

**EST-CE QUE LA PROCÉDURE PÉNALE PEUT EXISTER SANS
L'ÉTAT?***CAN THE CRIMINAL PROCEDURE EXIST WITHOUT A STATE?*

Léonid Golovko

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'État de Moscou (Lomonossov), directeur du Centre de procédure pénale, de justice et d'organisation du ministère public.

RÉSUMÉ

L'évolution idéologique de la pensée pénale, notamment en ce qui concerne la procédure pénale, est dominée ces dernières décennies par des idées antiétatistes, de surcroît dans un contexte particulièrement complexe, où la sanction criminelle et son application procédurale restent pourtant toujours d'une absolue nécessité, quel que soit le pouvoir, ancien ou nouveau, conservateur ou libéral, national ou transnational. Comment résoudre ce dilemme? Le panorama des méthodes institutionnelles semble être très limité et, du point de vue technique, le pari est quasiment perdu : aucune procédure pénale non-étatique n'est apparue, malgré les efforts substantiels de lobbies politiques nationaux, des organisations non gouvernementales ou de centres de pouvoir transnationaux. Néanmoins, du point de vue politique, le succès est plus visible avec les sources juridiques des mécanismes et des approches de la justice pénale, dont l'élaboration est en large partie transférée du niveau national au niveau transnational, non-étatique.

MOTS-CLÉS: Procédure pénale; État; antiétatisme; politique; juridique.

ABSTRACT

The ideological evolution of criminal, and in particular criminal procedure's, thought is dominated the last decades by the anti-statist ideas, in addition in very complicated context when the criminal sanction itself and its procedural application are remaining as before absolutely necessary for each power, ancient or new, conservative or liberal, national or transnational. How to solve this dilemma? The panorama of institutional methods seems to be very limited, and from technical point of view, it is a nearly lost cause: the non-state criminal procedure did not appear in spite of enormous efforts of national political lobby, non-governmental organizations or the transnational centers of power. However, from political point of view, the success is more evident, the elaboration of the legal sources of the criminal justice's approaches and mechanisms has been largely transferred from national to transnational, non-state level.

KEYWORDS: Criminal procedure; state; anti-statist ideology; legal level; political level

INTRODUCTION

Même si la question, placée au titre de cette contribution, peut sembler en quelque sorte provocatrice, elle reflète un long et riche mouvement intellectuel, qui a connu ces dernières décennies un nouvel élan avec la transformation de la globalisation (*a priori* antiétatiste) en idéologie dominante, sans oublier l'universalisme des droits de l'homme, ne pouvant plus dépendre de la volonté étatique, quel que soit le mode de formation de cette dernière, démocratique ou autre.

Ce mouvement peut être analysé sous deux axes, historique et philosophique, dont la distinction est assez relative. Sur le plan *historique*, on se souviendra de la « première période » de la conception soviétique de l'État et du droit, nommée par des chercheurs occidentaux « marxiste-léniniste », lorsque « les théoriciens soviétiques... se rangent assez scrupuleusement aux conceptions du droit et de l'État de Marx, d'Engels et de Lénine », dont l'idée fondamentale réside dans le fait qu'« en régime socialiste, le droit doit dépérir et disparaître » (MANAÏ, p. 66), évidemment avec l'État. Cette période, rappellera-t-on, a duré jusqu'au milieu des années 1930, où Staline a définitivement remporté son combat politique contre Trotsky, ce qui a provoqué un changement radical du discours et l'abandon *sine die* des idées de la disparition rapide de l'État et du droit, donc la fin de l'antiétatisme bolchevique des premières années.

Sur le plan *philosophique*, une certaine idée d'une « *society without a state* » est redevenue pour certains auteurs particulièrement attractive, déjà dans ce contexte plus récent, où les contours idéologiques du monde de l'après-Guerre froide ont commencé de se dessiner. À nouveau, l'État doit disparaître avec son « *coerced monopoly of the provision of defense service (police and courts)* » et, peut-être, avec « *even law itself* » (ROTHBARD, p. 191), même si cette fois-ci le destin du droit est présenté de façon moins clair que précédemment.

Le droit pénal et la procédure pénale n'ont pas échappé à ces mouvements antiétatistes. Au contraire, ils sont les symboles et les instruments les plus, peut-être, redoutables de cet État qui est forcé de céder sa place à un autre monde, à cette « *society without a state* », imaginée maintenant comme « *society* » globale. Il n'y a donc rien d'étonnant que les pénalistes, à l'instar de leurs confrères philosophes et économistes et de leurs prédécesseurs communistes, se soient lancés dans une réflexion, posant la question suivante : est-ce que la « conception d'un "tout-État" en matière de justice pénale commence-t-elle à s'écrouler », voire est-il est possible d'« un jour mettre fin au droit pénal même » (JUNG, p. 809)¹ ?

¹ V. également un article spécifique sur le sujet: JUNG, Heike. "L'État et moi": Some Reflections on the Relationship Between the Criminal Law and the State. In: European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. 1998. Vol. 6: Issue 3. P. 208.

En même temps, le droit pénal et la procédure pénale, en tant que tels, restent fonctionnellement absolument indispensables, quelle que soit la vision de la société ou de l'État, personne ne prétendant à la disparition des conflits pénaux. De plus, l'avènement de ce nouvel ordre politique, établi sur la base de sa propre idéologie, a également besoin de sa propre force de répression, sans laquelle aucun ordre n'est possible. Ainsi, en parlant de « mettre fin au droit pénal », il ne s'agit en réalité que de la fin du droit pénal étatique, c'est-à-dire non pas de l'État sans le pénal, mais plutôt du pénal sans l'État. Vu que la disparition de l'État est une projection à plus ou moins long terme, et pour les communistes de l'époque, et pour les globalistes actuels, il a fallu, sans attendre la disparition de l'État, dès maintenant commencer à couper progressivement le cordon ombilical entre l'État et le pénal, en installant notamment des mécanismes procéduraux soit complètement non-étatiques, soit, de manière plus réaliste, moins dépendants de l'État (moins étatiques).

Tel était le cas de l'URSS des années 1920, où, lors la période la plus radicale du bolchevisme, le pouvoir, dans l'attente de la disparition rapide de l'État et du droit étatique, s'est lancé dans la recherche des mécanismes non-étatiques de résolution des conflits pénaux. L'on se souviendra de la création à titre expérimental en 1928 des fameux tribunaux de camarades, dont l'idée s'appuyait notamment sur le rapport de l'Inspection des ouvriers et des paysans (Rabkrine), rapport comprenant de nombreuses autres propositions radicales, telles que la suppression du Ministère de la Justice, voire de la Cour suprême de l'URSS, trop radicales même pour le pouvoir bolchevique de l'époque. Pour comprendre le leitmotiv idéologique de ces propositions et réformes, y compris l'introduction des tribunaux de camarades, très connus en Occident et vu actuellement comme l'un des premiers exemples historiques de la « déjudiciarisation en dehors de la justice pénale » (PRADEL, p. 953), il convient de tenir compte du fait que le rapport de l'Inspection des ouvriers et des paysans a été préparé dans le cadre de la mission, donnée par le parti communiste, où cette Inspection devait suivre l'objectif de la « préparation progressive des conditions pour la suppression de l'appareil étatique » (POLIANSKIĪ, p. 29). Il est tout à fait logique que les auteurs du rapport insistaient sur le fait que l'apparition des tribunaux de camarades (non-étatiques, une sorte de la justice sociétale) « soit en sa substance le premier pas vers la mort naturelle des juridictions officielles » (IBID, p. 30)². À vrai dire, le premier pas est resté le dernier, ce qui démontre l'utopisme des premiers Bolcheviks.

Tel est le cas à nouveau aujourd'hui, où les meilleurs cerveaux du monde pénal se sont mis en chasse de mécanismes procéduraux, qui permettraient de résoudre les

2 L'on retrouve dans l'article de P. Polianskiĭ des données extrêmement riches, notamment tirées des archives, concernant le rapport de l'Inspection des ouvriers et des paysans sur la réforme de la justice soviétique à la fin des années 1920, y compris la création des tribunaux de camarades.

conflits pénaux, mais qui, en même temps, pourraient être considérés comme non-étatiques ou quasiment non-étatiques, dans le sens où ils ne porteraient pas atteinte à la conception d'une « *society without a state* ». En revanche, cette fois-ci, il s'agit non pas de la création de mécanismes absolument nouveaux, mais plutôt d'un choix parmi ceux qui, soit plongent leurs racines dans les pratiques archaïques d'ordre privé (*restorative justice* avec la médiation pénale etc.), soit se retrouvent « dans une tradition judiciaire anglo-américaine, tradition d'un État plutôt faible avec une certaine inclination vers des modèles de contrôle de nature horizontale » (JUNG, p. 809). Parmi les derniers, l'on retrouve l'incontournable système du jury, jumelé avec la procédure « plaider coupable ».

Après une certaine euphorie de ces dernières décennies, et en dressant un bilan provisoire, il est possible de constater un échec, en tout cas partiel, des rêves de remplacement de la justice pénale étatique par ces mécanismes censés la désétatiser au niveau *objectif* (1). Au contraire, le succès antiétatiste est plus visible dans le cadre des sources de droit, où l'État a largement perdu son autonomie d'établir des réponses institutionnelles indépendamment de l'idéologie globale, ce qui traduit une importante désétatisation au niveau *subjectif* (2).

I. LA FAUSSE DESETATISATION AU NIVEAU OBJECTIF : LE PARI ANNONCE EST QUASIMENT PERDU

Si on laisse de côté, d'une part, la justice pénale internationale (la CPI etc.), dont la légitimité est entièrement dépendante de la volonté étatique³ et qui, en tout cas, provoque un intérêt doctrinal démesuré par rapport à l'espace réel qu'elle couvre dans le champ pénal pratique, et, d'autre part, les tentatives de désétatisation technologique, poussant les États à se dessaisir au profit d'opérateurs-géants privés sous les slogans du « tout-numérique », la pensée pénale n'a pu lancer que trois mécanismes pour essayer d'objectivement couper, au moins en partie, le lien entre l'État et la procédure pénale. Il s'agit 1) de la médiation pénale ; 2) du système de jury ; 3) de la procédure « plaider coupable », une sorte de la « justice négocié » (TULKENS, p. 551).

I.1. La médiation pénale

En ce qui concerne la médiation pénale, cette expression technique, comme on sait, « rejoint... les préoccupations de la justice restaurative » (MBANZOULOU, p. 17), une notion plus idéologique, qui est actuellement même légalisée à l'art. 10-1 du CPP français, sans expliquer pour autant, quelles sont les autres formes techniques

3 Par exemple, la Russie, qui a signé, mais n'a jamais ratifié le Statut de Rome, a décidé de retirer sa signature de ce Statut en novembre 2016.

de la justice restaurative, en dehors de l'incontournable médiation. Quoi qu'il en soit, le visage idéologique de la justice restaurative et donc de la médiation pénale ne soulève aucun doute, il est parfaitement expliqué par H. Zehr et d'autres adeptes du « changement du paradigme de la justice pénale » (ZEHR, p. 147), où la méthode restaurative non-étatique doit au maximum remplacer la méthode punitive étatique, voire complètement la renverser dans une version plus radicale (IBID, p. 12), pour ainsi « faire reculer l'État dans son monopole de la résolution des conflits pénaux » (KARNOZOVA, p. 258).

À un moment donné, il a semblé que « la médiation pénale acquiert progressivement une assise dans la machine judiciaire » (MBANZOULOU, p. 11), surtout après certaines démarches législatives nationales, par exemple, la loi française du 4 janvier 1993, qui a officiellement introduit cette institution dans la procédure pénale. Ce développement de la médiation pénale « dans la sphère judiciaire » a commencé d'alimenter « moult espoirs » (IBID). Le triomphe de ce mécanisme, censé devenir une alternative sérieuse et réelle à la justice pénale classique, paraissait proche. Plusieurs législateurs nationaux se sont lancés sur cette piste, en suivant l'exemple français et en introduisant des dispositions sur la médiation pénale dans leurs codes de procédure pénale, ce qui fut notamment le cas dans l'espace post-soviétique (en Moldavie, en Ukraine, en Géorgie, en Kirghizie, au Kazakhstan etc.).

Pourtant, l'euphorie est rapidement passée. Déjà en France, où l'effort pour introduire la médiation pénale était considérable non seulement sur le plan institutionnel, mais également budgétaire et en personnel, après quelques années de croissance l'on peut observer un certain déclin de la pratique à partir de 2004. Si en 2004, il s'agissait d'environ 35 000 procédures de médiation pénale pour toute la France, en 2015 ce chiffre n'a atteint que 13 093 affaires : « les médiations pénales représentaient 14 % des procédures alternatives en 1999 ; leur proportion n'a cessé de décroître et elles en représentent moins de 3 % depuis 2012 » (DELCOURT, p. 4 – 5). En revanche, face à ce déclin pratique de la médiation pénale, le législateur français a opté pour une fuite en avant sur le plan idéologique, par la loi du 15 août 2014, qui a introduit dans le CPP l'art. 10-1 sur la justice restaurative. Cette disposition purement déclarative et, à vrai dire, privée de sens normatif, ne semble en aucun cas être capable de réanimer les années phares de la médiation pénale dans le droit français, dues plutôt à des dépenses publiques inédites et spécifiques, qu'à une évolution naturelle. Dans ce contexte, l'État paradoxalement reste un acteur majeur qui crée, soutient et finance un mécanisme orienté vers la désétatisation de la justice pénale, d'où il résulte que sans l'État-même, la désétatisation devient caduque avec le temps.

Ce phénomène est parfaitement illustré dans d'autres pays, notamment dans l'espace post-soviétique, où toutes les dispositions législatives concernant la médiation pénale sont mortes-nées. Forcés par la mode globale et les rêves doctrinaux de les introduire dans les codes de procédure pénale et ne pouvant pas, pour des raisons

objectives, accompagner ces réformes par des mesures financières et organisationnelles à la française, ou en croyant trop naïvement à leur fonctionnement « naturel », ces pays se retrouvent face à des cas uniques, voire à l'absence totale d'application de ces dispositions. De là résulte le caractère complètement virtuel de ces mécanismes, considérés par les idéologues des réformes comme de véritables instruments de désétatisation de la justice pénale. L'on peut observer cette situation en Moldavie, où la médiation pénale a été normativement introduite en 2003, en Géorgie, où elle a été introduite en 2010, etc. La réalité est ainsi très loin des fanfares promises par certains théoriciens il y a quelques décennies.

1.2. Les tentatives de généraliser le jury pénal

L'appréciation du jury pénal, dans le sens qui nous intéresse, est plus controversée. Certains auteurs estiment même qu'« à la fin de l'étatisme... répond la fin de l'exercice direct de la justice par le peuple : unanimement appelée des vœux de nombre de juristes, la réforme de la Cour d'assises a eu pour effet de mettre fin aux aspirations révolutionnaires du "peuple souverain" dans ce qu'elles ont de plus réducteur » (VUELTA SIMON, p. 662). Il est vrai que les réformes de la cour d'assises française se succèdent, réduisant toujours plus le champ d'application de cette institution (par exemple, la loi du 23 mars 2019), ce qui ne signifie pas pour autant le renforcement de l'État en France et ne peut être considéré comme un signe du retour au totalitarisme étatiste.

Néanmoins, le discours dominant voit toujours en ce jury un « lien politique le plus brut que connaisse l'exercice de la justice », un « outil de fabrication et un horizon de la démocratie » (ASSIER-ANDRIEU, p. 246 - 247) qui permet à la société désétatisée de s'opposer aux dérives totalitaires de l'État. Dans cette optique, l'État ne se présente pas comme une forme juridique de la société. Au contraire, pour certains auteurs, les intérêts du pouvoir, confondus à ceux de l'État, et ceux de la société « sont diversifiés » ; à la différence du juge professionnel, le jury populaire représente la société et non l'État, d'où il résulte que la « question du jury est une question de pouvoir » (KARNOZOVA, p. 350, 386), qui passe sur le plan judiciaire de l'État à la société, permettant ainsi de désétatiser la justice pénale, au moins en partie.

Donc, pour au maximum désétatiser la justice, il convient d'instaurer et ensuite d'élargir de façon permanente le système du jury. En ce sens, la fin de l'étatisme ne signifie absolument pas la fin du jury, en tout cas lors de la première période, où la souveraineté populaire reste encore très utile. Elle signifie alors, bien au contraire, l'essor du jury comme l'un des instruments indispensables à la désétatisation. Les réformes pénales doivent aller dans cette direction, ce que l'on a pu parfaitement observer, à titre d'exemple, dans l'espace post-soviétique, où le mirage du jury

s'élargissant a profondément marqué les esprits à la chute de l'Union soviétique et continue de les marquer parfois jusqu'à nos jours, au moins en Russie.

Si l'on abandonne les mirages politico-théoriques, les résultats observables en pratique, notamment dans l'espace post-soviétique, en sont très éloignés. La Russie reste le seul pays de cet espace, qui a pu réaliser l'idée du jury de façon plus ou moins systémique. La valse des réformes permanentes concernant le jury, se lançant dans l'élargissement, pour ensuite s'orienter vers une réduction et à nouveau se décider à élargir, a abouti aux fluctuations statistiques que nous connaissons, allant de deux centaines d'affaires annuelles examinées par le jury lors des périodes de déclin, jusqu'à environ huit cents affaires annuelles lors des périodes fastes (sur environ un million d'affaires pénales jugées dans le pays par an). Une nouvelle réforme tendant vers un nouvel élargissement, lancée par la loi du 23 juin 2016, sous l'impulsion du Conseil des droits de l'homme auprès du Président russe, a introduit depuis le 1^{er} juin 2018 dans certaines affaires le recours au jury populaire, composé d'un juge professionnel et de six jurés statuant seuls sur la culpabilité, au niveau des tribunaux d'instance, c'est-à-dire jusqu'au villages et très petites villes. Quelles étaient les promesses? Traiter par le jury environ 15 000 affaires par an. Quels sont les résultats? Toujours les mêmes, à savoir environ huit cents affaires par an. Quelles sont les leçons? De nouvelles propositions... pour élargir le jury, lancées en février 2020. Non seulement le mirage ne s'efface pas, mais il doit être entretenu pour mieux masquer la réalité.

En ce qui concerne d'autres pays issus de l'ex-URSS, seule la Géorgie s'est lancée dans la réalisation du système du jury, en copiant normativement dans son CPP de 2009 le modèle américain et en prétendant consacrer le jury comme une procédure ordinaire de jugement. C'était un échec, même par rapport à l'expérience russe : entre juillet 2011 et décembre 2014, les tribunaux géorgiens ont examiné environ 45 000 affaires pénales, dont huit (*sic* !) affaires avec le jury. En 2015, le législateur géorgien a initié une réforme visant à officiellement réduire la compétence du jury, en abandonnant définitivement l'idée de procédure ordinaire (KRYLOV, p. 145). La Kirghizie a prévu le jury populaire par la loi de 2007, mais ces dispositions ne sont jamais entrées en vigueur, même avec le nouveau CPP de 2017. La Lettonie, où il existait initialement des dispositions constitutionnelles prévoyant l'introduction obligatoire du jury, a préféré modifier la Constitution, plutôt que de les réaliser. En Ukraine et au Kazakhstan, le législateur a opté pour une autre solution et a introduit, sous couverture de « jury populaire », le modèle dit de l'échevinage, ce qui constitue en réalité « le système de l'abandon du jury » (PRADEL, p. 243) et non de sa consécration. Les autres pays post-soviétiques ont officiellement renoncé à toutes tentatives d'introduire le jury et sans même imaginer aucunes mesures palliatives.

Il est clair que le mythe du jury, comme instrument par excellence de la lutte contre l'étatisme excessif de la justice pénale, va à l'encontre de la réalité, en raison de l'ampleur de ses difficultés organisationnelles, financières, personnelles, relatives

à l'infrastructure etc., sans oublier la lourdeur et la lenteur de la procédure devant le jury. De là résulte l'impossibilité objective d'un élargissement significatif de cette procédure et de sa transformation en mode ordinaire du procès pénal. Même lorsque le législateur fait des efforts considérables, ce qui est le cas par exemple en Russie, à la sortie des réformes l'on se retrouve face à des résultats concrets plus que modestes, qui ne satisfont personne. Autrement dit, ce mécanisme procédural n'est pas apte, techniquement, à porter le rôle qui lui est imposé par l'idéologie désétatiste.

1.3. La procédure « plaider coupable »

Aux États-Unis, où se situe la source d'inspiration pour les créateurs de toutes les adaptations de la procédure « plaider coupable », cette procédure, connue sous le nom de « *plea bargaining* », n'a jamais été envisagée de manière autonome. Bien au contraire, elle doit permettre d'alléger techniquement et financièrement la justice, pour pouvoir concentrer les ressources sur le jury populaire, particulièrement complexe et coûteux, en garantissant ainsi formellement le droit au jury à quasiment toutes les personnes poursuivies pénalement. Autrement dit, le jury populaire et la procédure « plaider coupable » sont en droit américain une sorte de vases communicants : « *the only way America could afford a system of trial by jury was to have a developed system of plea-bargaining, which disposed of more than 90 % of all criminal cases* » (THAMAN, p. 367).

Le plus surprenant est que, plusieurs États-épigones, ayant instauré *mutatis mutandis* des systèmes similaires, ont complètement perdu ce lien des procédures « plaider coupable » avec le jury. Même doctrinalement, les auteurs, qui pronostiquent la fin du jury populaire avec la fin de l'étatisme, voient néanmoins en le « plaider coupable » l'avenir de la procédure pénale désétatisée, sans donc aucun rapport avec le système du jury : il s'agit pour eux tout simplement d'un « nouveau mode de traitement des contentieux » qui « a pour effet d'éviter l'audience de jugement dès qu'un accord sur l'essentiel existe entre le parquet et le délinquant : sur la culpabilité et sur la peine, aussi bien dans sa nature que dans son quantum » (VUELTA SIMON, p. 663). C'est ainsi que la procédure « plaider coupable » s'est transformée en mécanisme *sui generis* de désétatisation de la procédure pénale, ce qui est très loin de la logique initiale américaine, où cette procédure se présente plutôt comme un moyen technique de la généralisation du jury et n'a pas de sens autonome.

Quoi qu'il en soit, la procédure « plaider coupable » ne peut être considérée comme un instrument « pur » de désétatisation de la justice pénale, compte tenu de la présence obligatoire du ministère public dans toutes les négociations et accords sur la culpabilité et la peine, c'est-à-dire, de la présence de l'État, qui n'est pas donc éliminé de la scène sur le plan organique. Il s'agit plutôt de la transformation de l'esprit de la participation étatique au procès pénal, l'État perd son rôle d'autorité publique et est

transfiguré en « partie contractante ». Ainsi, la logique du marché l'emporte sur la logique publique, ce qui entraîne une certaine désétatisation substantielle, permettant de garder toutes les apparences organiques formelles des décisions étatiques. Autrement dit, la désétatisation réside non dans le départ de l'État, mais dans sa fonte dans un marché omniprésent, qui inonde également la procédure pénale. C'est dans ce sens, semble-t-il, que la doctrine voit dans la justice pénale « négociée » le « glissement qui s'opère du public vers le privé, avec un retour en force de l'individualisme » (TULKENS, p. 555), même si formellement la force décisionnelle n'échappe pas aux autorités publiques.

Lorsqu'ils deviennent trop excessifs, tous ces mouvements allant vers le « plaider coupable » consistent en la disparition quasi-totale non seulement de la justice étatique sanctionnatrice, mais de la justice en tant que telle, ce qui constitue bien leur problème majeur. L'État ne juge plus, il négocie sur la peine, en forçant le prévenu à plaider coupable et en instaurant ainsi une présomption de culpabilité, puisque dans ce système la condamnation est une sorte d' *a priori*. Aux États-Unis certains auteurs insistent sur le « collapse » de la justice américaine, où c'est la généralisation radicale de la procédure « *plea bargaining* » qui a rendu le système pénal moins juste et plus répressif : « *rather than promoting justice, battling discrimination, and protecting those in need, it has taken a more punitive turn towards unprecedented prison populations* » (MARCUS, p. 605). En Russie, où la procédure « plaider coupable » a été introduite par le chap. 40 du nouveau CPP de 2002, rédigé par deux juristes américains sous les auspices de l'U.S. Department of Justice et « *closely modeled after the Italian "application for punishment on request of the parties" or patteggiamento* » (THAMAN, p. 367), sa dynamique, le premier temps, était impressionnante. Cette procédure a atteint environ 70 % de toutes les affaires pénales russes, s'appliquant à toutes les infractions passibles jusqu'à 10 ans de privation de liberté. En revanche, l'impact négatif qu'elle a eu sur la qualité de la justice pénale est devenu tellement évident, que le législateur russe a décidé récemment de faire un pas en arrière, en normalisant en quelque sorte le procès pénal. Ainsi, la loi du 20 juillet 2020 a diminué sensiblement le champ d'application de la procédure « plaider coupable », en la réduisant aux infractions passibles de moins de 5 ans de privation de liberté. Il s'agit d'une nouvelle tendance, qui va à l'encontre des projets ambitieux sur la justice « négociée », qui ne s'est pas révélée si attractive en réalité. Toujours est-il que ses qualités juridiques sont loin d'être à la hauteur des attentes idéologiques.

2. LA VRAIE DESETATISATION AU NIVEAU SUBJECTIF: LE PARI CACHE EST QUASIMENT REUSSI

Si la course à la recherche des mécanismes juridiques objectifs, permettant de désétatiser la procédure pénale, ne semble pas être une grande réussite, le législateur national devient subjectivement, en tant que décideur, de plus en plus dépendant des centres extérieurs du pouvoir globalisé, ce qui constitue une autre forme de

désétatisation. Cette dernière est beaucoup plus efficace, car elle permet d'instaurer une prise en main normative de la procédure pénale, sans pour autant détruire l'apparence de l'autonomie étatique et en préservant la responsabilité politique de l'État pour des « mauvaises réformes ». Autrement dit, il s'agit de l'influence sur les sources de droit, qui restent formellement étatiques, mais sur lesquelles l'État a perdu son pouvoir souverain de détermination du contenu. Moins visible et peu conceptualisée, cette désétatisation à travers un épuisement des forces créatrices de l'État au profit des centres de pouvoir extérieurs se traduit en matière de procédure pénale par deux types d'instruments : 1) juridictionnels et 2) non-juridictionnels.

2.1. Les instruments juridictionnels

La naissance des instruments juridictionnels de la désétatisation est due au développement du droit des droits de l'homme, lorsque l'individu a obtenu le droit d'attaquer les décisions étatiques, notamment en matière de la procédure pénale, devant les juridictions supranationales, créées, il est vrai, formellement par les États, mais étant subordonnées à une logique idéologique plutôt antiétatiste. L'exemple le plus connu et le plus réussi est la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dont l'importance est telle que sa « contribution à l'élaboration d'un ordre public européen ne fait plus aucun doute » (RENUCCI, p. 350). C'est avec surtout la jurisprudence de la CEDH que la Convention européenne des droits de l'homme est devenu « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen » qui « tend à assurer au nom des valeurs communes et supérieures aux États parties, la protection des individus qui vivent sous l'autorité nationale » (IBID). L'on va jusqu'à comparer la CEDH avec la Cour suprême des États-Unis, même si leur « rapprochement ne doit pas cependant être poussé trop loin » (PRADEL et CORSTENS, p. 252), tout au moins pour l'instant.

Le rôle, joué par la CEDH dans l'élaboration par le législateur national des normes, parfois au premier abord techniques, de la procédure pénale, est peu mis en lumière sur le plan conceptuel. En revanche, son impact est indéniable, transformant radicalement la procédure pénale des États. Ainsi, en France, « "l'inoxydable" jurisprudence de Strasbourg » est l'un des facteurs majeurs d'une « longue série de réformes législatives émaillant les trente dernières années et constituant un véritable mille-feuille pénal » (MAISTRE DU CHAMBON, p. 397⁴). Sans entrer dans le détail des illustrations concrètes, c'est dans ce sens que certains auteurs français constatent, face à l'influence croissante des décisions de la CEDH sur le législateur et le juge national, que leur procès pénal, « tel qu'issu du Code de procédure pénale de 1958 n'est plus qu'un souvenir. L'édifice procédural... n'a pas résisté à la mise en action à grande échelle depuis 1981 du recours individuel devant la Cour européenne des droits de

4 L'auteur cite ici Jean Pradel.

l'homme... Cette mise en accusation permanente de la loi interne et des juges n'est pas sans incidence sur le déclin du droit interne, devenu instable au sens physico-chimique du terme, et la baisse de prestige d'une justice devenu suspecte » (CASORLA, p. 68). Il semble parfois, en poussant un peu à l'extrême, que le législateur national ne légifère plus, il n'exécute que des décisions prises ailleurs, notamment au niveau de la CEDH, en gardant formellement l'apparence d'un pouvoir législatif, mais ayant déjà été transformé en réalité en pouvoir exécutif, en tout cas si l'on tient compte du panorama complet des centres du pouvoir extraétatiques, y compris aujourd'hui juridictionnels.

En ce qui concerne la Russie, la CEDH est allée encore plus loin, en provoquant un conflit ouvert avec la Cour constitutionnelle russe et en jugeant dans sa décision du 4 juillet 2013⁵ certaines dispositions de la Constitution de 1993 contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. La réaction politico-juridique de la Russie était prévisible et peu surprenante : dans sa décision du 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe, d'une part, a confirmé le caractère obligatoire des décisions de la CEDH, mais, d'autre part, a rappelé la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique nationale. Pour la garantir, la Haute Instance a instauré un nouveau mécanisme spécial, qui existe dès lors sous trois formes : a) le juge, qui est obligé de réexaminer l'affaire, notamment pénale (art. 413 du CPP russe), suite à une décision de la CEDH, peut s'adresser à la Cour constitutionnelle pour vérifier la constitutionnalité de la décision ; b) les autorités publique compétentes pour l'exécution des décisions de la CEDH, s'ils estiment qu'une de ses décisions est contraire aux dispositions constitutionnelles, peuvent également s'adresser à la Cour constitutionnelle qui, soit valide l'exécution, soit l'arrête par sa décision ; c) enfin, le Président russe ou le gouvernement, qui veillent à l'exécution des traités internationaux ratifiés par la Russie, peuvent déposer toute décision de la CEDH devant la Cour constitutionnelle, s'ils trouvent que cette décision est susceptible de porter préjudice aux valeurs constitutionnelles nationales. La réforme constitutionnelle russe de 2020 a donné à ce mécanisme un cadre constitutionnel (art. 125). De plus, dans son art. 79, la Constitution russe, suite à cette réforme, proclame qu'aucune décision d'une instance internationale, y compris juridictionnelle, même créée sur la base d'un traité international ratifié par la Russe, n'est exécutoire sur le territoire russe, si elle est contraire aux dispositions constitutionnelles.

En revanche, cette contrattaque russe, malgré toute son importance politique et juridique, n'a pas, semble-t-il, changé grande chose pour la procédure pénale. Les réformes émanant de la CEDH et passant par différentes autorités nationales, le plus souvent en contact diplomatique officieux avec Strasbourg, continuent de ronger sa carcasse institutionnelle. Par exemple, en avril 2021, la Cour suprême russe, dans le cadre d'une initiative législative officielle, a déposé devant le parlement un

5 CEDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et Gladkov c/ Russie*, n° 11157/04

projet de loi supprimant la procédure historique de l'accusation privée, une sorte de *privatklage* (PRADEL, p. 422) russe, dont les origines remontent au XIX^{ème} siècle. Vu la mode actuel du consensualisme, de la privatisation de tout ce qui est public, de la conciliation en matière pénale etc., cette initiative peut surprendre. Pourtant, la situation devient plus claire lorsque l'on réalise qu'il ne s'agit que de l'exécution de l'arrêt de la CEDH condamnant la Russie pour la faible protection des victimes de *domestic violence*, notamment dans le cadre de l'accusation dite « privée ». Autrement dit, l'accusation privée empêche la sévérité de la réaction pénale contre les infractions, jugées idéologiquement les plus dangereuses actuellement, et c'est pour cette raison-là qu'elle doit être détruite. La Cour suprême russe n'est, dans ce contexte, qu'un interlocuteur fidèle qui s'est chargé de la mission d'organiser une réforme, imaginée par la CEDH sur le plan idéologique et bouleversant le paysage procédural russe sur le plan technique.

2.2. Les instruments non-juridictionnels

L'éclatement du rôle régulateur de l'État en matière de procédure pénale se joue actuellement non seulement sur le plan juridictionnel, mais également sur le plan non-juridictionnel. À cet égard, la procédure pénale n'échappe pas aux tendances générales, où « l'État n'apparaît plus comme le seul foyer de droit, la seule instance de régulation juridique : d'autres producteurs de droit et de régulation sont apparus, soit à des niveaux différents, soit parallèlement à lui ; le droit étatique est désormais "relayé", lorsque l'État délègue ses compétences régulatrices, "suppléé", par le recours à d'autres modes de régulation, "supplanté", par le jeu de l'émergence d'autres ordres juridiques » (CHEVALLIER, p. 124). La nature de ces producteurs de droit et de ces ordres juridiques n'est pas toujours évidente, elle est à son tour éclatée et parfois difficilement saisissable, pouvant être officielle ou non-officielle, normative ou doctrinale, émanant du droit international (européen etc.) et n'émanant pas du tout de lui dans le sens strict. Sa dimension politique, semble-t-il, dépasse son cadre juridique.

Par exemple, en Géorgie « *intense competition between German and other continental reform agencies with Anglo-American ones has encouraged the polarisation of local non-government organisations. Whereas before the "Rose Revolution" of 2003 the reform agenda and the government drafting committees for the new criminal procedure code were driven forward by German and Council of Europe experts, who championed variants of a Franco-German CIC-inspired procedure, after that date, the initiative passed to a new group of ministers, who were inspired by Anglo-American due process model and supported by US and UK agencies* » (VOGLER, p. 187). Dans quel ordre juridique peut-on placer cette situation : international, national, comparé, global, local etc.? Formellement, le nouveau CPP géorgien de 2009 a été adopté par le parlement national. Réellement, son contenu est loin d'être une création souveraine du législateur de ce pays.

L'intervention officielle des organisations internationales dans le processus national de l'élaboration du schéma institutionnel de la procédure pénale n'éclaircit pas toujours la situation. Au Kirghizstan, le contenu de certaines dispositions du nouveau CPP de 2017 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019) a été largement influencé notamment par les recommandations de l'OCDE⁶. Il est difficile de comprendre le rôle de l'OCDE dans l'adoption du nouveau CPP kirghize, vu que ce pays n'est pas un membre de cette organisation internationale et n'a aucune chance de le devenir dans un avenir plus ou moins proche. Pourtant, dans le cadre de l'OCDE, il existe un «*Anti-corruption Network for Eastern Europe and Central Asia*», qui a permis de lancer le soi-disant «*The Istanbul Anti-corruption Action Plan*». Ce plan impose aux États de la région, y compris ceux qui ne sont pas membres officiels de l'OCDE, une obligation de réformer leur législation pour mieux lutter contre la corruption, ce défi majeur de la globalisation (CHEVALLIER, p. 128), permettant d'encadrer l'activité législative de tous les États, quelles que soient leurs tendances politiques intérieures. Et dans l'interprétation extrêmement large de la lutte contre la corruption, même les schémas institutionnels de la procédure pénale codifiée, jadis n'intéressant que les comparativistes, passent aujourd'hui sous contrôle de certaines organisations internationales, sans les obliger pour autant à ouvrir leurs portes à tous les États contrôlés.

L'influence des organisations internationales peut prendre la forme quasiment d'une initiative privée, ce qui ne signifie en aucun cas une perte d'efficacité. Tel est le cas notamment des soi-disantes «*Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia*»⁷, adoptées en 2010 sous l'égide de l'*OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights*, organisation internationale par excellence, et du *Max Planck Minerva Research Group on Judicial Independence*, un organisme allemand purement académique et n'ayant aucune légitimité juridique supranationale. L'OSCE a utilisé toute sa force politique pour promouvoir dans la région ces recommandations plutôt doctrinales, «*made in Max Planck Institut*», qui ont eu ainsi un certain impact non seulement sur l'organisation judiciaire, mais également sur la procédure pénale des pays concernés. L'on peut citer à titre d'exemple l'une de ces recommandations (point 12), proposant de retirer aux présidents des tribunaux le pouvoir traditionnel de répartition des affaires au profit de systèmes considérés plus «*objectifs*», tels que le tirage au sort, la «*répartition électronique*», etc. Il est difficile de ne voir qu'une coïncidence dans le fait que la loi russe du 14 juin 2011, peu de temps après l'adoption en 2010 de ces Recommandations de Kiev, a modifié en ce sens le CPP, en introduisant dans la procédure pénale cette fameuse «*répartition électronique*» des affaires pénales entre les juges, à vrai dire sans beaucoup de succès. Sans entrer

6 Cf.: <https://www.oecd.org/corruption/acn/OECD-ACN-Kyrgyzstan-4th-Round-Monitoring-Report-2018-RUS.pdf>

7 Cf.: <https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/73487.pdf>

dans le détails des difficultés techniques évidentes, les praticiens ont remarqué que le nouveau système présente « plus d'inconvénients » que d'avantages, ne permettant pas notamment de tenir compte de la spécialisation des juges, de leur expérience professionnelle, etc. (PIOUK, p. 191 – 192). Mais malgré cette pratique pour le moins mitigée, le législateur russe est resté fidèle aux « *Max Planck recommendations* », en les confirmant, dans une sorte de « fuite en avant », par la nouvelle loi du 27 juillet 2018. *Globalisation oblige*.

Dans l'impossibilité de trouver des mécanismes objectifs, permettant la désétatisation juridique de la procédure pénale, cette désétatisation passe plutôt par la voie politique, dans laquelle l'État doit résister à une pression particulièrement puissante de diverses structures extraétatiques pour garder le contrôle sur le contenu de sa justice pénale. Et c'est là que la vraie désétatisation s'avance de façon incontestable. En revanche, comme toute démarche purement politique, cette forme de désétatisation rencontre beaucoup de difficultés à créer son cadre conceptuel, d'où son visage un peu « caché » et des limites de ses perspectives historiques.

REFERENCES

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **Le droit dans les sociétés humaines**. Paris: Nathan. 1996.

CASORLA, Francis. Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit? Essai de clarification. In: **Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel**. Paris: Cujas. 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État post-moderne**. 4 éd. Paris: LGDJ, Lextenso éditions. 2014.

DELCOURT, Marie Odile. **Analyse statistique des médiations pénales en France**. 2017 (URL : hal-01495648v2, mise à jour le 16 septembre 2020).

JUNG, Heike. Le plaider coupable et la théorie du procès pénal. In: **Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel**. Paris: Cujas. 2006.

JUNG, Heike. "L'Etat et moi": Some Reflections on the Relationship Between the Criminal Law and the State. In: **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**. 1998. Vol. 6: Issue 3.

KARNOZOVA, Liudmila. **La justice pénale et la société civile. L'expérience de l'analyse paradigmatique**. Moscou: Valent. 2010 (en russe).

KRYLOV, Evgeniï. Le jury populaire dans la procédure pénale post-soviétique: les péripéties du développement. In: **Zakon**. 2016. N° 9 (en russe).

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick. Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale. In: **Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel**. Paris: Cujas. 2006.

MANÁĪ, Dominique. **Discours Juridique Soviétique et Interventions en Hongrie et en Tchécoslovaquie**. Genève – Paris: Librairie DROZ. 1980.

MARCUS, Joseph. The Collapse of American Criminal Justice, by William J. Stuntz. In: **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 49. Summer 2012. N° 3.

MBANZOULOU, Paul. **La médiation pénale**. Paris: L'Harmattan. 2002.

PIOUK, Alexey. La légitimité du pouvoir hiérarchique non processuel au sein de la magistrature. In: **Le juge et l'État** / sous la dir. de L. Golovko et B. Mathieu. Paris: Mare & Martin. 2018.

POLIANSKIĪ, Pavel. L'examen par l'Inspection des ouvriers et des paysans du système judiciaire et d'instruction et la création des tribunaux de camarades. In: **Revue de l'Université de Moscou**. Série I I. Droit. 2020. N° 5 (en russe).

PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. 4 éd. Paris: Dalloz. 2016.

PRADEL, Jean, CORSTENS, Geert. **Droit pénal européen**. 2 éd. Paris: Dalloz. 2002.

RENUCCI, Jean-François. **Droit européen des droits de l'homme**. Paris: L.G.D.J. 1999.

ROTHBARD, Murray Newton. Society without a State. In: **Nomos**. Vol. 19. 1978.

THAMAN, Stephen C. The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond. In: **Cornell International Law Journal**. Vol. 40. Spring 2007. N° 2.

TULKENS, Françoise. La justice négociée. In: **Procédures pénales d'Europe** / sous la dir. de M. Delmas-Marty. Paris: PUF. 1995.

VOGLER, Richard. **A World View of Criminal Justice**. Farnham - Burlington: Ashgate. 2005.

VUELTA SIMON, Samuel. Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXIème siècle. In: **Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel**. Paris: Cujas. 2006.

ZEHR, Howard. **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**. Moscou: Centre « Sudebno-pravovaya reforma ». 2002 (traduction en russe).

Recebido em: 05/09/2021

Aprovado em: 08/09/2021