règles en vigueur qui changent constamment, il existe des cadres qui demeurent relativement stables : la structure du droit, les classifications qu'il admet, les concepts dont il fait usage, le type de règles de droit sur lequel il est fondé<sup>44</sup>. Autrement dit, le constat incontestable que le droit pénal serait affecté tant par la crise financière que par toute autre crise factuelle, énergétique, écologique, morale, diplomatique, ou autre, ne signifie en rien que le système juridique se trouve lui-même en situation de crise. André-Jean Arnaud remarquait il y a assez longtemps que « si l'existence d'une crise contemporaine de nos sociétés est bien réelle, et indéniable l'impact qu'elle peut avoir sur le droit, il est néanmoins manifeste que le mal-être ressenti par un certain nombre de juristes repose, en réalité, sur une simulation de crise »<sup>45</sup>.

Pour vérifier si l'on peut effectivement parler d'une crise du droit pénal, et – pour répondre à la question traitée ici – si cette crise du droit pénal résulterait causalement de la crise financière actuelle, il faut examiner la résonance qu'ont aujourd'hui les valeurs politiques et morales qui ont légitimé le droit pénal moderne et qui lui ont servi, sur le plan épistémologique, de base axiomatique<sup>46</sup>. Autrement dit, la crise financière a-t-elle mis en question le consensus autour des principes fondamentaux du droit pénal, tels le principe de légalité des délits et des peines et ses corollaires, le principe de nécessité et de proportionnalité de la peine, le principe d'égalité devant la loi ou le principe du procès équitable ? Nonobstant le renforcement considérable de

(40) John Vervaele, « La naissance de l'État-providence et le modèle des sciences pénales intégrées (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) », *Déviance et Société*, vol. 13, n° 2, 1989, p. 141-154, précisément, p. 150.

(41) Parmi une littérature abondante sur ce sujet, V. le dernier n° de la revue *Droit et Société* (n° 81, 2012) consacré à la question : « La justice dans la gestion du social ».

(42) V. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : 1. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, Paris, 1981, notamment p. 369 s. ; Michel Van de Kerchove, François Ost, *op. cit.*, p. 168 s. Pour des analyses plus détaillées sur la question de la temporalité du droit, V. not. OST François, Mark Van Hoecke (eds.), *Temps et droit : Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylants, Bruxelles, 1998.

(43) Winfried Hassemer, « Προβλεπόμενες εξελίξεις στη δογματική του Ποντικό ούδ Δικαίου και την αντεγχόνηματική πολιτική », *Υπεράσπιση*, 2000, p. 3-14 et précisément p. 9-10.

(44) Camille Jauffret-Spinosi, « La structure du droit français », p. 259, citant René David, *in* Olivier Moreteau, Jacques Vanderlinde (dir.), *La structure des systèmes juridiques – XVI<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruylants, Brisbane, 2002, p. 259-273.

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

**DOCTRINE**

quelques voix venant de l'extrême des extrêmes, à droite ou à gauche, qui mettent en question ces principes de manière radicale, et qui ont incontestablement profité de la crise financière pour rendre leurs récits plus convaincants, la réponse peut assez facilement être non : les principes directeurs du droit et les constructions dogmatiques qui en découlent, malgré quelques ajustements mineurs, philosophiquement ou historiquement justifiés, continuent à jouer jusqu'à nos jours d'un consensus indiscutable.

Ce qui est cependant bien plus discutable est si la pratique législative, administrative et judiciaire est suffisamment fidèle à l'esprit de ces principes. En effet, personne n'osera dire que face à la crise financière il faudrait abandonner, à titre d'exemple, le principe de la légalité des délits et des peines ou celui du procès équitable<sup>45</sup>. Mais l'évolution législative qui vient comme réponse aux enjeux sociopolitiques contemporains – parmi lesquels, bien entendu, la crise financière – est-elle conforme à la lettre et à l'esprit du droit ? Assez évidemment, pas toujours. Si la cohérence absolue d'un système juridique n'est qu'une simple utopie, une étude du ou, plutôt, des systèmes normatifs contemporains, de plus en plus enchevêtrés par ailleurs dans le contexte de la mondialisation, démontre que le droit souffre bien de ses propres dysfonctionnements. Des dysfonctionnements qui, à défaut d'outils autoréflexifs de résolution des problèmes, pourraient être décrits comme une sorte de « crise normative ». Mais cette crise n'est que très faiblement liée à la crise financière. Elle est une crise

interne au système juridique, elle est une crise de complexité et de manque de cohérence systémique, crise politique, certes, mais aussi bien crise épistémologique.

## **II - La crise du droit pénal – si elle existe – n'est pas (uniquement) financière**

« Aucune connaissance positive du droit », écrivait Cornelius Castoriadis, « ne pourra jamais se constituer sans faire appel aussi bien à l'ensemble des disciplines visant à décrire, analyser et expliquer l'apparition, le fonctionnement et les mécanismes de conservation d'un système social [...] qu'aux nécessités logiques et techniques propres à un système juridique cohérent »<sup>46</sup>. Or, les efforts pour tenir compte, dans le discours juridique, de la réalité et des règles extrajuridiques qui régissent la vie sociale étant nombreux, on en trouve cependant de moins en moins qui cherchent à répondre à ces nécessités logiques et techniques afin d'assurer la cohérence du système pénal. Cela pourrait certes révéler une fermeté et une stabilité des règles épistémologiques du droit, qui, solidifiées sur leur propre auto-confirmation historique, ne seraient plus susceptibles de mise en question. Néanmoins, une étude critique de la littérature juridique – ou, plus simplement, une étude de la littérature juridique critique – ne semble guère permettre une telle présomption. Au contraire, nonobstant l'endurance incontestable de certains postulats, structures ou logiques qui font partie d'une longue

9

(45) André-Jean Arnaud, *op. cit.* (1997), p. 8.

(46) V. *infra*, II, 1.

(47) En effet, même Günther Jakobs, inspirateur de la théorie susmentionnée du « droit pénal de l'ennemi », dissimule constamment les influences schmittiennes évidentes de son approche, pour se réclamer des traditions kantienne et hobbesienne (comme l'avait aussi fait d'ailleurs, dans une certaine mesure, Schmitt lui-même). En tout cas, malgré son intérêt théorique certain, et bien qu'elle fut souvent évoquée par des cercles ultraconservateurs américains pour légitimer la « guerre contre la terreur », la théorie du droit pénal de l'ennemi suscita des critiques cinglantes et son impact sur le plan scientifique fut très limité.

(48) Cornelius Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », p. 190 in *Les carrefours du labyrinthe*, Éditions du Seuil, Paris, 1978, p. 147-218.

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

tradition juridique, la complexité kafkaïenne des systèmes sociaux contemporains, le mode « alchimique » de certaines approches qui « se réfère à la postmodernité comme un moyen d'occulter ses faiblesses théoriques et de transformer ses propres faiblesses en auto-justification »<sup>49</sup> et, plus généralement, l'impression que le droit ne sait ni ne peut prévenir ou réguler les évolutions sociales et se contente tout simplement de les suivre<sup>50</sup>, témoignent des impasses épistémologiques qui s'apparentent à la conception de la crise que nous avons adoptée plus haut. Une crise face à laquelle, tant le législateur que, d'autant plus, le juge apparaissent désarmés. Une crise face à laquelle la seule voie dont on dispose semble être de repenser le rôle de plus en plus impensé – du moins dans le champ pénal – du discours doctrinal.

### A - La crise normative du droit en tant que crise épistémologique

Sujet aussi chaotique que la crise financière elle-même, la question d'une éventuelle crise épistémologique du droit pénal ne saurait être ici traitée de manière exhaustive. La question présente cependant un intérêt particulier pour nos développements ultérieurs, puisqu'elle déterminera dans quelle mesure et de quelle manière le pénaliste devra s'occuper de la question de la crise financière. Autrement posée, et réduite au seul champ pénal, la question peut prendre la forme suivante : peut-on répondre de manière efficace à la crise financière par le seul ajustement du droit pénal spécial, par l'adoption de nouvelles incriminations, par l'introduction de nouveaux concepts, voire de nouveaux biens juridiques, par la

décriminalisation éventuelle, enfin, de comportements dont l'incrimination semble poser des obstacles à une politique économique efficace ? Ou devrait-on repenser la logique même et l'architecture normative des systèmes pénaux, exprimée, du moins en théorie, dans les parties générales des codes pénaux, dans les principes généraux du droit et, bien entendu, dans la littérature doctrinale ?

Pour y répondre, il faut essayer de comprendre la nature ontologique de cette crise épistémologique, qui semble être aussi bien « axiomatique » et « théorématique »<sup>51</sup>. Précisons par ailleurs que la notion d'« axiomatique juridique » est ici entendue dans son sens le plus large, comprenant non seulement les postulats épistémologiques de la science du droit positif, mais aussi les valeurs politico-morales qui sont considérées comme prédonnées pour la science juridique et servent de base légitimatrice au droit positif (autrement dit, le contenu substantiel de la *grundnorm* kelsénienne). Dans le même esprit, par « théorèmes juridiques », on entend ici toutes les constructions dogmatiques, y compris celles produites par le biais de processus herméneutiques, et non seulement celles issues de processus strictement logiques.

### 1 - La complexité de détermination des valeurs sous-jacentes au droit et la remise en cause de la raison moderne en tant que crise méta-normative du droit

Il ne s'agit certes pas ici de développer la question des valeurs fondatrices du droit en tant que telle, ni de redécouvrir les enjeux posés par la mondialisation économique ou culturelle, ni de redire tout ce qui

(49) Éric Millard, « Éléments pour une approche analytique de la complexité », p. 144, in Mathieu Doat, Jacques Le Goff, Philippe Pedrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 141-153.

(50) Ce qui est, bien entendu, largement dû à ladite « accélération de l'histoire » et aux « convergences spatio-temporelles » qui caractérisent notre époque. Mais si la réalité de ces paramètres demeure incontestable, elle se voit souvent surestimée, voire invoquée pour justifier l'injustifiable.

(51) Pour approfondir cette problématique, V. *inter alia* Olivier Jouanjan, Friedrich Müller, *Avant dire droit : Le texte, la norme et le travail du droit*, P.U.L., Québec, 2007.

a été dit à propos d'une quelconque crise des valeurs, des idéologies ou des métaréférences modernes, ou encore du recul de l'idéalisme des Lumières en faveur d'un néo-pragmatisme caractéristique du moment historique dans lequel nous vivons. Mais on ne saurait non plus éviter entièrement un tel questionnement, prétenant que la « crise normative » du droit pénal serait tout simplement produite par des dysfonctionnements purement internes au système normatif pénal ou, plus modérément, que les dysfonctionnements externes ne devraient concerner, en tant que problèmes, que des disciplines extrajuridiques. Ce qu'il faut donc (re-) constater ici est que cet étrange et chaotique mélange de questionnements que l'on décrit globalement sous l'étiquette de la « postmodernité » affecte directement le droit positif et cela sous deux aspects (au moins) : un aspect philosophico-politico-moral, et un aspect épistémologique, cette fois au sens strict.<sup>52</sup>

Sous le premier aspect, le droit se trouve confronté à une crise de sa propre légitimation, dès lors que, si les valeurs modernes demeurent toujours valables en tant que symboles, leur contenu sémantique a été considérablement élargi, voire liquidé. Ainsi, à titre d'exemple, que l'on soit toujours en quête de liberté, d'égalité ou de fraternité – valeurs qui dans leur version absolue s'avèrent non pas uniquement utopiques, mais aussi bien antinomiques –, on a déconstruit, sans avoir pu reconstruire, les systèmes idéologiques qui ont concrétisé pendant deux siècles un certain équilibre entre ces valeurs et ont véhiculé notre raison pratique. Il devient donc impossible de penser sur la question du juste et on se contente de penser sur la

question du légal. Cela ne serait pas nécessairement condamnable, si l'on pouvait effectivement « penser » sur la question du légal.

Mais on se heurte ici à un deuxième obstacle posé par le discours postmoderne. Celui de la relativisation extrême de la raison – scientifique, métaphysique ou pratique – qui a mené à ne voir dans le droit, pour paraphraser Jürgen Habermas, qu'un iceberg recouvert par les cristaux de formations discursives arbitraires<sup>53</sup>. Plus que jamais donc – du moins depuis Kant – le droit semble perdre son caractère d'*épistémè* ou de *tekhné* pour redevenir *doxa* et retrouver ainsi, dans une certaine mesure, sa nature pré-moderne<sup>54</sup>. Mais il ne s'agit plus d'une *doxa* reconnue et assumée, de la *doxa* des héliastes, de l'*ecclésia*, ou même de celle du prince, de l'empereur ou du président de la République. Il s'agit d'une *doxa* dissimulée derrière la raison « objective » de l'autorité des experts, des « technocrates » du droit, de ceux qui « connaissent le droit » ; d'un droit cependant qui ne se connaît plus lui-même. C'est ce manque d'auto-connaissance du système juridique qui se trouve à l'origine de la crise de cohérence qu'on vient de nommer théorématique, une crise normative, interne cette fois au système juridique.

11

## 2 - La fragmentation de l'architecture normative du système pénal en tant que crise normative « interne » au droit

La question, peu récente<sup>55</sup>, semble être à la fois épisodée et inépuisable. Le

(52) Il est bien évident que, si le discours postmoderne est ici étudié sous un angle plutôt critique, nous n'avons aucune intention de remettre en cause son intérêt intellectuel incontestable. Il est en revanche vrai que, « posant beaucoup de questions, mais nous livrant peu de réponses » (Michel Boudet-Ricoeur, « Postmodernité : un nouveau paradigme ? », p. 97, in Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 97-108), la déconstruction postmoderne de la science juridique (science qui, par son objet, ne peut guère se contenter de simples interrogations, mais doit justifier des décisions) n'a quelque chose à offrir que comme premier pas vers sa reconstruction.

(53) Jürgen Habermas, « Le présent pour cible », p. 124 in David Couzens Hoy (éd.), *Michel Foucault : Lectures critiques*, De Boeck – Wesmael, Bruxelles, 1989, p. 121-126.

(54) À ce sujet, V., parmi une bibliographie inépuisable, Cornelius Castoriadis, *Post-scriptum sur l'insignifiance. (Entretiens avec Daniel Mermet)*, suivi de *Dialogue*, Éditions de l'Aube, La Tour d'Aigues, 1998.

## DOCTRINE

### La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

« désordre » du droit pénal étant bien visible, il reste toujours à voir cet « ordre différent » qui y substituerait<sup>56</sup>. Un ordre, du moins, qui ne soit pas complexe au point de ne plus être un ordre.

Rappelons par ailleurs que ce « déclin » du droit pénal contemporain est aussi bien matériel, se traduisant par le recul de la codification et par la substitution du droit pénal général par des droits pénaux spéciaux, que fonctionnel, se traduisant par la prépondérance de la raison casuistique sur la raison dogmatique, c'est-à-dire, par le rôle prédominant de la jurisprudence par rapport à la doctrine dans l'herméneutique juridique<sup>57</sup>.

À première vue, ni l'une ni l'autre évolution ne semblent être en soi critiquables. La « spécialisation » du droit pénal n'apparaît, dans une certaine mesure, que comme une conséquence inéluctable de l'élément interdisciplinaire de la science pénale, élément dont l'utilité « rationalisante » – selon Jacques Commaille – ou même « émancipatoire » – selon Jürgen Habermas – ne saurait être facilement mise en question.<sup>58</sup> Pour sa part, la « dédogmatisation » du droit pénal ne signifie pas nécessairement « dérationalisation ». Comme le font observer à juste titre Michel Van de Ker-

chove et François Ost, critiquant Jean Hae-saert et s'inscrivant plutôt dans la lignée de Chaïm Perelman, l'absence de logique strictement déductive ne saurait s'analyser comme absence de rationalité tout court<sup>59</sup>. « Cherchant à éviter les solutions manifestement « déraisonnables » ou iniques, le juge introduit dans le système juridique des conditions relatives à l'opportunité, à la justice et à l'intérêt général. »<sup>60</sup> « Système assoupli, mais système néanmoins. »<sup>61</sup>

Or, plutôt que modération d'un normativisme ou dogmatisme excessif, ces « îlots de particularisme » constitués au sein du droit pénal,<sup>62</sup> ainsi que ce « flou »<sup>63</sup> qui rend la prévisibilité du droit de plus en plus ambiguë et laisse la tâche de l'interprétation de la norme presque exclusivement au juge, semblent ouvrir le chemin vers un nouveau décisionnisme, qui, sans mettre directement en question la prépondérance de la norme<sup>64</sup>, l'invalide souterrainement par un recours constant à la situation exceptionnelle<sup>65</sup>. N'est alors souverain ni la loi, ni le peuple, mais « celui qui décide de la situation exceptionnelle », comme le pensait Carl Schmitt<sup>66</sup>, ou, plus précisément, celui qui décide chaque fois face à la situation exceptionnelle, avec une liberté naguère impensable, de l'interprétation de la loi,

(55) V. *inter alia* Mireille Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », D. Chr., 1986, p. 27 ; Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel - Tome I : Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Éd. Cujas, Paris, 1997, § 382. V. par ailleurs Georges Ripert, *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949.

(56) V. Mireille Delmas-Marty, *op. cit.* (1986).

(57) La tendance décrite concerne certes, plus ou moins, la majorité des pays européens. Elle est cependant particulièrement remarquable en France, où l'abandon de la systématisation dogmatique apparaît, plutôt que comme une nécessité inévitable devant la complexité de l'environnement du système pénal, comme un choix épistémologique conscient, et cela déjà depuis le début du vingtième siècle : ce qui faisait dire à Von Liszt, comme le rappellent Roger Merle et André Vitu (*op. cit.*, § 379), qu'« il n'y a pas de doctrine pénale française ».

(58) V. Michel Van de Kerchove, François Ost, *op. cit.*, p. 131 s.

(59) *Ibidem*.

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*

(62) Roger Merle, André Vitu, *op. cit.*, § 382.

(63) Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, Paris, 1986.

(64) En effet, d'un point de vue kelsénien, il peut paraître absurde de constater l'invalidation de la loi par la loi (V. Michel Troper, *op. cit.*, p. 105, qui considère que l'état d'exception n'est pas une suspension du droit, mais qu'il est toujours défini et qualifié par le droit). Toutefois, comme nous le verrons dans la suite (V. *supra*, III-1), l'éclatement de l'architecture normative n'est pas sans incidence, ni sur la régularité interne, ni sur la validité externe du système pénal.

(65) À ce sujet, parmi une bibliographie abondante, V. notamment Giorgio Agamben, *État d'exception : Homo Sacer, II, 1*, Éditions du Seuil, Paris, 2003 ; Maria-Luisa Cesoni (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : La normalisation de l'exception – Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruxelles – LGDJ, Bruxelles – Paris, 2007 ; François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001 ; Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, P.U.F., Paris, 2011, not. p. 99 s.

(66) Carl Schmitt, *Théologie politique*, Éditions Gallimard, Paris, 1988 (1922/1970), p. 15.

soit-il juge, gouverneur, ou même législateur (qui, au-delà de son rôle de créateur de droit, il joue aussi le rôle d'exégète et d'applyateur de la norme suprême).<sup>67</sup>

## B - Le rôle de la doctrine repensé

Si la responsabilité de l'évolution susmentionnée « incombe en grande partie au législateur [...] la doctrine n'est pas non plus sans reproche. [...] L'ère des colloques, qui tournent souvent en rond des mêmes sujets périphériques au droit pénal, a succédé à l'époque, plus laborieusement réfléchie, des monographies individuelles indispensables à l'approfondissement de la technique juridique ».<sup>68</sup> En effet, l'importance de la doctrine dans la systématisation du droit n'ayant jamais été sérieusement contestée<sup>69</sup>, la tendance positiviste dominante – et, dans une certaine mesure, correcte – à lui refuser la qualité de source de droit<sup>70</sup>, a réduit pratiquement son rôle à une compilation de commentaires disparates de textes législatifs ou jurisprudentiels, destinée plutôt à faciliter la tâche pédagogique des facultés de droit qu'à servir de vrai laboratoire de production juridique. Et pourtant, c'est la doctrine, la « science juridique » au sens strict, qui seule peut assurer la cohérence du système normatif. En outre, c'est uniquement par la voie du traitement doctrinal du droit – assez étrangement, par ailleurs, compte tenu du manque de « légitimation démocra-

tique » des auteurs de doctrine – que peut avoir lieu une véritable et effective démocratisation du droit pénal.

### 1 - La doctrine en tant que force de cohésion interne et internationale du système répressif

Il n'est peut-être pas utile d'exposer ici de manière très détaillée les mérites d'une certaine systématisation dogmatique du droit. Il suffit de rappeler, à l'instar de Kai Ambos, que, du moins d'un point de vue européen-continentale, et sans méconnaître les problèmes évidents d'un dogmatisme absolu ou absolutiste, une telle systématisation offre : a) des solutions juridiques « complètes » et « économiques »<sup>71</sup>; b) une application de la loi rationnelle et équitable ; c) une simplification et une meilleure maniabilité du droit ; d) une orientation générale pour les évolutions ultérieures du droit ; e) une meilleure identification des jugements de valeurs inhérents au système.<sup>72</sup>

13

Il est par ailleurs évident que l'« orientation générale pour les évolutions ultérieures du droit » ne concerne plus exclusivement les ordres juridiques internes, mais doit être comprise dans une dimension internationalisée, voire, pour certaines catégories de crimes graves, internationale.<sup>73</sup> Nombreux ont été depuis quelques années les efforts d'harmonisation, voire, dans quelques cas, d'unification<sup>74</sup> des législations pénales, peu nom-

(67) Il n'est pas par ailleurs sans intérêt de noter que, d'un point de vue sémiologique, cet élément « décisionnel » renvoie manifestement à la première signification de la *xpiaτις* en tant qu'« action ou faculté de distinguer, de choisir, de décider, de juger » (V. *supra*, note n° 17).

(68) Roger Merle, André Viti, *op. cit.*, § 382.

(69) V. *inter alia*, Michel Van de Kerchove, François Ost, *op. cit.*, p. 117 s., qui citent et commentent une bibliographie abondante sur ce sujet.

(70) V. également Christian Mouly, *op. cit.*, p. 355 ; Jean-Denis Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 111-123.

(71) Ce qui n'est pas, bien entendu, sans importance face à la crise économique.

(72) Kai Ambos, « Towards a Universal System of Crime. Comments on George Fletcher's *Grammar of Criminal Law* », *Cardozo Law Review*, vol. 28, n° 6, 2007, p. 2647-2673, not. p. 2648.

(73) *Idem*. V. aussi Christian Mouly, *op. cit.*

(74) On se réfère ici notamment au *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*. Certes, d'un certain point de vue, tel est aussi le cas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, mais la particularité évidente des crimes envisagés, ainsi que l'inspiration par excellence coutumière du droit international pénal, font de ce dernier un cas très spécifique qui doit être examiné à part.

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

breux sont cependant les cas où ces efforts ont abouti à des résultats satisfaisants. Cela est dû, entre autres, au fait que l'on s'efforce d'harmoniser l'un ou l'autre concept de droit pénal spécial, sans avoir cherché, sauf à quelques exceptions notables<sup>75</sup>, à élaborer une structure ou un concept universels de l'infraction<sup>76</sup>. Projet sans doute ambitieux et de long terme, cette élaboration d'un « langage commun »<sup>77</sup> fondamental apparaît comme *conditio sine qua non* pour l'harmonisation de la régulation pénale – ou plus généralement juridique – de questions plus spécifiques. Et c'est un projet que seule la doctrine, sous condition d'une ouverture internationale effective du discours doctrinal, peut assumer.

### 2 - La doctrine en tant que véhicule de démocratisation du droit

14

Or, un deuxième aspect de la systématisation dogmatique du droit pénal, qui présente par ailleurs une importance spéciale pour l'analyse qui suit, est celui d'une certaine « démocratisation » du droit pénal à travers son traitement analytique, et ceci dans un double aspect, en amont et en aval de l'application, voire de l'élaboration de la norme pénale. Il peut certes paraître un peu étrange de parler de « démocratisation » lorsqu'il s'agit d'un renforcement du rôle d'acteurs qui ne jouissent d'aucune légitimité représentative.

Mais, d'une part, en soustrayant pratiquement – et pourtant, en aucun cas normativement – une partie considérable du pouvoir décisionnel du juge ou même

du législateur, l'analyse dogmatique du droit a le potentiel de créer des pistes pour un discours pénal plus ouvert à la société. Il est certes absolument utopique d'imaginer que les citoyens se rassembleraient autour d'une agora post-moderne, pour discuter de la nature fonctionnelle du bien juridique ou de la conception finaliste de l'acte, et, si c'était le cas, le résultat serait probablement beaucoup plus absurde et chaotique que l'est la situation actuelle. Mais le prétraitement d'une série de questions juridiques très complexes par des systèmes considérablement plus ouverts à la société – par rapport au système judiciaire – des universités, des centres de recherche, des barreaux peut non seulement alléger le travail du magistrat – qui, en tout cas, répétons-le, ne perd rien de son monopole dans la décision finale –, mais aussi encadrer les marges de manœuvre du pouvoir législatif et garantir ainsi la sauvegarde d'une certaine architecture normative. La doctrine constituerait ainsi effectivement – parce qu'en théorie c'est déjà le cas – un « lieu de médiation » privilégié entre la législation et la jurisprudence<sup>78</sup>, voire entre ces sources principales du droit et les demandes des acteurs sociaux<sup>79</sup>. Mais pour que cette « médiation » soit véritable, on ne peut guère se contenter de quelques débats spontanés où seront invités quelques juristes, quelques hommes politiques et quelques représentants d'autres acteurs sociaux, pour discuter abstrairement des problèmes de la société. Elle doit consister en un travail substantiel et coordonné de reconstruction et de systématisation du champ normatif, travail qui serait digne de sa présomption « scientifique ».

(75) V. not. George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law – American, Comparative, and International*, 3 volumes, Oxford University Press, New York, 2007.

(76) V. Kai Ambos, *op. cit.*

(77) Mireille Delmas-Marty, « À la recherche d'un langage commun », in Mireille Delmas-Marty, Geneviève Giudicelli-Delage, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de législation comparée, Paris, 2003, p. 373-377.

(78) Michel Van de Kerchove, François Ost, *op. cit.*, p. 125.

(79) V. Denis Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 111-124 : « Voilà pourquoi nous devons placer entre le pouvoir informel de l'opinion et les institutions, des médiations capables d'élaborer des réponses moins courtes. Trop souvent, l'espace vacant entre l'État et les individus est envahi par un flot d'indignations qui cherche des coupables sans permettre aux médiations de se déployer » (p. 123-124).

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

**DOCTRINE**

D'autre part, la systématisation analytique du droit pénal reste, devant la complexité inévitable des systèmes normatifs contemporains, la seule voie pour en assurer une certaine accessibilité et prévisibilité, conditions nécessaires pour un État qui se veut tant « de droit » que « démocratique ». Un « bon » système pénal doit tout d'abord être un système pénal rationnel ; un système pénal qui permet d'imaginer tant le contenu et la raison de l'interdit que la nature et l'ordre de grandeur de la sanction. On ne saurait certes soutenir que les systèmes pénaux actuels – du moins ceux des États européens qui nous intéressent prioritairement ici – ne présentent aucune rationalité et n'offrent aucune garantie d'accessibilité ou de prévisibilité. On peut toutefois constater que les solutions actuelles dans ce domaine sont loin d'être satisfaisantes. Ce qui pourrait peut-être expliquer, même partiellement, les causes d'un certain manque de confiance, de plus en plus observable, du corps social envers le droit ; un manque de confiance qui pourrait se développer en une véritable et indiscutable « crise » du droit pénal.

### **III - La dialectique entre crises factuelles et crise normative : la crise du droit en tant que crise de confiance dans le droit**

Nous avons jusqu'ici essayé de démontrer que l'émergence d'une crise factuelle, par exemple économique, ne résulte pas inéluctablement en une crise normative et que, si l'on peut accepter que le droit pénal se situe lui aussi, depuis un certain temps, en situation de crise, cette crise n'est que très indirectement liée à la crise financière. Or, ces conclusions pourraient donner la fausse impression que le monde juridique n'a rien à craindre de la crise financière, ou, à l'inverse, que l'évolution de la crise

financière et de la crise sociale qui en découle restent à l'abri des évolutions qui surviennent à l'intérieur du système juridique. Une telle résolution présupposerait toutefois une clôture systémique parfaite entre le normatif et le factuel. En effet, il faudrait exclure toute hypothèse d'interférence entre le système juridique et les autres systèmes sociaux, ce qui serait, du moins d'un point de vue socio-logique, absurde.

Au contraire, les crises parallèles dans les deux sphères peuvent non seulement se cumuler dans leurs effets, mais elles risquent encore de créer une dynamique dialectique entropique, où le droit, en tant que mécanisme de régulation de la société, enfermé dans sa propre crise, serait incapable de jouer son rôle de régulateur de la crise sociale. Pour éviter une telle évolution, le juriste doit, avant d'essayer de résoudre par le droit les problèmes sociaux non-juridiques, tels la crise financière, lutter pour redonner au système juridique sa cohérence, sa systématicité, sa prévisibilité et, enfin, des fondements légitimateurs stables.

15

#### **A - Les risques de la coïncidence de paramètres critiques, factuels et normatifs : un exemple emprunté à la science pénitentiaire.**

Si, en parlant de « risques », nous tournons notre discours vers l'éventualité de l'avenir, des exemples d'une interdépendance dialectique des statuts factuel et normatif existent déjà.

Restons dans l'exemple de la crise financière et de ses rapports avec les systèmes normatifs juridiques : depuis presque quarante ans on constate une incidence de plus en plus néfaste du discours économique sur le discours juridique. « Obsédés par l'analyse économique du droit », écrit à juste titre Carlo Santulli, « les juristes ont trop vite renoncé à une analyse juridique de l'éco-

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

16

nomie ».<sup>80</sup> De ce constat, plusieurs lectures sont possibles, dont la plus évidente serait que le droit ne saurait que s'adapter aux évolutions de la société ; que, d'une manière logique, le *sollen* ne saurait que suivre le *sein*, pour ne pas arriver à perdre sa validité. Certes. Mais une telle assertion presuppose de reconnaître à la science économique la fiabilité d'une science exacte. Dans un tel cas, on pourrait effectivement considérer que les préceptes de la science économique représentent une certaine « réalité factuelle ». Cela étant dit, il est assez évident que, tout comme le discours juridique, le discours économique reste, malgré la place distinguée qu'il réserve aux mathématiques, un discours plutôt doctrinal – voire stratégique pour reprendre les mots de Günther Teubner<sup>81</sup> – que scientifique, et, en tout cas, guère plus « rationnel » que le discours juridique. Quelle est donc la cause de ce renversement d'équilibre discursif ? Les grandes avancées de la science économique, qui n'ont pas été suivies sur le plan juridique ? Peut-être. Mais cela pourrait être aussi le fait que la complexité, la subjectivisation et la désystématisation du droit ont atteint un tel degré, que, face à la situation critique, la société semble faire plus confiance à la raison économique, qui reste à ses yeux une raison épistémique – malgré le paradoxe que lors des débats des économistes, il y a, le plus souvent, autant d'interlocuteurs que d'opinions dissidentes –, qu'à la raison juridique, qui n'apparaît que comme raison simplement dogmatique ou, en tout cas, subjective.

Dans la mesure où l'on accepte une telle optique, la crise du droit s'avère être une

crise de confiance dans le droit. Une crise de confiance, tant au caractère « raisonné » du droit positif en tant que système normatif, qu'à la capacité et à la volonté des acteurs impliqués d'appliquer ce droit positif de manière raisonnée, et alors « juste ».

Il est certes évident que la confiance absolue et inconditionnée du corps social envers les lois ne peut trouver une place que dans la littérature utopique. Mais si, dans une situation économique où le niveau de qualité de vie a sensiblement diminué et où les inégalités sociales deviennent de plus en plus provocantes, le système juridique continue à déconstruire ses acquis, à se subjectiviser, à se politiser et à dégrader les processus démocratiques, le résultat pourrait être – et c'est là que se cache le risque susmentionné – une crise de confiance fondamentale dans le système juridico-politique, une crise radicale de validité et de légitimité du système normatif, voire une situation anarchique ou guerrière.

Pour illustrer notre propos, il convient de s'appuyer, nonobstant les objections théoriques qui pourraient être formulées<sup>82</sup>, sur les conclusions d'une série de recherches empiriques, réalisées notamment à partir des années 1980, dont l'objet fut d'expliquer les causes des émeutes dans les établissements pénitentiaires<sup>83</sup>.

Il faut de prime abord rappeler que les premières explications théoriques concernant les émeutes de prison se divisaient en général en deux vastes catégories<sup>84</sup> : une première, comprenant

(80) Carlo Santulli, « L'Euro : Analyse juridique de la crise de la dette », RGDP, n° 4, 2011, p. 833-851, précisément, p. 834. V. aussi Éric Millard, « L'analyse économique du droit, un regard empiriste critique », *Droit Prospectif*, 2009, n° 22, 2009, p. 2523-2528 ; V. Bruno Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, not. p. 169 s.

(81) V. Günther Teubner, « After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law », in, du même auteur (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1986, p. 299-321.

(82) Il est évident que la transposition à la société ouverte de conclusions scientifiques tirées de l'étude d'« institutions totales » n'est pas sans problèmes méthodologiques. On peut se permettre toutefois une telle analogie, en se limitant bien entendu à des hypothèses sans aucune valeur déterministe, puisque les outils analytiques employés dans ces recherches sont des outils généraux des sciences sociales.

(83) V. *inter alia* Bert Useem, Peter Kimball, *States of Siege – U.S. Prison Riots 1971-1986*, Oxford University Press, New York, 1989, notamment p. 218 s. ; Robert Adams, *Prison Riots in Britain and the U.S.A.* (2<sup>nd</sup> ed.), MacMillan Press, London, 1994 ; Arjen Boin, William A.R. Rattray, « Understanding prison riots : Towards a threshold theory », *Punishment and Society*, Vol. 6, n° 1, 2004, p. 47-65.

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ? **DOCTRINE**

les approches « conventionnelles » et « intuitivement acceptables » qui voient dans les émeutes une réponse naturelle aux mauvaises conditions de détention, et une deuxième, comprenant les approches qui cherchent les origines des problèmes dans la texture sociale des établissements. Toutefois, ni les premières approches, inspirées plus ou moins des théories « de la privation relative », ni les deuxièmes, inspirées notamment des théories « du découpage administratif » n'ont été capables de donner un outil analytique adéquat pour décrire les conditions qui risquent de conduire à des situations incontrôlées dans les prisons. En effet, bien que la majorité des émeutes soient les plus souvent liées à des facteurs – très divers – relatifs aux conditions de vie, les mauvaises conditions ne suffisent pas en elles-mêmes pour expliquer l'explosion d'émeutes. Il y a eu des prisons où, nonobstant les conditions insupportables, il n'y a jamais eu d'agitations, tandis que dans des établissements où les conditions pourraient être considérées comme satisfaisantes, il y a eu des émeutes répétées<sup>85</sup>.

Face à ce paradoxe, Bert Useem et Peter Kimball essayèrent de formuler une théorie unifiée, concluant que les émeutes apparaissent dans des prisons qui « ne sont pas capables de contenir des troubles » et qui « convainquent les détenus que les conditions sont injustes ». S'appuyant sur ces conclusions de Useem et Kimball, Arjen Boin et William Rattray cherchèrent à dépister les causes et la phase critique du « découpage administratif » qui peut déclencher des émeutes, ainsi que les raisons et les modalités selon lesquelles des situations hors de contrôle peuvent

effectivement se produire<sup>86</sup>. Solidifiant leurs arguments théoriques par le recours à de nombreux exemples empiriques, les deux auteurs concluent que, pour qu'une émeute de prison émerge, le « découpage institutionnel » qui motiverait les détenus à procéder à des violences collectives ne suffirait pas par soi-même. Il devrait être assorti d'un « découpage administratif », autrement dit d'un dysfonctionnement dans les motifs d'interaction entre, par exemple, les détenus, le personnel et l'administration de la prison. Ce sont donc les pathologies des pratiques administratives (manque de coordination, incertitude, imprévisibilité, contradictions, etc.) qui donnent l'impression aux détenus que leurs conditions de détention ne sont pas tout simplement mauvaises, mais qu'elles sont aussi « injustes ». Et c'est ce sentiment d'injustice, dû non pas tellement au statut de détenu en soi mais plutôt au manque de confiance dans la capacité du système pénitentiaire d'appliquer correctement la peine prononcée, qui engendre les troubles.

17

Or, si le parallélisme entre citoyens libres et personnes privées de leur liberté en raison d'une condamnation pénale peut choquer, il ne faut cependant pas méconnaître quelques analogies intéressantes entre les deux cas. Que la crise financière ait considérablement détérioré les conditions matérielles de vie et ait créé un sentiment de « privation relative » chez un grand nombre de citoyens, c'est une donnée. Ce fait, comme nous avons pu le soutenir plus haut, ne semble pas capable par lui-même de mettre en question la validité du système normatif<sup>87</sup>. En revanche, quand le système normatif souffre de ses propres problèmes de dysfonctionnement administratif, d'incohérence, d'instabilité et

(84) Arjen Boin, William A.R. Rattray, *op. cit.*, p. 48.

(85) A. Boin et W. Rattray (*op. cit.*, p. 49) citent comme exemple un établissement écossais fondé en 1987, très bien équipé, lequel a connu quatre fois, lors des cinq premières années de son opération, des émeutes importantes, avec des prises d'otage de personnel et des dégradations matérielles considérables.

(86) Puisqu'en effet, il y a beaucoup d'établissements mal gérés, mais relativement peu d'émeutes.

(87) En effet, pour retourner à l'exemple des établissements pénitentiaires, il est assez fréquent que le détenu accepte les mauvaises conditions de vie comme une réponse légitime, voire juste de la société organisée à l'infraction qu'il a commise. Ce sont les cas où la validité de la norme pénale trouve son expression la plus complète.

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

d'imprévisibilité, il ne peut plus agir comme modèle idéal de régulation, il ne peut plus apparaître comme *sollen*, mais il retombe dans la sphère du *sein*. Peu importe finalement si l'on nomme ces problèmes crise ou pas. Ce qui importe, c'est de comprendre que le rôle du système juridique en époque de crise(s) ne saurait être tout simplement de revêtir l'un ou l'autre choix politico-économique d'un enduit de légitimité juridique, mais d'assurer, d'une part, que l'ordre normatif soit, à l'intérieur, logiquement cohérent, et, d'autre part, à l'extérieur, que le contenu substantiel de cet ordre normatif corresponde, dans la mesure du possible, à la réalité factuelle et à la volonté consensuelle des acteurs qui l'ont légitimé.

### B - La crise comme moteur de réflexivité pour la résystématisation du droit pénal

18

Déjà en 1969, Niklas Luhmann faisait remarquer, de manière sans doute assez cynique, que « la société moderne a atteint un tel degré de complexité que ce qui était auparavant impossible devient maintenant possible et doit alors également être pensé. Pourvu seulement qu'il soit organisé d'une manière suffisamment complexe, un système politique peut, à l'intérieur de ses procédures, générer chaque fois un nombre suffisant d'alternatives, réduire ce nombre et prendre également des précautions afin que ses décisions soient acceptées généralement comme étant contraignantes ; il peut ainsi restructurer efficacement les attentes sociales et, en ce sens, se légitimer lui-même. Pour cela, le consensus universel, l'harmonisation, voire la politisation totale de la société ne sont nullement nécessaires. On en est réduit à cette solution lorsque l'on s'en tient aux prémisses classiques et qu'on les applique à une réalité qui leur est devenue depuis longtemps étrangère. Le renversement, souvent

observé, des idéaux démocratiques en idéaux totalitaires présente alors une logique séduisante si la vérité demeure le but de la politique et si la conformité témoigne de la vérité. À partir de prémisses différentes, il est toutefois possible de penser de systèmes politiques qui n'ont aucunement besoin de maîtriser totalement leur environnement pour se légitimer. Ils se constituent en se différenciant eux-mêmes d'un environnement social qu'ils supposent hypercomplexe et surtout impossible à soumettre à une planification et à maîtriser. Ils s'ajustent à cette complexité dans la mesure où ils accroissent leur complexité propre. Ils peuvent gérer la réduction de leur complexité (à la différence de celle de la société) au moyen de la combinaison de procédures de différentes sortes, procédures qui, fonctionnellement différenciées, cherchent à réaliser simultanément une adaptation politique du système à son environnement et une adaptation administrative et juridique de l'environnement au système. Du fait qu'il utilise ses propres possibilités décisionnelles, un tel système a de grandes chances de modifier par la même occasion les attentes de son environnement. S'il réussit effectivement à faire cela, alors il se légitime par la procédure ». <sup>88</sup>

L'actualité des mots de Luhmann est impressionnante. En effet, la crise financière, non pas tellement en tant qu'événement mais plutôt en tant que discours, a parfaitement servi depuis quelques années d'outil de réduction de la complexité du droit et des alternatives disponibles, rendant par ailleurs cette réduction « contraignante » par le recours théorique à l'orthodoxie « scientifique » des lois du marché. Elle a pu servir de prétexte pour que des nouveaux sous-systèmes juridiques « d'exception » fassent leur apparition, des sous-systèmes autoréférentiels et autopoïétiques, « se différenciant de leur environnement par des limites constituées par le sens et se

<sup>(88)</sup> Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval – Cerf, Laval – Paris, 2001 [1969], p. 246-247.

reproduisant par des processus communicatifs endogènes »<sup>89</sup>. Elle a notamment servi d'outil de restructuration des attentes sociales et elle a pu, enfin, « légitimer » par cette procédure – et par un présumé recours, parfois à la raison scientifique et parfois aux contraintes d'un certain réalisme – la déconstruction d'acquis sociopolitiques dont la mise en question aurait naguère été impensable.

Certes, les domaines les plus visiblement affectés sont le droit du travail, le droit social, le droit bancaire et, en général, les branches juridiques les plus marquées par un fort caractère économique. Mais les effets sur les domaines les plus traditionnels – et ceux qui sont censés être au-delà des intérêts financiers –, tels le droit constitutionnel ou le droit pénal sont aussi évidents.

En droit constitutionnel, ce ne sont pas uniquement les garanties sociales – plus ou moins présentes dans les droits constitutionnels européens du vingtième siècle – qui apparaissent menacées. C'est aussi bien le noyau-dur du système démocratique qui semble être en train de passer vers une nouvelle phase, « post-démocratique »<sup>90</sup>. Dans un ouvrage très récent, Jürgen Habermas s'inquiète à juste titre de la perte progressive et insidieuse de contrôle des Parlements nationaux sur les lois de finances ; évolution qui semble asphyxier petit à petit le poumon de la démocratie à l'échelle nationale, sans que cette perte soit compensée au niveau européen<sup>91</sup>. Mais ce déficit démocratique n'est pas le produit de la crise financière actuelle. Il a été à maintes reprises constaté et critiqué depuis l'institution des Communautés européennes, puis de l'Union européenne, et, plus récemment, lors des débats autour de l'adoption d'une Constitution européenne. Ce qui est

cependant nouveau, et qui justifie un nouveau diagnostic et un renouvellement du débat, c'est exactement la coïncidence dialectique entre les anomalies factuelles et les anomalies normatives. Si le déficit démocratique européen consistait jusqu'alors en un sujet d'intérêt plutôt académique, la transformation des attentes sociales et l'impuissance des gouvernements étatiques face à la crise financière ont révélé les faiblesses institutionnelles et normatives au niveau européen, faiblesses qui, de leur part, ont contribué à l'aggravation de la crise financière par la perte de confiance, tant des « marchés » que de la société civile, dans la capacité du système juridique à réguler la vie sociale.

En droit pénal, il suffit de remarquer que le changement de la logique répressive envers les classes défavorisées, ainsi que l'impunité souvent provocante des classes économiques dirigeantes ne sont plus considérés comme des pathogénies du système, mais deviennent parties légitimées du système par la voie du recours à l'exception. Ainsi, quand on punit l'immigré clandestin, puisqu'il aggrave la situation économique du pays en temps de crise, quand on érige tout mouvement contestataire en organisation criminelle ou terroriste, quand on est tenté par l'intérêt théorique de réinsérer la notion d'ennemi, à côté de celle de citoyen, dans le discours pénal interne, quand il reste cependant impensable de qualifier d'organisation criminelle la direction d'un établissement bancaire qui s'adonne à des pratiques d'investissement illicites (bien que ce soient manifestement ces pratiques qui déclenchèrent la crise), on ne transgresse plus la loi ; on applique son exception. C'est cette politisation du pénal, ainsi que, à l'inverse, la pénalisation du politique<sup>92</sup>, qui ont conduit à la

19

(89) V. Niklas Luhmann, *Social Systems*, Stanford University Press, Stanford, California, 1995 [1984], not. p. 12 s. ; V. encore Günther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, not. p. 25 s.

(90) V. not. Colin Crouch, *Post-Democracy*, Polity Press, Cambridge, 2004.

(91) Jürgen Habermas, *La Constitution de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2012.

(92) V. aussi Michel Masse, Caroline Duparc, Bernadette Aubert, « La pénalisation du politique », in Michel Masse, Jean-Paul Jean, André Giudicelli (dir.), *op. cit.*, p. 207 s.

## DOCTRINE

La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

susmentionnée crise de confiance, non plus seulement dans l'efficacité du système pénal, mais, bien plus radicalement, dans les valeurs qu'elle symbolise, autrement dit, dans sa raison d'être<sup>93</sup>. Nous voyons encore ici le schéma dialectique susmentionné, puisque la crise financière a posé des nouveaux enjeux au droit pénal, alors que les faiblesses préexistantes du droit pénal qui l'ont rendu incapable de réguler de manière consensuelle les problèmes criminels liés à la crise (qu'il s'agisse de la criminalité « en col blanc » ou « en col bleu ») ont aggravé à leur tour les répercussions de la crise dans la vie sociale.

Or, il est évident que, si les diverses approches fonctionnalistes – soient-elles luhmanniennes, parsonniennes, mertonniennes, ou autres – nous offrent de beaux schémas descriptifs des évolutions du droit, des regards distancés qui se contentent d'illustrer l'évolution des systèmes juridiques en tant que *sein* – et c'est probablement pour cela que Luhmann insistait toujours à se réclamer de sociologue et non pas de philosophe du droit ou de juriste –, elles refusent cependant – et à raison –, explicitement ou implicitement, de se pencher sur la question du *sollen*, de ce que « doit être » le droit. On doit en effet être très

attentif quand on met en rapport les deux sphères, afin d'éviter des confusions, des antinomies ou des problèmes d'autoréférentialité<sup>94</sup>. Mais, même en sachant qu'à partir d'un moment on entre dans la sphère discursive politico-historique, on ne saurait non plus contourner, au nom d'une prétendue objectivité – voire apathie – scientifique, les questions qui relèvent de la raison pratique, les questions sur le droit en tant que *sollen*.

Qu'est-ce que *doit* alors faire le pénaliste face à la crise financière ? Les choix sont nombreux, mais ils peuvent essentiellement se regrouper en deux schémas bipolaires : un schéma relatif à leur orientation politique et un schéma relatif à leur degré d'impact sur le système pénal existant.

En ce qui concerne le premier schéma, il convient de classifier les choix possibles selon leur caractère consensuel ou conflictuel. Il faut pour autant nuancer : il ne s'agit pas ici de distinguer des modèles épistémologiques criminologiques<sup>95</sup>, mais des modèles stratégiques de politique criminelle<sup>96</sup>. La question, vaste et chaotique, ne saurait être, bien entendu, abordée dans le présent article en tant que telle. Il est toutefois possible

(93) Ce qui a une très grande importance. Comme le notent François OST et Michel Van de Kerchove, citant Louk Hulsmans, l'« apaisement de l'opinion » (que Hulsmans considère comme motif – parfois seul – de criminalisation) ne paraît pas nécessairement tributaire de l'illusion d'une intervention efficace sur le plan instrumental. Dans de nombreux cas, l'opinion visée peut se contenter de voir la norme pénale remplir, en toute clarté, une fonction essentiellement, voire exclusivement, symbolique de condamnation publique du comportement prohibé (François Ost, Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 344). Si l'on accepte cette assertion, on doit reconnaître que la validité du système pénal n'est pas tellement menacée par les problèmes d'efficacité qui empêchent la réalisation du droit, mais, surtout, par la rupture éventuelle entre la norme en tant que symbole et les valeurs sociales en tant que référent de ce symbole.

(94) Problèmes dont souffre, à titre d'exemple, la doctrine du droit pénal de l'ennemi de Günther Jakobs, se situant à la fois à l'extérieur du système pénal, en tant que discours juridico-philosophique, afin d'observer le système en tant que tel, et à l'intérieur du système, en tant que discours historico-politique », qui, pour reprendre les mots de Michel Foucault (« *Il faut défendre la société* ». Cours au Collège de France. 1976, Gallimard/Seuil, Paris, 1997, p. 241), prétend à la vérité et au droit, mais s'excluant lui-même et explicitement de l'universalité juridico-philosophique », afin de justifier, voire de légitimer les écarts à la normalité de l'État de droit.

(95) Comme le fait, à titre d'exemple, Denis Szabo (*Criminologie et politique criminelle*, Vrin, Paris, 1978, p. 41 s.), qui emploie les modèles consensuel et conflictuel pour classifier les explications étiologiques scientifiques du phénomène criminel. Cette approche, qui est devenue classique dans les manuels de criminologie, concerne bien entendu la sphère du *sein* des sciences criminelles et non le *sollen* de la politique criminelle.

(96) Comme ceux illustrés dans les travaux de Mireille Delmas-Marty (*Modèles et mouvements de politique criminelle*, Économica, Paris, 1983 ; *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit.). Or, si les modèles proposés par Mireille Delmas-Marty concernent principalement, d'une part, la nature du phénomène criminel en tant que transgression de la norme, d'autre part, le caractère étatique ou sociétal des réponses du corps social au phénomène criminel, ici la distinction concerne les rapports systémiques entre l'émetteur et le destinataire de la norme pénale.

d'observer que, si le consensus présumé autour des valeurs morales sous-jacentes au droit pénal néoclassique semble démontrer, même face à la crise, une certaine vitalité, le droit pénal d'aujourd'hui témoigne de plus en plus d'un « usage de la raison » plutôt privé que public, alors que l'idéal kantien d'une « paix perpétuelle » cède de plus en plus sa place à des approches néo-hobbesiennes, voire néo-schmittiennes, à des « théologies politiques » manichéennes, qui cherchent à assurer la « paix » par l'extermination radicale de ses ennemis potentiels. Or, si l'on considère le caractère consensuel du droit pénal, non pas comme « choix », mais comme postulat pour la science juridique, et si l'on veut sauvegarder ce caractère consensuel et éviter de réduire le droit à un simple outil d'imposition de pouvoir, le droit pénal devra être restructuré, résystématisé, rélégitimé, par le biais d'un « discours rationnel » et de processus radicalement démocratiques (et cela à un niveau peut-être pas « mondial », mais inévitablement « mondialisé »). Certes, tant la « raison » que les « processus démocratiques », vus en tant que valeurs universelles, peuvent être débattus, et, en tant que concepts confus et donc « dociles à une appropriation opportuniste »<sup>97</sup>, doivent être utilisés avec grande précaution. Il est aussi évident, comme il a été dit plus haut, que la démocratisation du discours juridique ne peut être que très relative, limitée par les inconvénients pratiques dont souffre tout processus démocratique direct. Mais c'est exactement en cela que la doctrine doit jouer son rôle, un rôle, entre autres, d'intermédiaire entre les gouvernants et les gouvernés, un rôle certes fonctionnel au sein du droit, mais aussi légitimateur du droit.<sup>98</sup>

Le deuxième schéma est en général indépendant du premier. Consensuelles ou conflictuelles, les différentes

approches sur le devoir-être du système pénal sont ici classées selon leur intensité. Faudra-t-il « rééquilibrer le jeu des relations complémentaires dans le réseau existant », ce que Mireille Delmas-Marty appelle une « stratégie d'adaptation » ? Ou, face aux nouvelles attentes sociales, faudra-t-il réviser radicalement, voire réinventer le droit pénal, optant ainsi pour une « stratégie de rupture »<sup>99</sup> ? Le débat reste pour l'instant ouvert. La réponse définitive ne sera donnée que par l'histoire. Et ce sera alors que l'on pourra répondre à la question traitée dans cet article. Si le droit pénal après la crise n'a rien de commun avec le droit pénal contemporain, nous pourrons dire que la crise financière d'aujourd'hui aura été certainement aussi une crise du droit pénal. En revanche, si la fin de la crise nous laisse un droit pénal légèrement ajusté, simplement adapté à la nouvelle réalité sociale, sans que son noyau dur sociopolitique ou épistémologique soit touché, la crise n'aura été pour le droit pénal qu'un moteur de réflexivité, une occasion pour remédier des pathogénies préexistantes, mais bien dissimulées par l'optimisme et le conformisme des époques prospères. Pour conclure, rappelons quelques mots de Henri Donnedieu de Vabres à propos de la « crise moderne du droit pénal », afin d'en tirer une leçon à l'égard de cette actuelle crise « postmoderne », voire « hypermoderne » : « La supériorité présente des régimes autoritaires sur les régimes libéraux tient à leur sens de l'actualité, à leur vigueur juvénile, au sentiment qu'ils ont de répondre à des besoins nouvellement manifestés. Les gouvernements des États démocratiques, qui n'appliquent pas de sanctions pénales administratives, qui ne soumettent pas la répression à des considérations de race ou de caste, qui ne possèdent pas de "chambres des aveux spontanés", ont la fierté de se relier à des principes plus élevés et plus durables. Leur "potentiel" est d'ordre supérieur.

21

(97) Jacques Derrida, Jürgen Habermas, *Le concept du 11 septembre : Dialogues à New York (octobre -décembre 2001)* avec Giovanna Boradori, Galilée, Paris, 2004, p. 157-158.

(98) V. supra, notes 77-78.

(99) Mireille Delmas-Marty, *op. cit.* (1992), p. 268 s.

**DOCTRINE** La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ?

Mais ils ont le tort de n'avoir guère changé leur politique criminelle, dans un temps où le bouleversement des conditions économiques, sociales, internationales impose à toutes choses un changement. Le désaccord entre les exigences

nouvelles du milieu et les formes constantes de la réaction contre le crime crée un malaise. Seule une réforme d'ensemble, un remaniement hardi de nos institutions répressives permettra l'économie d'une révolution »<sup>100</sup>.

(100) Henri Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 211-212.