

3<sup>ÈME</sup> ANNÉE

N° 12

1<sup>ER</sup> OCTOBRE 1992

## REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

### Comité de rédaction

#### **Directeur**

Pierre LAMBERT, avocat au barreau de Bruxelles

#### **Secrétaire de rédaction**

Marc VERDUSSEN, avocat au barreau de Bruxelles et assistant à l'Université catholique de Louvain

#### **Membres**

Nicole CAHEN, avocat au barreau de Bruxelles et assistante à l'Université de Bruxelles

Jean GILLARDIN, juge au tribunal de commerce de Charleroi et premier assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

Eric GILLET, avocat au barreau de Bruxelles

Béatrice HAUBERT, auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Jacques REGNIER, auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Pierre VANDERNOOT, référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique et assistant à l'Université de Bruxelles

Nathan WEINSTOCK, avocat au barreau de Bruxelles

#### **Secrétaire administrative**

Viviane FRANÇOIS



EDITIONS NEMESIS

## CONSTRAINTES EUROPÉENNES ET POLITIQUE CRIMINELLE\*

Peut-on penser le droit dans une dimension universelle ? Telle était la question inaugurale du séminaire organisé par l'Institut des hautes études sur la justice. Dans ce cadre extrêmement large, j'ai choisi une branche du droit, la politique criminelle, et un lieu géographique, l'Europe.

Ce choix est en lui-même significatif.

Comparée au droit pénal, la politique criminelle a non seulement un contenu plus large, mais encore un objet indéterminé. Car elle n'est pas, à la différence du droit pénal, circonscrite d'avance par le législateur. Sa spécificité vient davantage des pratiques, en particulier de la jurisprudence, constitutionnelle et européenne, qui tend à rapprocher - dans un commun souci du respect des droits de l'homme - des réponses juridiquement très diverses à des comportements d'écart aux normes considérées comme infraction ou déviance. A titre d'exemple on y trouve : les sanctions pénales, bien sûr, mais aussi les sanctions administratives et disciplinaires, les mesures de police, demain peut-être les processus de médiation.

Quant à l'Europe, comparée à tel ou tel Etat ou fédération de type USA, sa spécificité est d'être multiple. Pas seulement parce qu'on y retrouve les différentes « sphères de justice » décrites par M. Walzer à partir des principaux secteurs de la vie en société (éducation, travail, marché, famille, église, etc...) <sup>(1)</sup>

Mais plus précisément parce que c'est à l'intérieur même des institutions juridiques que se manifeste en Europe l'autonomie et la diversité des principes de fonctionnement qui caractériseraient les « sphères de justice ». Aux institutions nationales se superposent en effet des institu-

---

\* Conférence donnée le 25 mai 1992 à l'Institut des hautes études sur la justice, à Paris.

(1) Voy. J. Roman, « Droit et communauté », Michael Walzer in *La force du droit*, Seuil éd. Esprit, 1991, pp. 91 et s., également P. Ricoeur, *La pluralité des foyers de juridicité*, à paraître, éd. Esprit.

tions supranationales, elles-mêmes multiples, autonomes et non hiérarchisées entre elles. Les principaux exemples étant les institutions communautaires, organisées par les Traités de Rome puis de Maastricht dans la perspective d'un marché unique et celles du Conseil de l'Europe qui imposent le respect des droits de l'homme à partir de la Convention européenne et des protocoles additionnels. S'ajoutent d'autres institutions, plus circonscrites (Benelux, Association européenne de libre échange, Espace-Schengen), ou plus larges (la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe, CSCE par exemple).

Privilégier les institutions communautaires - comme dans bien des discours même juridiques - serait refuser de voir que la spécificité européenne tient d'abord à cette multiplicité des institutions créatrices de droit dont l'autonomie est d'ailleurs consacrée par l'existence de deux Cours suprêmes (Luxembourg et Strasbourg) qui n'ont pas supprimé pour autant les diverses Cours constitutionnelles nationales, également autonomes.

Choisir un objet indéterminé (la politique criminelle) et des sources juridiques multiples et non hiérarchisées (les sources européennes) n'est pas simple provocation.

Ce choix correspond à une hypothèse que je voudrais ici poser. Transposer plus exactement, car il s'agit de reprendre l'idée développée par Henri Atlan, dans d'autres domaines des sciences de l'homme, que la sous-détermination des structures est parfois «un avantage permettant l'institution d'une intersubjectivité sur la base d'une communication imparfaite». D'une communication qui - parce qu'elle est imparfaite - permettrait à des systèmes relevant d'histoires et de structures différentes «de pouvoir partager plus ou moins les mêmes effets de signification»<sup>(2)</sup>.

Transposée en droit, l'analyse mène à l'idée d'une corrélation entre la sous-détermination d'un système juridique et sa capacité à communiquer avec d'autres systèmes et à pouvoir «partager plus ou moins les mêmes effets de signification» pour reprendre la formule d'Atlan.

En ce sens, l'Europe apparaît comme une sorte de laboratoire où observer en direct cette irruption de l'indétermination et du multiple dans des conditions de lieu et de temps particulièrement exemplaires.

Conditions de lieu : le berceau du monde occidental, c'est-à-dire un lieu où l'identification du droit à la raison et à l'Etat semblait imposer plus

---

(2) *Tout, non, peut-être*, Seuil, 1991.

encore qu'ailleurs l'image kelsenienne d'un droit déterminé dans son objet, unifié et hiérarchisé dans ses sources.

Conditions de temps : cette fin du XX<sup>e</sup> siècle où l'attente est immense. On attend du droit bien davantage qu'un mécanisme de régulation ou une technique après coup : qu'il institue et l'homme et la société.

Le droit pour « instituer l'homme », le « faire tenir debout », c'est l'appel de P. Legendre qui prend acte du constat - « défaites les mythologies à l'ancienne, démontées les religions issues du christianisme » - et ouvre la perspective du droit comme fondateur du sujet par une « opération dogmatique qui noue ensemble le biologique, le social et l'inconscient »<sup>(3)</sup>.

Le droit pour retrouver « l'imaginaire démocratique », après le surgissement des totalitarismes puis le déclin du marxisme, c'est l'appel de P. Bouretz qui assigne aux droits de l'homme un statut juridique en les désignant comme « l'idéal d'un droit du droit qui puisse fournir l'étalement des normes positives »<sup>(4)</sup>.

Pour répondre à une telle attente, il faut se donner les moyens de penser le droit dans cette perspective nouvelle. Il y a du désordre et de l'instabilité dans l'air, profitons-en pour ajuster nos méthodes. C'est-à-dire pour apprendre à penser le droit de telle sorte que le multiple et l'indéterminé ne soient pas synonymes de dégénérescence et d'arbitraire ou menace d'éclatement - comme le réveil des particularismes incite parfois à le craindre -, mais deviennent signe d'ouverture et promesse d'échange, marquant l'apparition du pluralisme à l'intérieur même des institutions juridiques.

La question essentielle est donc de savoir si l'on peut fonder une argumentation juridique - donc penser en termes de droit - un objet dont les contours sont indéterminés et les sources multiples et autonomes. Façon de se préparer, à partir d'une réflexion sur l'Europe, à la question plus ambitieuse du séminaire : peut-on penser le droit dans une dimension universelle ?

Reprendons chacun des termes, avant de les mettre en relation.

---

(3) *Leçons IV*, suite 2, *Leçon VIII*, Fayard, 1989, 1990.

(4) Bouretz, *La force du droit*, 1991.

## 1. UN OBJET AUX CONTOURS INDÉTERMINÉS : DU DROIT PÉNAL À LA POLITIQUE CRIMINELLE

Le droit pénal n'a pas disparu. Il est comme enveloppé par une discipline plus large et plus ouverte, la politique criminelle. Celle-ci est née tout à la fois de la *diversification* des pratiques, donc de l'éclatement des catégories juridiques traditionnelles, et de leur *recomposition* autour d'un « droit des droits de l'homme » tant national (le « bloc de constitutionnalité ») qu'european (la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les principes fondamentaux du droit communautaire).

C'est dire que les deux phénomènes sont liés, même si l'un paraît précéder l'autre.

### 1.1. La diversification des pratiques se situe tout à la fois au dedans et au dehors du droit pénal.

*Au dedans*, le postulat classique de l'unité et de l'homogénéité du droit pénal est à l'évidence dépassé, même comme simple fiction, car les écarts sont trop visibles pour que l'illusion soit maintenue et la fidélité apparente du droit français à la division tripartite en crimes, délits et contraventions ne suffit plus à masquer l'éclatement des catégories de fond et de procédure;

Quant au *droit pénal de fond*, si le crime est resté une catégorie relativement homogène, en revanche celles de délit et de contravention arrivent mal à cacher l'hétérogénéité de leur contenu. D'autant que la diversification des peines, préconisée tant par l'école positiviste italienne (diversité des mesures adaptées à la dangerosité du délinquant) que par le courant humaniste illustré par R. Saleilles ou Marc Ancel (diversité des peines adaptées à la personnalité du délinquant), aboutit elle aussi au brouillage des catégories pénales. L'exclusion des châtiments corporels - et plus récemment de la peine de mort - tend à faire de la prison la seule peine spécifiquement pénale. Mais ni l'amende, ni, pour la plupart, les peines alternatives (à l'exclusion du travail d'intérêt général) ne présentent de véritable spécificité pénale, s'apparentant les unes à la sanction civile (sursis assorti d'une obligation de réparer le dommage), les autres à la sanction administrative (interdictions professionnelles, confiscations, retrait ou suspension de permis, fermeture d'installations ou d'établissements...), ou même à la médiation (ajournement du prononcé de la peine avec injonction et finalement dispense de peine).

Quant à la *procédure*, divers signes montrent ici encore l'affaiblissement de la spécificité pénale aux différents moments du procès.

D'abord, la constatation de l'infraction n'obéit pas toujours à des règles spécifiques, car des dispositions communes régissent dans certains secteurs la constatation des infractions pénales et administratives<sup>(5)</sup>. De même, la décision de poursuivre est-elle parfois transférée - en droit ou en fait - du ministère public à l'administration, qui apprécie l'opportunité des poursuites dans les deux domaines de la répression pénale et administrative.

Quant à la garde à vue, longtemps réservée aux seules pratiques de police judiciaire, elle s'est trouvée étendue, sous le nom de « rétention » (d'une durée il est vrai plus limitée), en matière de police administrative (art. 78-1 et s. du Code de procédure pénale sur les contrôles et vérifications d'identité, art. 35bis, ord. 2 novembre 1945 sur les étrangers en voie d'expulsion, auxquels s'ajoute la notion nouvellement apparue de « maintien » en zone de transit).

Reste la spécificité tenant à l'existence de juridictions d'instruction; mais il est à noter que ces juridictions ont disparu dans plusieurs pays européens et sont fortement marginalisées ailleurs : à titre d'exemple en France, le pourcentage d'affaires portées à l'instruction, passé de 40% au XIX<sup>e</sup> siècle à environ 20% en 1960, est tombé à moins de 8% aujourd'hui. En revanche, le renvoi direct en jugement, plus proche du procès civil, a progressé, tant selon la voie de droit commun de la citation directe que selon la voie plus rapide de la comparution immédiate et du jugement séance tenante, facilitée par les textes récents<sup>(6)</sup>.

Enfin, les règles relatives aux droits de la défense, notamment pour ce qui est du débat contradictoire, se développent en tous domaines, non seulement en matière civile, mais encore en matière administrative, et prochainement peut-être en matière de médiation. Relevant d'un processus diamétralement opposé - d'extension et non plus d'éclatement -, cette tendance contribue, elle aussi, à réduire la spécificité pénale en légitimant au dehors le développement de catégories voisines.

*Du dehors*, en effet, la spécificité pénale est également atteinte.

Certes, la sanction pénale n'a jamais été la seule réponse à l'infraction - pratiques de médiation et sanctions administratives, par exemple, existaient déjà sous l'Ancien régime. Mais il s'agissait le plus souvent de phénomènes ponctuels et peu organisés. C'est beaucoup plus récemment qu'apparaît la nécessité de « nouvelles stratégies sociales » en réponse aux infractions<sup>(7)</sup>.

(5) Voy., par exemple, en matière économique, ord. 1er décembre 1986.

(6) L. 2 février 1981, 9 septembre 1986.

(7) Thème de la XIX<sup>e</sup> Conférence de recherches criminologiques du Conseil de l'Europe, 1990.

Pour l'essentiel, il s'agit d'interventions « visant à éviter l'entrée dans le processus pénal ou à interrompre ce processus »<sup>(8)</sup>, autrement dit d'interventions que l'on peut rattacher à la notion de *médiation*, largement entendue. Etant observé que, si la médiation apparaît comme catégorie voisine du droit pénal, c'est paradoxalement qu'elle a pour objectif l'évitement du système pénal, celui-ci se trouvant ainsi dans une relation ambiguë d'exclusion, mais aussi de référence première : tout échec de la médiation aboutit au renvoi de l'affaire dans le système pénal, la question étant alors d'empêcher que la situation pénale du délinquant soit aggravée du fait de cet échec. S'ajoute le fait qu'en l'absence de cadre juridique propre à la médiation les pratiques se sont le plus souvent greffées sur le système pénal, utilisant les possibilités qu'il offrait. Ainsi, en France, la médiation est-elle principalement menée sur la base du principe de l'opportunité des poursuites reconnu au ministère public (art. 40 du Code de procédure pénale), la médiation étant alors soit « déléguée » par celui-ci à une instance extérieure chargée de la gérer, soit « retenue » par le ministère public qui la pratique lui-même<sup>(9)</sup>.

Parallèlement se sont développées les *sanctions administratives*, qu'elles soient prononcées directement par l'administration, comme en matière fiscale, ou par l'intermédiaire d'une autorité administrative indépendante comme en matière économique ou boursière par exemple. Beaucoup plus autonome par rapport à la sanction pénale que la médiation, la sanction administrative est admise dans son principe par le Conseil constitutionnel même si elle a fonction de « punition » et non de régulation. Et celui-ci impose progressivement un rapprochement du régime juridique avec celui du droit pénal; mais il n'exclut pas pour autant le cumul des sanctions à raison des mêmes faits<sup>(10)</sup>.

Enfin, plus récemment apparue, l'*indemnisation collective des victimes d'infractions* est juridiquement difficile à classer, qu'il s'agisse du régime de droit commun<sup>(11)</sup> ou du régime réservé aux victimes d'actes de terrorisme<sup>(12)</sup>. A l'évidence extra-pénale - puisque l'indemnisation est prise en charge par la collectivité et qu'elle a même perdu son caractère subsidiaire par rapport à l'indemnisation par l'auteur de l'infraction -, l'indemnisation des victimes est cependant incorporée au Code de procédure pénale (art. 706-1 et s.) et relève le plus souvent de la décision d'une commission d'indemnisation « à caractère civil » (art. 706-3 du Code de procédure pénale).

(8) J. Feest, *XIX<sup>e</sup> Conférence précitée, Conseil de l'Europe*, 1990.

(9) Cf. Guilbot et Rojarc, APC, 1992.

(10) CC. 28 juillet 1989 en matière boursière.

(11) L. 3 janvier 1977, 2 février 1981, 8 juillet 1983, 10 juillet 1990.

(12) L. 9 septembre 1986.

C'est dire la difficulté de s'en tenir aux catégories juridiques traditionnelles lorsqu'on veut rendre compte de l'ensemble des pratiques actuelles face à l'infraction et à la déviance. Ainsi le développement progressif de pratiques comme la médiation, la répression administrative ou l'indemnisation collective des victimes se conjugue avec l'éclatement des catégories pénales pour aboutir à l'ouverture du champ pénal. Mais ouverture ne veut pas dire dilution ou confusion générale des catégories juridiques, car ce phénomène s'accompagne d'un phénomène complémentaire de recomposition du champ juridique.

**1.2. La recomposition du champ juridique** tient à l'émergence de nouvelles catégories, nées du «droit des droits de l'homme», qui dépassent, ou enveloppent, le droit pénal, pour prendre en compte l'ensemble des réponses à l'infraction ou à la déviance. La référence aux droits de l'homme impose, en effet, cette recomposition dès lors qu'elle amène à fonder le raisonnement juridique sur les droits concernés plutôt que sur les institutions compétentes.

Il est vrai que la tension est particulièrement forte entre droit pénal et droits de l'homme; celui-là a pour fonction de garantir ceux-ci. Certes, mais cette fonction légitime, du même coup, restrictions, exceptions et dérogations multiples. Et pourtant, la dépénalisation ne suffit évidemment pas à supprimer cette tension. Remplacer la sanction pénale par une sanction administrative ou par un internement médical ou «de sûreté» entraînera, selon les cas, renforcement ou affaiblissement des droits de l'homme. À l'inverse, ériger en sanction pénale une mesure jusque là administrative comme la reconduite à la frontière peut renforcer ou affaiblir les droits de l'étranger en situation irrégulière.

Le «droit des droits de l'homme» opère donc un véritable renversement de perspective qui suscite parfois des regroupements juridiques inattendus. Incitant à considérer toute sanction ou mesure restrictive d'abord par référence aux droits concernés, il rapproche tantôt droit pénal et droit administratif, tantôt droit civil et droit pénal, tantôt droit administratif et droit civil.

Ainsi se dessine la catégorie nouvelle de «matière pénale» qui regroupe du point de vue du droit à un procès équitable divers types de sanctions (pénales, administratives, disciplinaires, parfois même certaines transactions) dont le caractère commun est de présenter une certaine proximité avec les conceptions traditionnelles du droit pénal.

Ou encore, la catégorie de «mesure privative de liberté» (ou mesure d'enfermement) qui regroupe - à travers un régime juridique partiellement

commun - sanctions pénales, mesures de police et diverses mesures d'internement, médical ou éducatif.

Qu'il s'agisse, par exemple, de l'internement psychiatrique des malades mentaux ou de l'expulsion des étrangers, on constate un affaiblissement des vieilles catégories juridiques internes (la « mesure de police » opposée à la « sanction administrative »), tandis que se met en place - quand la mesure comporte une privation de liberté - un encadrement juridique plus précis tenant à des conditions de fond et de forme définies par la loi (légalité) et à la garantie de l'autorité judiciaire (« judiciarité »).

Certes, la jurisprudence interne n'est pas sans influence en ces matières où le rôle du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, parfois de la Cour de cassation, mérite d'être souligné. Toutefois, c'est d'abord à partir des contraintes européennes (art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme pour les privations de liberté, art. 6 pour la « matière pénale », Convention européenne et droit communautaire pour la police des étrangers) que la politique criminelle s'est structurée autour de ces nouvelles catégories.

C'est dire l'importance des sources européennes qui se surajoutent aux droits nationaux.

## **2. DES SOURCES MULTIPLES : DU DROIT NATIONAL AUX DROITS EUROPÉENS**

L'Europe est diverse, non seulement dans ses institutions, mais aussi dans ses méthodes. De la simple entraide répressive internationale à la neutralisation de la norme pénale interne par la norme européenne, il existe toute une gradation des contraintes exercées sur la politique criminelle à partir de sources européennes.

**2.1. Avec l'entraide**, en effet, l'autonomie des ordres juridiques nationaux est intégralement préservée et les Etats gardent la maîtrise de leur politique criminelle nationale - ce qui peut expliquer le nombre élevé de conventions applicables en la matière. A titre d'exemple, on citera de nombreuses conventions conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe : Conventions européennes d'extradition (1957), d'entraide judiciaire en matière pénale (1959 protocole additionnel sur l'entraide en matière fiscale, 1978), Conventions sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous caution (1964), sur la valeur internationale des jugements répressifs (1970), sur la transmission des procédures répressives (1972), Conventions sur le transfèrement des personnes

condamnées (1982), sur le dédommagement des victimes d'infractions violentes (1983). Auxquelles s'ajoutent encore des conventions couvrant plus spécifiquement certains types d'infractions : Conventions pour la répression des infractions routières (1964), pour la répression du terrorisme (1977), Convention sur la lutte contre le blanchiment des fonds d'origine criminelle (1991).

C'est sur cette base que l'idée d'un « espace judiciaire pénal » européen (1976-1978), puis d'une Cour pénale européenne (1982) avait été lancée, mais sans succès, par la France. Il est vrai qu'à l'époque nous n'avions pas ratifié tous les textes... La tendance actuelle est celle, plus modeste, d'un espace pénal « à plusieurs vitesses », où l'on s'efforcerait de réécrire l'ensemble des conventions existantes et d'en promouvoir de nouvelles<sup>(13)</sup>.

Limités à un cadre géographique plus restreint, les Accords de Schengen<sup>(14)</sup> comportent également des dispositions relatives au développement de l'entraide répressive entre les huit pays signataires (en particulier l'échange d'informations sensibles et la création d'un système d'informations Schengen, l'application du principe *non bis in idem*, l'extension de l'extradition et de la transmission de l'exécution des jugements répressifs).

L'extension aux douze Etats membres de la Communauté de certaines dispositions applicables aux huit de l'espace Schengen est d'ailleurs amorcée, qu'il s'agisse du principe *non bis in idem*<sup>(15)</sup> ou de la transmission des procédures répressives<sup>(16)</sup>. Enfin le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 définit comme « question d'intérêt commun » la coopération judiciaire en matière pénale et la coopération policière « en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de la drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale ». Des « positions communes » et des « actions communes » pourraient être adoptées en ces matières par le Conseil, mais exclusivement à l'initiative des Etats membres et non de la Commission dont l'intervention est limitée à la coopération judiciaire en matière civile ainsi qu'aux questions concernant les ressortissants d'Etats tiers (politique d'asile, franchissement des frontières, politique d'immigration). Le Traité précise que le Conseil « peut décider que les mesures d'application d'une action commune seront adoptées à la majorité qualifiée », mais la Commission n'a pas un tel pouvoir.

Pourtant d'autres processus, moins visibles, sont déjà en place, qu'il s'agisse d'un processus de co/ordination - qui maintient une certaine auto-

(13) R. de Gouttes, *Vers un espace judiciaire pan-européen ?*, Dall. 1991, chr. 154.

(14) Le Traité du 14 juin 1985 et la Convention d'application du 19 juin 1990.

(15) Convention de Bruxelles du 27 mai 1987.

(16) Convention de Rome du 6 novembre 1990.

nomie des ordres juridiques nationaux - ou d'une véritable sub/ordination, marquant la primauté de l'ordre juridique européen.

**2.2. Le processus de co/ordination** implique un rapprochement progressif qui évoque, précisément, l'idée d'harmonisation au sens limité du terme. Il impose aux ordres juridiques nationaux une certaine proximité par rapport à la norme européenne (obligation de « compatibilité »), mais leur reconnaît une marge nationale d'appréciation qui laisse place à des choix différents d'un Etat à l'autre.

En droit communautaire, c'était à l'origine la technique des directives qui fixent aux Etats le but à atteindre, sans imposer les moyens, notamment sans préciser la sanction applicable à la violation de la règle posée. Malgré l'évolution des directives, toujours plus précises et détaillées, les Etats gardent encore le choix entre sanctions pénale et administrative. Il est d'ailleurs à noter que, même en l'absence de directive spécifique, les Etats sont incités à assurer de façon efficace la protection des intérêts (notamment financiers) de la Communauté sur le fondement de l'article 5 du Traité de Rome. Et la Cour de justice de Luxembourg leur rappelle à l'occasion que « tout en conservant le choix des sanctions », ils doivent veiller « à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »<sup>(17)</sup>.

De la même manière, la Cour interprète le principe de non-discrimination (art. 7 du Traité de Rome) comme entraînant l'application à tous les ressortissants de la communauté victimes d'infractions, du droit à être indemnisés par l'Etat, lorsque les nationaux se voient reconnaître un tel droit<sup>(18)</sup>.

Cela dit, c'est principalement à partir de la Convention européenne des droits de l'homme que le processus de coordination s'est développé au fil de la jurisprudence de la Commission et de la Cour. Au point que les auteurs ont pu qualifier la Cour de « *criminal policy maker* »<sup>(19)</sup>.

(17) CJCE, 21 septembre 1989, affaire dite du *maïs yougoslave*.

(18) Arrêt *Cowan*, CJCE 2 février 1989 et loi française du 11 juillet 1990.

(19) J. Bengoetxea et H. Jung, *Towards a european criminal jurisprudence ? The justification of criminal law by the Strasbourg Court*, in *Legal Studies*, novembre 1991, vol. 11, n° 3, pp. 239 et s.

Sans imposer ici l'uniformité des politiques criminelles, la jurisprudence européenne limite les choix nationaux. Qu'il s'agisse de sanctions (pénales ou extrapénale) ou d'autres mesures (comme les mesures de police), les atteintes aux droits fondamentaux telles que des privations de liberté (art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme précité) ou des restrictions à la vie privée (art. 8 appliqué notamment en matière d'écoutes téléphoniques) sont contrôlées désormais par les instances de Strasbourg. Ce contrôle porte essentiellement sur les deux piliers de l'Etat de droit que sont, dans la conception européenne, la légalité et la garantie judiciaire (judiciarité).

De la **légalité**, on retiendra surtout qu'elle prend une signification «européenne», c'est-à-dire autonome, à la fois plus large et plus étroite qu'en droit interne.

Signification plus large, en ce sens que l'expression renvoie à l'ensemble du «droit en vigueur», écrit ou non écrit, législatif, réglementaire ou jurisprudentiel<sup>(20)</sup>: «on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays continentaux... la loi écrite (*statute law*) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers; vice-versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds. D'où cette formule selon laquelle, «dans un domaine couvert par le droit écrit, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété».

Il est vrai que la Cour compense cette extension quant aux sources - de la légalité formelle à l'ensemble du droit en vigueur - par une conception plus étroite quant au contenu de la norme.

Conception plus étroite, car la légalité européenne suppose réunies les trois conditions de «qualité de la loi», formulées dans les arrêts précités : la loi doit être accessible, précise et prévisible dans ses conséquences.

**La garantie judiciaire**, quant à elle, est imposée tant en droit pénal qu'en «matière pénale», au sens autonome donné à ce terme (voir ci-dessus) et plus largement encore, chaque fois qu'une mesure privative de liberté est prise, quelle que soit sa nature juridique (sanction pénale, sanction administrative, mesure de police, mesure de sûreté, mesure éducative, mesure médico-sociale...). Véritable «*habeas corpus*» européen, l'article 5, 4° de la Convention européenne des droits de l'homme pose en effet le principe que «toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin

---

(20) Arrêts *Sunday Times et Malone c. le Royaume-Uni*, 26 avril 1979 et 2 août 1984, puis arrêts *Huvig et Kruslin c. la France*, 24 avril 1990.

qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale». C'est dire que la légalité ne suffit pas à justifier la mesure privative de liberté.

Plus développée qu'en droit interne, la «judiciarité» ainsi imposée implique tout un ensemble de conditions de lieu - l'organe judiciaire - de temps - le principe de la célérité - et de déroulement de l'action - le principe du débat contradictoire.

En définitive, si chaque Etat garde une marge d'appréciation quant au choix de la mesure à prendre face à l'infraction ou à la déviance, les exemples donnés, tant en droit communautaire que sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, montrent qu'un rapprochement est en cours et qu'il existe dès à présent une «jurisprudence criminelle européenne»<sup>(21)</sup> imposant d'ores et déjà une certaine harmonisation des politiques criminelles. Une harmonisation et même parfois une unification dont témoigne l'autre processus observé.

**2.3. Le processus de sub/ordination** tend, en effet, à l'unification des pratiques nationales dès lors qu'il impose aux Etats une véritable obligation de conformité impliquant l'identité (pas seulement la proximité) de la norme nationale à la norme européenne.

A la lecture des traités et conventions, les institutions européennes n'ont pourtant pas de compétence directe pour imposer l'uniformité dans le domaine du droit pénal et de la politique criminelle. Mais l'interprétation des textes conduit parfois la jurisprudence à imposer la primauté de la norme européenne même en des matières réservées en principe à la souveraineté nationale.

Certes le processus d'unification n'est que partiel, et l'on pourrait dire «asymétrique» en ce sens que l'effet de neutralisation de la norme répressive interne (décriminalisation) est plus complet que l'effet d'incitation à réprimer (criminalisation).

Ainsi, en droit communautaire, le principe de primauté peut seulement inciter les Etats à prévoir une sanction mais non imposer celle-ci, même lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts financiers de la Communauté (voir ci-dessus). Il y a bien incitation, mais la criminalisation n'est pas imposée.

En revanche, l'effet de neutralisation du droit pénal interne par la norme communautaire (décriminalisation) a été constaté à diverses

---

(21) Cf. J. Bengoetxea et H. Jung précités.

reprises tant par la Cour de justice des Communautés que par la Cour de cassation française. Le raisonnement juridique consiste à écarter l'incrimination pénale, dès lors qu'elle est contraire à un principe de droit communautaire. Ainsi, par exemple, est fréquemment invoqué l'article 30 du Traité de Rome qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation entre les Etats membres, « ainsi que toutes mesures d'effet équivalent ». Considérant que la sanction pénale peut fonctionner comme « mesure d'effet équivalent » à une restriction à l'importation, la Cour de justice l'a jugée contraire à l'article 30, quand elle risquait de s'appliquer au commerce inter-communautaire. C'est ainsi que se sont trouvés neutralisées des incriminations pénales comme les pratiques de prix illicites (incriminées sous l'empire des ordonnances du 30 juin 1945) ou encore la publicité en faveur des boissons alcoolisées<sup>(22)</sup>. De même la Cour de cassation française a constaté l'abrogation implicite de certains délits douaniers en application du même principe<sup>(23)</sup>.

Cette atteinte à la souveraineté nationale ne surprend pas dans une Europe déjà fortement intégrée - comme le marque l'expression de « Communauté » européenne. En revanche, il est plus étonnant d'observer que le même processus est imposé par la Convention européenne des droits de l'homme, alors que le Conseil de l'Europe avait à l'origine vocation plus modeste à organiser la « coopération politique » en Europe. En effet, la Convention européenne de sauvegarde, sous le contrôle de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, pose de véritables interdits que les Etats sont tenus de respecter. Ainsi celui de la torture et des peines ou traitements « inhumains ou dégradants » qui s'impose, même en cas de guerre ou de lutte contre le terrorisme<sup>(24)</sup>, ou encore l'interdit de la peine de mort pour les pays qui ont ratifié le protocole additionnel n° VI. Ces deux interdits ne sont d'ailleurs pas sans lien l'un avec l'autre, comme le montre l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Soering c. le Royaume-Uni* (7 juillet 1989).

De même, en matière de privation de liberté, il faut souligner qu'en énumérant selon une liste limitative les cas dans lesquels une personne peut être arrêtée ou détenue, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme impose aux Etats une stricte conformité à cette liste. Or, celle-ci exclut, par exemple, les internements dits de sûreté fondés sur la seule dangerosité de la personne concernée. D'où la condamnation de l'Italie dans une affaire où un individu, acquitté dans un procès criminel, avait été ensuite déclaré dangereux et envoyé en résidence forcée dans

(22) Voy. chroniques Biancarelli puis Bonichot, RSC depuis 1984.

(23) Crim., 5 décembre 1983, *Bull.* 325.

(24) Art. 3 et arrêt *Irlande c. le Royaume-Uni*, 18 janvier 1978.

une île au large de la Sardaigne en application des lois sur les personnes dangereuses et sur la mafia<sup>(25)</sup>.

Ce constat montre, en droit positif, la diversité des processus juridiques par lesquels s'imposent les contraintes européennes aux politiques criminelles nationales.

Au-delà du droit positif, il soulève une question théorique fondamentale : peut-on penser le droit dans une dimension, sinon universelle, du moins européenne ?

### **3. LA RELATION EST-ELLE « JURIDIQUEMMENT PENSABLE » ENTRE POLITIQUE CRIMINELLE ET CONTRAINTES EUROPÉENNES ?**

Ainsi posée, la question impose d'expliciter la formule « juridiquement pensable », donc de définir un critère de la « juridicité ».

Selon la conception traditionnelle, la « juridicité » d'un système de normes dépend du degré d'intégration de ces normes et G. Timsit a montré<sup>(26)</sup> qu'elle est fonction des trois figures qui composent ce qu'il appelle « le processus d'engendrement », des normes et du droit.

Ces figures sont la « prédétermination », qui renvoie aux conditions d'émission de la norme, la « codétermination » qui résulte de la marge (variable selon les systèmes) laissée au récepteur chargé d'appliquer la norme, enfin la « surdétermination », c'est-à-dire le code des valeurs qui inspirent l'émetteur et le récepteur, code culturel implicite ou, comme le dit G. Timsit, « une loi silencieuse, une loi qui s'exprime en silence » (par exemple, les principes généraux du droit communautaire, ou « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées »).

Classiquement, un système de droit est fortement intégré, donc pleinement « juridique », lorsque la norme est émise de façon de façon précise et univoque (c'est la « règle » opposée aux « principes directeurs »), donc reçue sans marge d'appréciation et interprétée selon la logique formelle classique (le syllogisme aristotélicien), enfin lorsqu'elle est légitimée par référence à un code culturel homogène.

---

(25) Arrêt *Guzzardi c. l'Italie*, 6 novembre 1980.

(26) *Les noms de la loi*, PUF, 1990.

Il est vrai que, même en droit interne, un tel système relève plus de l'idéal-type que de la réalité des pratiques. Mais, comme idéal-type, il n'est guère contesté et l'on s'efforce de réduire ou de camoufler les écarts.

Si l'on passe à l'échelle européenne, la différence est que ce système ne peut pas fonctionner, même comme idéal-type, car la reconnaissance d'une « marge nationale d'appréciation» laissée au récepteur de la norme européenne (c'est-à-dire aux Etats chargés de l'appliquer) paraît, dans bien des cas en l'état actuel, inévitable.

Est-ce à dire que les contraintes européennes entraînent nécessairement un affaiblissement de la « juridicité », donc un déclin du droit ? Certains le croient et le disent (ce qui va de pair avec leur difficulté à penser le droit dans une dimension universelle).

A moins de prendre le pari inverse. Et de considérer que les critères de la juridicité dépendent d'abord de la fonction assignée aux systèmes de droit. Or celle-ci varie suivant que ces systèmes sont conçus comme des systèmes clos, selon une conception étatique du droit, ou comme des systèmes ouverts ayant vocation à l'échange, *supra* (ou *infra*) étatique. Si la première conception limite bien la « juridicité » au critère du degré d'intégration du système, en revanche la seconde peut amener à d'autres critères.

D'où ma proposition de transposer au droit l'hypothèse d'Henri Atlan que la sous-détermination des structures est parfois « un avantage permettant l'institution d'une intersubjectivité sur la base d'une communication imparfaite ».

Ce qui amène à poser le critère de « juridicité » autrement, en combinant le degré d'intégration du système et sa capacité d'échange avec d'autres systèmes.

Encore faut-il s'en donner les moyens car on ne saurait admettre - même avec les meilleures intentions du monde - que le droit renonce à la logique qui est non seulement gage de sécurité juridique mais encore instrument de résistance à l'arbitraire. Toute la question est donc de savoir si l'on peut construire un raisonnement logique à partir de concepts imprécis et par référence à un code de valeurs pluraliste donc hétérogène. La démarche vaut d'être tentée à la lumière du renouvellement actuel de la pensée qui se traduit par une diversification des branches de la logique et par un développement des logiques « non standard » qui cherchent à mieux s'adapter aux nuances du raisonnement humain que ne le faisait la logique classique (dite aristotélicienne).

Reprendons dans cette perspective les trois figures de l'engendrement des normes.

**3.1. La «prédétermination»**, renvoie à l'émission des normes. A partir du moment où l'on admet que les normes soient posées au plan européen - c'est-à-dire où l'on entend dépasser le processus de l'entraide judiciaire qui sauvegarde l'autonomie de la norme interne -, l'alternative est soit de poser des règles précises, ce qui exclut toute marge nationale d'appréciation et impose le processus de subordination, soit de s'en tenir à des principes directeurs qui préservent davantage la souveraineté des Etats (simple coordination), mais présentent le risque de l'imprécision.

Privilégier le premier processus, c'est, pour satisfaire à l'orthodoxie juridique, renoncer à la souveraineté nationale, mais choisir le second, c'est renoncer à construire une véritable communauté juridique.

Comme on l'a vu, l'Europe fait place à l'un et l'autre processus, au point qu'on lui reproche tout à la fois d'entrer dans un luxe de détails qui blessent inutilement les fiertés nationales (qu'il s'agisse des chasseurs de palombes ou des fabricants de fromage) et de consacrer des concepts aussi vagues que le délai «raisonnable» ou les restrictions «nécessaires dans une société démocratique» que l'on attribue volontiers sur le continent à la (mauvaise) influence du droit anglo-saxon.

Et pourtant, c'est sans doute ainsi, en combinant principes directeurs et règles plus précises, que l'Europe juridique a quelque chance d'exister, à la condition que le choix entre les unes ou les autres ne soit pas de pure opportunité politique mais réponde à des critères objectifs.

Sans être explicitement formulée ainsi, il semble déjà que la hiérarchie des valeurs qui sous-tendent la Convention européenne ait guidé le choix : en ce qui concerne les valeurs à protection absolue ou quasi absolue qui fondent les interdits de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art. 3), de l'esclavage (art. 4), de la rétroactivité des lois pénales (art. 7), des expulsions collectives (art. 4, Protocole additionnel n° IV), ou l'abolition de la peine de mort (Protocole additionnel n° VI), aucune marge d'appréciation n'est admise. De même pour les exceptions à la liberté et à la sûreté, limitées par la liste exhaustive de l'article 5.

En revanche, malgré la précision apparente de l'article 6, les règles du procès équitable sont doublement soumises à une marge nationale d'appréciation. D'une part, les Etats gardent une autonomie dans la qualification des sanctions qu'ils édictent et, sous réserve du contrôle européen développé notamment à propos de la matière pénale (voir ci-

dessus), ils peuvent ainsi faire échapper certains contentieux aux dispositions de l'article 6. D'autre part, malgré les critiques d'une partie de la doctrine, il est possible à un Etat de déroger aux obligations de l'article 6 en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation. C'est la clause dérogatoire de l'article 15 sur laquelle les instances européennes exercent un certain contrôle mais reconnaissent que les autorités de l'Etat sont en principe les mieux placées pour apprécier l'ampleur des menaces concernant la vie de la nation<sup>(27)</sup>.

Enfin l'ensemble des droits et libertés des articles 8 à 11 (vie privée et familiale, liberté de pensée, liberté d'expression, liberté de réunion et d'association) ne sont protégés par la Convention que sous réserve de « restrictions nécessaires dans une société démocratique » pour lesquelles est expressément reconnue une marge nationale d'appréciation, d'ailleurs variable selon le but invoqué par l'Etat à l'appui de la mesure restrictive<sup>(28)</sup>.

En définitive, le choix d'une règle précise (prédétermination forte et processus de subordination) ou d'un principe directeur (prédétermination faible et processus de coordination) paraît correspondre à la volonté d'imposer un degré d'intégration plus élevé quand il y va de valeurs considérées comme essentielles. Mais cette dualité n'est acceptable que si le recours, même partiel, à des principes directeurs ne livre pas les justiciables à l'arbitraire des juges. Autrement dit si l'interprétation peut être rigoureuse sur le fondement d'un concept imprécis. C'est la question de la « codétermination ».

**3.2. La «codétermination»** renvoie à l'idée que le récepteur chargé d'appliquer la norme a lui aussi, par l'interprétation, un pouvoir d'engendrement du droit.

Selon la conception traditionnelle, ce pouvoir est extrêmement limité (codétermination faible) car l'interprétation doit obéir aux principes de la logique classique (principes d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu).

Pour que ces principes soient respectés, il faut cependant que les concepts et catégories juridiques soient définis de façon précise et assemblés en ensembles de règles cohérents. Alors seulement le jugement peut prendre la forme du syllogisme classique : la règle de droit en est la majeure, la constatation des faits la mineure, et la décision elle-même constitue la conclusion.

(27) Voy. G. Soulier *in Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989.

(28) Voy. F. Ost *in Raisonner la Raison d'Etat*, précité.

Dans le cas contraire, l'interprétation devient-elle arbitraire ? C'est ici qu'il faut aborder de front la difficulté, inhérente comme on l'a vu aux systèmes européens de normes, des concepts imprécis.

Ainsi le concept de « matière pénale », tel que l'ont dégagé les instances européennes de protection des droits de l'homme à partir de la Convention européenne de sauvegarde est imprécis par nature (et non pour des raisons sémantiques tenant à l'imprécision du langage). En effet, s'il a été posé à partir de la catégorie précise de droit pénal (« est pénal ce qui est qualifié tel par le législateur »), c'est en englobant aussi certains aspects du droit administratif et du droit disciplinaire. De ce fait, il est impossible d'interpréter ce concept selon la logique classique c'est-à-dire en respectant les principes de non-contradiction et du tiers exclu, car ces principes sont à l'évidence écartés. En effet, selon le raisonnement des instances de Strasbourg, une sanction non pénale en droit interne est parfois considérée comme suffisamment proche de la catégorie « pénale » pour être, non pas exclue de l'ensemble pénal, mais assimilée à celui-ci.

En revanche, le raisonnement peut se construire selon une autre logique, en particulier selon la logique de gradation décrite sous le nom de logique du « flou ». Ce terme un peu provocateur (traduction du terme anglais *fuzzy*) désigne en réalité un raisonnement qui suppose des conditions très rigoureuses.

Dans un travail d'équipe<sup>(29)</sup>, nous avons mis au jour ces conditions à propos de la « matière pénale » et nous travaillons à présent à les mettre au jour à propos des « restrictions nécessaires dans une société démocratique ».

Le raisonnement se développe en trois temps. Dans un premier temps, le concept imprécis (en l'espèce la « matière pénale », ou la « société démocratique ») doit être rattaché à une **notion de référence spécifiable** (en l'espèce la tradition pénale européenne, spécifiée à partir des trois critères de la technique juridique interne, de la nature de l'infraction et de la sévérité de la sanction ou la conception européenne de l'Etat de droit dont nous travaillons actuellement à rendre explicites les critères). Alors seulement, il est possible, dans un deuxième temps, de procéder à l'évaluation (implicite mais visible) d'un **degré de proximité** par rapport à cette notion. Reste enfin à établir dans un troisième temps un **seuil de compatibilité** à partir duquel la proximité sera jugée suffisante pour qu'il y ait « matière pénale » ou « société démocratique ». On notera au passage que ce seuil - qui commande la décision - est par nature « indécidable », car il est fixé arbitrairement plus ou moins haut. Mais on oublie parfois qu'est « indécidable » aussi, en logique classique, le postulat sur lequel se fonde la majeure du syllogisme (est « pénal » ce que le législateur a qualifié tel).

(29) RSC 1987, 819. Voy. aussi M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, « Politique criminelle et droits de l'homme, vers une logique floue », *Rev. interdisciplinaire études juridiques*, Bruxelles, 1990, pp. 25 et ss.

La logique du flou n'est donc pas plus arbitraire que la logique classique mais elle l'est à un moment différent et au profit d'une autorité différente : l'émetteur de la norme dans le cas de la logique classique, le récepteur avec la logique du flou (arbitraire de la prédétermination dans le premier cas, camouflé par le mythe du législateur infaillible, arbitraire plus visible de la codétermination avec la logique du flou qui donne ouvertement plus de pouvoir au juge). Dans un cas comme dans l'autre, la rigueur impose de ne pas modifier le postulat d'origine, ou faire varier le seuil de compatibilité, sans une motivation explicite.

Cela posé, à l'issue du raisonnement, la décision sera toujours binaire (conforme ou non conforme en logique classique, compatible ou non, en logique du flou). Mais la différence entre les deux logiques tient au contenu de la « vérité juridique » qui résulte de cette décision : vérité à contenu unique de la logique classique, vérité à contenu multiple avec la logique du flou. C'est aussi la différence qui sépare règles et principes directeurs. D'un côté, une même règle « ne peut engendrer deux solutions différentes; elle ne peut donner lieu qu'à une solution, plus précisément à des solutions de contenu identique »<sup>(30)</sup>.

En revanche, avec les principes directeurs, un même principe peut donner lieu à des solutions de contenu variable. Ainsi peuvent être qualifiées de « matière pénale » des sanctions correspondant à des situations tout à fait différentes : d'un côté une sanction administrative pécuniaire d'un faible montant (c'est la nature de l'infraction, et non la sévérité de la sanction, qui aura emporté la décision); de l'autre une sanction disciplinaire qui relèvera de la « matière pénale » en raison du critère de la sanction, car il s'agit d'une mesure privative de liberté d'une certaine durée, alors que le critère de la nature de l'infraction paraît moins déterminant car l'infraction concerne seulement un ensemble circonscrit de personnes rassemblées à l'armée (discipline militaire) ou dans une prison (discipline pénitentiaire).

Cette vérité plurielle est peut-être la condition du raisonnement juridique dans un monde pluraliste, c'est-à-dire dans un monde où la légitimité de la norme s'inscrit dans un code culturel hétérogène.

La référence à ce code culturel, c'est-à-dire à « l'ensemble des valeurs, des principes et des croyances » auxquels adhèrent l'émetteur et le récepteur des normes<sup>(31)</sup>, se rattache au dernier thème, celui de la « surdétermination ».

---

(30) M. Melchior, « Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Wiarda*. Carl Heymans Verlag, 1989, pp. 411 et s.

(31) G. Timsit précité.

3.3. La «surdétermination» sera à peine esquissée en guise de conclusion. Pour qu'un système de normes soit parfaitement intégré, il faut qu'il soit surdéterminé par un code de valeurs, implicite mais homogène. Cette homogénéité est variable, même en droit interne; mais à l'échelle européenne, l'hétérogénéité tient aux structures elles-mêmes (l'Europe des marchands où prédominent les contraintes économiques, l'Europe des droits de l'homme avec ses contraintes éthiques). De plus, dans l'interprétation de la Convention, les instances de Strasbourg font de l'hétérogénéité un principe juridique car, parmi les critères de l'Etat de droit figurent «le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique»<sup>(32)</sup>.

C'est dire qu'une surdétermination excessive, parce qu'elle imposerait un code culturel trop homogène, pourrait être jugée contraire à l'esprit démocratique.

Déclin du droit ? Ou promotion dans le «laboratoire européen» d'un droit de type nouveau, affranchi de son identification à l'Etat ? Le débat reste ouvert.

Mireille DELMAS-MARTY  
Professeur à l'Université de Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)

---

(32) Arrêts *Handyside c. le Royaume-Uni*, 26 avril 1979, *Lingens c. l'Autriche*, 8 juillet 1986.

