

Introduction

« Les feux mal couverts n'en éclatent que mieux »

Julien CANTEGREIL
École normale supérieure

À l'issue du numéro de 2008 sur l'arbitrage, l'équipe des *Archives de philosophie du droit* avait souhaité poursuivre sa réflexion sur les domaines du droit les plus évolutifs. Le choix du droit pénal s'imposa de lui-même tant le fond et la procédure en avaient été transformés depuis le numéro de 1983 dédié à la « Philosophie pénale ».

Les contributions ici rassemblées montrent que ces évolutions fortes, et que l'on aurait pu présumer simples et univoques en matière de sanctions, de récidive, de dangerosité, de place donnée aux victimes... ont fini par ébranler la discipline. Ces mots d'Oreste en disent l'état actuel. D'un même mouvement, ils nous convient à revenir au principe de cette discipline (1) pour faire progresser la réflexion sur certains de ses enjeux les plus actuels (2).

Revenir aux principes, c'est-à-dire ne plus s'en laisser compter davantage par certains réflexes intellectuels tenaces (1.1), au premier rang desquels l'idée séduisante qu'existerait « une doctrine pénale française ». Il apparaît à la lecture des textes ici rassemblés que la discipline est tout au contraire traversée en profondeur par des évolutions doctrinales singulières, l'influence croissante de nouveaux espaces normatifs et le nécessaire renouvellement de la réflexion sur ses finalités (1.2). Face à ce constat et aux évolutions actuelles, le travail doctrinal est plus nécessaire que jamais. Il n'en doit pas moins changer ses méthodes, en recourant notamment davantage à des sources disciplinaires externes pour renouveler son appréhension des évolutions de fond (2.1) et institutionnelles (2.2).

1.1 La réflexion doctrinale est désormais freinée par trois facilités d'analyses, qui avaient fini par passer pour vraies et qu'il faut réfuter pour de bon. La première, disciplinaire, affirme l'autonomie notionnelle et fonctionnelle du droit pénal. L'étude combinée des seuls droits pénal et administratif menée par Pierre Delvolvé dissout définitivement cette croyance en révélant, tout au contraire l'interpénétration insoupçonnée de ces droits. L'analyse de l'exercice du pouvoir de sanction par l'autorité administrative faite par le juge constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2009 relative à la loi *Hadopi*, ou par le Conseil d'État dans l'arrêt du 16 février 2009, *Société ATOM*, reste en effet incompréhensible à qui ne ressaisit pas, comme y invite l'auteur, les deux droits comme des espèces d'un même droit répressif. L'auteur va plus loin en soulignant par son étude de deux décisions de 2008 et 2009, respectivement

du Conseil constitutionnel relative à la rétention de sûreté et de la Cour européenne des droits de l'homme relative au « droit à la liberté et à la sûreté » que l'unité des deux droits se poursuit au niveau préventif. L'analyse comparée du droit pénal montre que ce droit que l'enseignement disjoint, ainsi ressaisi dans sa vérité substantielle, loin d'être autonome rejoint au contraire un autre droit comme branche d'un droit non seulement répressif mais aussi coercitif.

La deuxième facilité d'analyse porte sur le *corpus* doctrinal : il faut convenir non seulement, et les contributions de Jacques-Henri Robert, Jean-Louis Halpérin et Frédéric Gros y reviennent, que la doctrine pénale ne peut plus ignorer la palette actuelle des sciences sociales, mais en outre que certains de ses classiques ont été mal interprétés – au premier chef le grand œuvre de Beccaria : *Des Délits et des peines*. L'analyse de sa réception française proposée par Philippe Audegean permet à cet égard de distinguer les deux raisons qui ont conduit à cette mésinterprétation : les choix de traduction très biaisés de l'abbé Morellet se sont imposés comme l'unique version de référence (y compris en Italie où la version originale fut déformée pour la faire correspondre à sa traduction française !) ; les lectures philosophiques inaugurées par Bentham ont en outre inscrit la postérité de l'ouvrage dans le double horizon stimulant mais réducteur de l'utilitarisme et du contractualisme. Il en a résulté une incompréhension de la stratégie doctrinale de Beccaria qui encombre par définition tout réemploi qu'on pourrait vouloir en faire aujourd'hui : le combat mené en son temps par Beccaria contre la justice pénale d'Ancien Régime doit, comme le montre Philippe Audegean, être compris comme un combat contre la *suprématie du savoir juridique*. Aussi la définition « philosophique » de la peine et l'interprétation du droit pénal en vertu du principe de parcimonie punitive résultent d'abord la conséquence de cette volonté de refonder le discours juridique hors du domaine de compétence des savoirs juridiques traditionnels.

La dernière facilité d'analyse n'est pas propre aux règles de droit ni à la doctrine « juridique » mais à ce que l'on pourrait nommer à la suite de Koselleck ou Foucault l'histoire conceptuelle, savoir : les choix qui président en l'espèce à l'assignation d'une place déterminée au droit pénal parmi les branches du savoir et de l'organisation sociale. Bernard Harcourt le montre par un détour par la pratique pénale américaine. L'analyse généalogique qu'il produit du virage répressif américain des années 1970 fait apparaître le rôle matriciel joué au XVIII^e siècle par l'idée d'« ordre naturel », et l'importance de la métamorphose ultérieure de ce concept en celui d'« efficacité de marché ». L'idée d'ordre naturel a donné sa cohérence à la croyance en des marchés qui s'ajusteraient et se maintiendraient d'eux-mêmes, et partant conduit au développement d'une « pénalité néolibérale » dont Bernard Harcourt montre que, des Physiocrates à l'École de Chicago, elle a fini par exclure le domaine pénal de la rationalité économique dominante. Selon sa démonstration, cette marginalisation de la sanction pénale aux franges du marché a « déchaîné l'État sur la sphère pénale ». Voilà qui fait apparaître, par contraste, ce qu'il faut reconnaître comme un « modèle (non pas doctrinal mais conceptuel) français » : développé autour d'Adam Smith ou Beccaria depuis le XVIII^e siècle, il est fondé sur la notion de « police », et constitue encore l'invariant pour l'instant inconscient de nombreuses évolutions actuelles. Les rapports du droit pénal, de l'action de l'État et de la société

apparaissent ici pleinement comme construits sociaux autant que mentaux, alors que la tradition en fait trop aisément une vérité naturelle.

1.2 Qu'il s'agisse de sa nature coercitive, des projets doctrinaux qui ont présidé à son développement ou des champs de l'action sociale où il a été cantonné, le triple travail de désillusion précédemment mené montre la nécessité toujours renouvelée où se trouve la doctrine d'enquêter davantage sur les principes mêmes du droit pénal. De plusieurs articles de cette livraison se dégagent notamment les deux voies suivantes.

La première explore la facticité trop négligée du droit pénal, ou encore : l'irréductible relativité de la discipline à des contextes historiques et à des espaces normatifs évolutifs. Engageant la réflexion sur le terrain historique, Jean-Louis Halpérin, dont l'analyse porte sur l'influence de l'histoire de la doctrine pénale, conteste l'idée qu'il y aurait eu un corps doctrinal français unitaire (au sens des doctrines de Beccaria ou de Bentham). Tout au contraire, les pénalistes français lui semblent avoir participé par leur publication à la formation d'une doctrine évolutive, restée à l'écart des doctrines civiliste et publiciste, et dont l'évolution procède par ruptures. Jusqu'en 1880, les juristes français ont plutôt réagi aux *stimuli* extérieurs, tantôt favorables (de Beccaria à Rossi), tantôt critiques (Bentham). Par la suite, ils ont tenté de protéger la prétendue « autonomie du droit pénal » contre la criminologie. Comme le montre Jean-Louis Halpérin, le paradoxe de cette doctrine aura consisté à avoir des prétentions toujours davantage scientifiques au moment où son influence (doctrinale et législative) commençait à s'étioler, et ce même après la promotion, aujourd'hui pourtant rappelée en exemple, de la « défense sociale nouvelle » par Marc Ancel.

Engageant la réflexion sur le terrain normatif, Geneviève Giudicelli rappelle pour sa part le bouleversement incontestable de l'organisation et du fonctionnement du droit pénal interne généré par le droit de l'Union européenne issu du Traité de Lisbonne, et notamment l'affirmation d'une certaine compétence pénale de l'Union. Ce fait européen, qui a progressivement retiré aux États toute latitude de punir (dès lors que punir entre en contradiction avec le droit communautaire) et érodé leur droit à ne pas punir, a scellé une conception plus répressive de l'intégration européenne. La doctrine pénale ne saurait le nier ; mais elle doit plus que jamais le discuter *pro et contra*. De même que la prise en compte du manque historique de théorisation du droit pénal précédemment notée doit conduire aujourd'hui à un sursaut doctrinal, de même la prise en compte de cette réalité européenne doit nourrir les débats actuels, car ils sont nombreux et marqués de fortes oppositions, notamment ceux relatifs à la volonté de « socialiser l'Europe par le droit pénal ».

La doctrine du droit pénal doit donc commencer par prendre davantage conscience de la relativité du droit pénal à des doctrines externes qui n'ont cessé de le nourrir, comme à la réalité européenne qui l'irrigue désormais. Elle doit ensuite s'interroger davantage sur la fonction échue au droit pénal, et qui est moins claire que par le passé. Deux contributions montrent la diversité des recherches à envisager, et donne deux exemples de disciplines qu'il serait utile de faire contribuer au débat juridique : l'anthropologie des représentations et l'éthique.

Poursuivant son œuvre antérieure, Paul Kahn aborde par une analyse des représentations la distinction fondatrice du droit pénal : celle du criminel, qui peut être puni mais pas tué, et de l'ennemi, qui peut être tué mais pas puni. Cette distinction nécessite une relation stable entre les concepts fondamentaux de l'imaginaire politique moderne : la souveraineté (que menace l'ennemi) et la loi (que viole l'ennemi). Or les troubles de l'imaginaire politique contemporain et l'échec de la fonction médiatrice de l'imagination, par la peur générale qu'ils génèrent, menacent cette stabilité même. Comme le propose aujourd'hui le musée d'Orsay par la peinture dans son exposition *Crime et châtiment* (1791-1981), ou autrefois Daniel Arasse dans ses réflexions fameuses de 1987 sur le grand théâtre macabre de la Guillotine dans *La Guillotine et l'imaginaire de la Terreur*, Paul Kahn propose d'analyser le droit pénal par les représentations, cette fois cinématographiques. *Taken*, *Le Chevalier noir*, *Forest Gump*, *Une histoire de violence*, *Gran Torino*... : l'analyse de ces films populaires, excellents exemples des productions concrètes du travail imaginaire, permet à Paul Kahn de rendre compte avec une saisissante clarté de la difficulté que rencontre l'État-nation à gérer la relation entre identité et représentation par le contrôle de la sémantique de la violence qu'est la distinction entre criminels et ennemis. Cette analyse anthropologique du droit pénal le conduit à mettre en avant trois éléments de tension : le désir de recouvrer l'unité de l'amour – l'unité de représentation et d'identité ; la peur que la violence ne puisse plus être vue comme un sacrifice – l'impossible stabilisation dans la loi ; et l'inquiétude concomitante que la représentation n'ait plus de lien avec l'identité – ou qu'un code trop stable n'interdise une libre politique d'identité. Autant d'éléments de diagnostic de la situation contemporaine que de suggestions à approfondir l'analyse doctrinale (française) par une réflexion sur l'imaginaire (français) actuel.

Non sans proximité avec certaines de ses intuitions, Mireille Delmas-Marty revient ici non plus sur les soubassements anthropologiques du droit pénal mais sur les valeurs communes dont elle estime que ce dernier doit servir l'expression. Le droit pénal de l'inhumain lui semble par ses spécificités et sous certaines conditions pouvoir en être le socle juridique. Loin de servir à constituer de façon immédiate une communauté mondiale de valeurs, ce droit lui semble pouvoir servir à intégrer les désaccords révélés par les procès criminels, nationaux et internationaux de façon à construire une mémoire collective véritablement mondiale. Sa recherche de voies juridiques conduisant vers un universel suffisamment pluraliste pour être à la fois effectif et légitime conduit Mireille Delmas-Marty à privilégier la voie ouverte par la notion de crime contre l'humanité, qu'elle souhaite désormais approfondir par une réflexion sur les trois principes de singularité, d'égalité d'appartenance à la communauté humaine et enfin d'indétermination. Tant la nécessité de ne pas imposer d'interdits qui fonctionneraient comme un nouveau dogme conduit à les présenter comme des processus en cours, mobilisateurs et favorisant les interactions, voire les hybridations par le biais de tâtonnements et d'approfondissements alternatifs.

2. Les réflexions précédemment menées sont tout sauf seulement spéculatives ; elles doivent continuer d'aider la doctrine à mieux aborder les évolutions actuelles, en priorité celles propres à la fonction du droit pénal et aux modalités institutionnelles de son exercice.

2.1 Quant aux fonctions du droit pénal, les contributions de ce numéro conduisent à penser que la doctrine doit aborder cette question en s'ouvrant davantage encore aux autres sciences sociales pour avoir une meilleure intellection des enjeux et une plus grande influence pratique. L'analyse de Jean-Louis Halpérin évoquée précédemment le rappelait déjà : à ne pas s'être suffisamment confrontée aux thèses les plus radicales à l'égard du droit pénal contemporain, notamment Michel Foucault, la doctrine universitaire en est venue au XX^e siècle à restreindre ses ambitions par rapport à celles du XIX^e siècle, et a de ce fait perdu une part considérable de son influence. Sont ici analysées parmi les questions les plus complexes : elles portent sur les victimes, les récidivistes, le droit des affaires ou encore la manifestation de la vérité dans la justice pénale internationale... Quatre études montrent à cet égard que leur traitement nécessite de recourir, respectivement et sur un mode encore à préciser, à la philosophie, la sociologie, la stratégie et l'histoire.

Comment apprécier par exemple l'importance récemment donnée aux victimes dans la détermination de la peine ? L'analyse historique/structurelle des foyers de sens de la peine par Frédéric Gros est bien connue : rappel de la Loi insultée dans le crime (Durkheim), adresse de la Loi au sujet qui l'a transgressée (Kant), défense de la société face à des ennemis sociaux qu'il faut neutraliser afin de maintenir un ordre public et préserver l'intégrité du corps social (Hobbes ou Rousseau) ou éducation des individus (Platon), le sens de la justice comme justice pénale a longtemps refusé de s'ordonner à la souffrance d'une victime. Tant il est vrai que deux constructions culturelles ont traditionnellement disqualifié l'idée qu'une souffrance subie pût conduire à une souffrance donnée par l'entremise du procès pénal : la parole du Christ (ne jamais rendre le mal pour le mal), et la provocation qu'a pu représenter le *Sermon sur la montagne* des Béatitudes (la justice comme justice d'État pour que cesse la vengeance). Or c'est un fait que l'influence de ces constructions diminue progressivement au nom de la prétendue exigence que la victime doit se reconstruire ou ses proches effectuer leur travail de deuil. Faire tourner le sens de la justice pénale autour d'une victime dont il faudrait publiquement reconnaître la souffrance emporte pourtant des conséquences considérables, dont Frédéric Gros montre qu'elles ne résultent pas tant de la haine et de la vengeance inhérente à la demande de la victime, que d'une dérive de la demande de réparation : le partage du privé et du public (entendu comme passions secrètes et bien commun au sens arendtien du terme) évolue vers une dialectique dangereuse de l'intime et du médiatique : il n'est plus tant demandé en effet de réparer l'image publique de la victime que d'opérer la guérison psychique de la victime et de ses proches. Telle est l'énormité de la demande actuelle de réparation : plus qu'un désir incontrôlable de vengeance, c'est à partir d'elle qu'il faut évaluer la pertinence de la transformation actuelle du sens de la peine auquel elle revient.

Non moins significatif des législations actuelles est le renforcement de la répression pénale des récidivistes, encore matérialisé par la promulgation de lois de décembre 2005, d'août 2007 et de février 2008. L'analyse fournie ici par Jacques-Henri Robert, qui avait présidé la Commission d'analyse et de suivi de la récidive installée par M. Pascal Clément, alors Garde des Sceaux, souligne en écho au propos de Jean-Louis Halpérin le coût d'avoir négligé l'apport des

sciences sociales, notamment la sociologie, dans l'appréhension juridique de cette question. La diversité des définitions, et en particulier l'hétérogénéité entre la définition criminologique et la définition légale, ne pouvait qu'accroître l'hétérogénéité de la population récidivante. Et outre la définition, elle a accru l'embarras des autorités publiques en matière d'évaluation du phénomène au point d'ailleurs de rendre impossible toute politique uniforme. Les réflexions de Jacques-Henri Robert montrent, plus profondément encore, que l'incapacité de s'accorder de façon nécessairement pluridisciplinaire sur la réalité du phénomène, et partant à résister aux discours dogmatiques si forts en ce domaine, a facilité la substitution contemporaine de la compréhension de la récidive en fonction du passé des délinquants à un pronostic de probabilité de rechute. La récidive n'est aujourd'hui plus qu'une notion opératoire, qui se confond avec la délinquance en général dont elle n'est qu'une variété.

Le recours à d'autres disciplines permettrait aussi à la doctrine pénale de mieux caractériser la fonction assignée *de fait* au droit pénal ou celle qu'on entend lui voir jouer. Des évolutions dans des champs aussi différents que le droit des affaires ou le droit pénal international en attestent. Quant au premier, comment ne pas constater le retrait du monde des affaires opéré par le droit pénal, dont témoigne l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence et de prix, et la vague de dépénalisations successives en droit des sociétés ? À cet égard, l'analyse de Philippe Conte montre à quel point le juriste doit plus que jamais joindre à son savoir technique propre sur les règles une réflexion stratégique sur les autres acteurs de l'équation pénale (responsable politique, idéologue, militant, membre d'une commission de réforme...) qui sache prendre en compte leur lot d'affirmations juridiquement dénuées de signification et l'absence de légitimité qu'ils confèrent parfois au droit. Comment comprendre sinon la dépénalisation à laquelle a conduit l'introduction du droit pénal dans le droit des affaires ? Comme le montre Philippe Conte, la responsabilité des personnes morales sert paradoxalement d'écran derrière lequel peuvent se réfugier des dirigeants, la condamnation de la première servant d'alibi à la relaxe des seconds. De même, le sort réservé aux victimes, étrangement limité dans le droit des affaires, conduit entre autres choses aujourd'hui à ce que ni les créanciers de la société ni les associés ne puissent valablement se constituer partie civile à la suite de la commission du délit d'abus de biens sociaux.

Quant aux évolutions à venir, l'analyse du juge Bruno Cotte et de Julien Seroussi sur le droit pénal international montre à la fois la nécessité et la complexité de conjointre les analyses juridique et historique, en l'espèce pour tenir au plus près l'exigence de « manifestation de la vérité » stipulée par le Statut de la Cour pénale internationale et dont la réalisation est en ce contexte-ci si spécifique. Parce que la manifestation de la vérité par le juge pénal international dans le cadre d'une affaire liée à la commission de crimes collectifs de grande ampleur dépend dans une large mesure d'une recherche de la vérité historique, l'exigence de manifestation de la vérité complexifie la distinction entre les actes d'un individu présumé innocent et le contexte avéré de criminalité collective dans lequel ce dernier agit, lorsque, précisément, les éléments contextuels ont été introduits dans la définition des crimes. En matière de codification des qualifications juridiques constitutives des crimes,

les auteurs estiment que la reconnaissance de proximités, voire d'une « matrice commune » dans les deux régimes historique et judiciaire de vérification conduit les métiers de juge et d'historien à un nouveau rapprochement, ou plutôt une « dé-différentiation ». Leur contribution avance à cet égard des pistes inédites sur les conflits d'interprétation propre à l'impératif de « manifestation de la vérité » et sur les difficultés pratiques de mise en œuvre qui en résulte au niveau juridique : ainsi quant à la pertinence pour la responsabilité individuelle du recours au concept d'« entreprise criminelle commune » utilisé par le TPIY ou à celui de « contrôle » issu de l'article 25 du Statut de Rome pour relier les scènes de crimes courtes (décrites par les témoins-victimes) aux scènes de crime longues (décrites par les témoins-experts historiques à partir d'enchaînements politiques probables de longue durée, hiérarchisés en fonction de leur vraisemblance).

2.2 À cette réflexion renouvelée sur l'interdisciplinarité de la doctrine pénale pour lui permettre de mieux définir la fonction qu'elle assigne à ce droit, s'ajoute la nécessité où elle se trouve aujourd'hui de statuer sur de nouveaux enjeux procéduraux ou institutionnels. Les contributions précédemment notées avançaient déjà dans cette direction-ci. Celle de Geneviève Giudicelli ouvrait ainsi de façon pragmatique des pistes qui combinent mieux la conception européenne et la conception pénale pour que la seconde ne devienne pas l'instrument de la première. Celle de Mireille Delmas-Marty tâchait de même de définir un droit de l'inhumain qui relie ce qu'elle nomme les trois niveaux de l'éthique : elle met ainsi en avant un paradigme du crime contre l'humanité qui permette de postuler l'humanité comme valeur commune en tout temps et en tout lieu sans la transformer pour autant en ferment d'un nouveau dogmatisme. Les contributeurs de ce numéro expriment ici une diversité de vues qu'il n'y a pas de raisons de vouloir trop unifier. Mais tous montrent par leur réflexion la nécessité où est la doctrine pénale actuelle de s'ouvrir davantage, avec les instruments dédiés, à cette question proprement procédurale ou institutionnelle. Davantage nourrir la doctrine d'une réflexion sur les institutions du droit, tel n'était-il pas déjà le vœu de Paul Vinogradoff en Angleterre, Émile Durkheim en France et Giorgio del Vecchio en Italie lorsqu'ils s'engagèrent dans l'*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* ? Quatre contributions nous montrent la nécessité de persévérer.

Ici encore, quatre questions et quatre regards. D'abord celui de l'acteur, le Contrôleur général de la détention et des lieux privatifs de liberté, Jean-Marie Delarue, sur la mission qui lui a été confiée par l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007, qui dispose que toute personne physique, ou toute personne morale ayant pour objet la défense des droits de l'homme, peut porter à la connaissance du Contrôleur général des faits ou situations susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne privée de liberté. Au fil des mois, après que des questions délicates et retours sur expérience ont montré l'intérêt et affiné la compréhension de cette nouvelle institution, Jean-Marie Delarue dresse ici un bilan provisoire de son interprétation de la nature et de l'extension de sa fonction. Façon d'insister, au seuil de réflexions méthodologiques plus théoriques, sur « la vie propre » des textes, et la nécessité conséquente pour la doctrine d'apprécier l'opportunité de toute procédure ou

institution à l'aune de ses réalités humaines, budgétaires, concrètes et pratiques.

Plusieurs contributions portent leur analyse *de lege ferenda*. David Chilstein revient ainsi sur la question de la compétence universelle, largement utilisée en France pour juger, par exemple des actes de torture en Mauritanie ou un massacre de réfugiés civils au Congo, et que les juges français ont pu vouloir utiliser extensivement. Le choix de recourir à un instrument exercé par des juridictions internes de façon unilatérale dépend d'une part de l'extension, variable comme le montre la pratique belge et espagnole, donnée à certains de ses éléments déterminants, et d'autre part du recours éventuel à l'instrument alternatif qu'est la justice pénale internationale. Or l'auteur soutient que ces deux réponses juridictionnelles aux infractions graves du droit international humanitaire manquent toujours de constance et de fermeté, tant du côté de la compétence universelle que de celui de la juridiction internationale – qu'il s'agisse du principe de subsidiarité, de la compétente concurrence ou de la complémentarité des juridictions nationales. En l'état des ambivalences, il estime qu'un recours accru à la compétence universelle comme expédient, auquel serait subordonné l'exercice d'une justice véritablement internationale, pourrait être un contresens conduisant à une régression insidieuse. C'était ouvrir à une réflexion doctrinale sur les choix de procédures et d'institution en droit pénal.

Tel est justement l'apport déterminant de deux contributions. Jean Danet revient pour sa part sur les moyens processuels inédits donnés progressivement au parquet pour apporter une « réponse pénale » à toutes les affaires délictuelles poursuivables, sur les sept procédures différentes données comme procédures alternatives aux poursuites, et sur la possible extension de ses procédures en matière de délits, voire de crime. Comment choisir entre des procédures aux champs d'application plus ou moins sécants ? La contribution de Jean Danet donne une nouvelle intelligence de cette diversification législative des procédures en les interprétant comme des « *process* » en concurrence d'outils plus souples pour que les parquets « [gèrent les] flux » de façon à maximiser le « taux de réponse pénale ». Cette mise en concurrence emporte des effets réflexifs sur la loi de procédure elle-même, ainsi que sur la culture des acteurs et des justiciables qu'il reste à ce jour difficile d'évaluer avec plus de précision. Les économistes, et en particulier ceux de la « concurrence imparfaite », sont notamment loin d'avoir décrit les conséquences normatives de tels systèmes. Cette mise en concurrence des procédures, si durablement voulue par le législateur, reste donc, pour reprendre le mot de Jean Danet, une « boîte de Pandore ». Voilà qui force plus encore la doctrine pénale à s'engager dans la recherche d'un moyen d'évaluation des institutions pénales.

Tel est l'apport méthodologique de la contribution du philosophe et sociologue Jon Elster dédié au choix de la meilleure forme de jury, notamment en matière de secret. Les législateurs ont multiplié les stratégies à ce sujet : rien qu'en France, le législateur est revenu sur les conséquences du huis clos du jury en lui adjoignant des magistrats, en réduisant la minorité requise pour la condamnation ou en accroissant la qualification censitaire des jurés. La doctrine pénale peut-elle ici, comme dans les deux problèmes précédents, s'avancer *de lege ferenda* : en l'espèce, peut-elle espérer déterminer un type de jury qui conduise à la fidélité des verdicts aux faits, à la moralité normative de

la sentence et à l'efficacité du régime dans son ensemble ? Sans s'engager dans ce projet global, dont il est important de noter qu'il l'estime chimérique, sans recourir notamment aux paradigmes économiques du choix rationnel, Jon Elster avance néanmoins des pistes, à l'intérêt méthodologique beaucoup plus général, sur la relation entre variables institutionnelles ou indépendantes, variables subjectives intermédiaires et variables de résultat dépendantes. En l'espèce, il conclut que la justification du secret des jurys dans les questions qu'il examine doit se faire non pas en fonction d'institutions démocratiques mais en considérant les seuls effets de la fidélité des verdicts aux faits et la moralité des décisions (et peut-être aussi les coûts du système). La conclusion pratique de ces recherches semble limitée (un fort avantage au *statu quo*), elle est considérable méthodologiquement quant à la détermination de la bonne manière pour la doctrine pénale d'avancer *de lege ferenda*.

Ces contributions auront dit la possibilité, la nécessité et la complexité de la tâche que les évolutions qui traversent le droit pénal adressent aujourd'hui à la doctrine pénale. Ni seulement juridiques ni seulement philosophiques, elles appellent à prendre en compte davantage encore que par le passé des recherches d'autres disciplines pour dire mieux toutes les facettes de la réalité pénale. Les avancées se feront car, laissant *Andromaque* pour *Britannicus*, il faut croire qu'il « n'est point de secrets que le temps ne révèle ».

Mais, et sans doute est-ce propre au droit pénal, l'urgence est ici plus forte qu'ailleurs. C'est ce que l'auteur de ces lignes a souhaité montrer dans une contribution sur ce cas extrême qu'est la responsabilité des jurisconsultes de la Maison blanche dans la légitimation et la mise en œuvre de certaines dérogations, voire suspension du droit pénal, non conformes à la Constitution américaine et si caractéristiques de la « Guerre contre le terrorisme » menée par l'administration Bush. Le Président Obama qui avait fait programme de revenir à une gestion pénale du terrorisme, n'y arrive que modérément après plus d'un an de mandat. Comment rendre compte de la suspension inconstitutionnelle du droit pénal, de cet effet cliquet et de l'imputation de responsabilité afférente ? L'affaire *Padilla v. Yoo* mise en avant dans cette contribution revient à la fois sur la priorité donnée à l'approche extra-pénale en matière de répression, et sur l'imputabilité de tout jurisconsulte qui justifie l'institution d'un régime répressif extra-pénal face à une situation exceptionnelle. Situation que ni le philosophe allemand Carl Schmitt ni le constitutionnaliste anglais Albert V. Dicey ni l'historien américain Clinton Rossiter n'avaient résolue en leur temps, et que la conjoncture invite à repenser : quelle est la responsabilité de la doctrine lorsqu'elle préconise efficacement de sortir inconstitutionnellement du cadre pénal dans des situations d'urgence ?

De ses sources à sa finalité et à sa responsabilité, telles sont quelques-unes des voies sur lesquelles la doctrine du droit pénal gagnerait à s'engager plus encore dans les années à venir. Les contributions suivantes n'ont qu'une fin : nourrir cette réflexion, et encourager à la poursuivre.