

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LA P É N A L I S A T I O N

N ° 1 2 8

S O M M A I R E

JEAN-MARIE COULON	
Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes	5
EMMANUEL BARBE	
La pénalisation à l'étranger	13
DANIEL SOULEZ LARIVIÈRE	
De la victimisation et de nombreuses autres causes	27
THIERRY LÉVY	
Y a-t-il encore une place pour la responsabilité pénale ?	43
DIDIER REBUT	
Justice pénale et justice civile	
Évolution, instrumentalisation, effets pervers...	49
EMMANUEL ROSENFELD ET JEAN VEIL	
Sanctions administratives, sanctions pénales	61
COLINE CARDI	
Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes	75
YVES CHAPUT	
La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs	87
JACQUES-HENRI ROBERT	
La politique pénale : ressorts et évolution	103

HUGUES PORTELLI La pénalisation de la vie politique	113
--	-----

PIERRE TRUCHE La pénalisation à l'épreuve du temps, des décisions judiciaires et politiques	121
---	-----

CHRONIQUES

FRANÇOIS BRIATTE L'élection du 4 novembre 2008 et la marge de manœuvre du nouveau président américain	131
---	-----

REPÈRES ÉTRANGERS

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT (1 ^{er} juillet – 30 septembre 2008)	137
--	-----

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL (1 ^{er} juillet – 30 septembre 2008)	151
---	-----

SUMMARIES	183
-----------	-----

LA PÉNALISATION EST ÉTUDIÉE PAR

EMMANUEL BARBE, magistrat, a été juge d'instruction, conseiller à la représentation permanente de la France à Bruxelles, magistrat de liaison de la France en Italie et chef du Service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice. Auteur de nombreux articles, il a notamment publié *Justice et Affaires intérieures dans l'Union européenne* (La Documentation française, 2002) et *L'Espace judiciaire européen* (La Documentation française, 2007).

COLINE CARDI, sociologue, est membre du Centre de sociologie des pratiques et représentations politiques (CSPRP) de l'université Paris VII. Elle a participé à de nombreuses recherches collectives et vient de soutenir sa thèse sur la déviance des femmes, analysée à travers la prison, la justice et le travail social.

YVES CHAPUT, agrégé des facultés de droit, est professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) où il dirige le Laboratoire de droit économique comparé. Il est directeur du Groupement de recherche en droit économique francophone (CNRs), directeur scientifique du Centre de recherche en droit des affaires (CREDA) de la CCIP et dirige la collection de droit des affaires (LITEC) et de droit économique (Publications de la Sorbonne). Il a été membre du groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires.

JEAN-MARIE COULON, Premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, a présidé le groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires. Il a publié, en collaboration avec Daniel Soulez Larivière, *La Justice à l'épreuve* (Odile Jacob, 2002).

THIERRY LÉVY, diplômé d'études supérieures de philosophie et de l'Institut d'études politiques, licencié en droit, est inscrit au barreau de Paris depuis 1969. Il a publié deux romans ainsi que plusieurs essais, parmi lesquels *Le Désir de punir* (Fayard, 1979), *Le Crime en toute humanité* (Grasset, 1984), *Éloge de la barbarie judiciaire* (Odile Jacob, 2004) et *Lévy oblige* (Grasset, 2008).

HUGUES PORTELLI, professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas).

DIDIER REBUT, professeur à l'université Panthéon-Assas, ancien membre du groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires (2007-2008).

JACQUES-HENRI ROBERT, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas.

EMMANUEL ROSENFELD, ancien élève de l'École normale supérieure, avocat depuis 1984, est passé par plusieurs cabinets américains puis a rejoint Veil Jourde en 2007. Il se consacre au droit des affaires et aux contentieux transfrontaliers.

DANIEL SOULEZ LARIVIÈRE, avocat, ancien membre du Conseil de l'ordre, ancien membre du comité consultatif pour la révision de la Constitution (commission Vedel, 1993) et de la commission Avril de réflexion sur le statut pénal du président de la République (2003). Dernier ouvrage paru : *Le Temps des victimes* (avec Caroline Éliacheff, Albin Michel, 2007).

PIERRE TRUCHE, magistrat, a terminé sa carrière en 1999 comme Premier président honoraire de la Cour de cassation. Il a ensuite présidé la Commission nationale consultative des droits de l'homme, puis la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Comme président ou membre, il a participé à plusieurs commissions en France ou pour le Conseil de l'Europe. Il a publié *L'Anarchiste et son juge* (Fayard, 1994) et *Juger, être jugé* (Fayard, 2001).

JEAN VEIL, avocat depuis 1972, a fondé le cabinet Veil Jourde en 1982. Spécialisé en droit des affaires, il a également développé une pratique significative en matière de sanctions devant les juridictions pénales et les autorités administratives spécialisées.

LES NOUVEAUX CHAMPS DE PÉNALISATION, EXCÈS ET LACUNES

La plupart des dictionnaires ignorent le mot « dépenalisation ». Le discours public cependant s'en est emparé depuis longtemps, cédant le plus souvent à la passion, aux affirmations péremptoires et aux seules imprécations pour remèdes. S'il est un domaine où le ton du pamphlet devrait être écarté, c'est bien naturellement celui de la vie des affaires et donc de l'économie. La moralisation de la vie des affaires doit irriguer l'économie et non la paralyser.

C'est un problème de société constant que la démocratie française d'émotion impulsive accentue. Notre culture pénale, édifiée au rang d'une haute valeur, permet difficilement une juste expression de la règle juridique. La pénalisation et la dépenalisation renvoient le plus souvent à la judiciarisation et à la déjudiciarisation. Tous les autres moyens de régulation sociale ont fait défaut et l'image de la justice s'est brouillée, car on lui demande de jouer tous les rôles avec des repères incertains.

La problématique du droit pénal des affaires est équivoque alors que les enjeux contemporains de ce droit ont renforcé son actualité et la nécessité d'une réponse appropriée. L'encadrement de la vie pénale des affaires, c'est l'histoire d'un paradoxe qui gouverne nos soubresauts législatifs et judiciaires, une absence de cohérence globale.

Le discours public préconise une forte dépenalisation législative et judiciaire, et soutient que le tout judiciaire pénal est source de paralysie de l'activité économique. Mais la réalité est bien différente. Tout texte nouveau comprend son volet pénal; la jurisprudence est le plus souvent irriguée dans son appréhension des normes par une interprétation extensive; la justice pénale dans son quotidien du droit des affaires est

fréquemment instrumentalisée en raison de la recherche d'une personnalisation systématique de la responsabilité.

Les excès de la pénalisation se confondent avec ses lacunes. Une pénalisation excessive, où le tout judiciaire pénal l'emporte, ne permet pas l'édification d'une pénalisation où le droit retrouverait tout son sens d'une valeur véritable.

Sans doute est-il préférable de s'en tenir au contenu d'une dépenalisation à venir si l'on veut bien s'attacher à ses enjeux contemporains. Le droit pénal des affaires d'aujourd'hui a montré ses impasses, ses excès et ses imperfections. Son lien avec une morale de la discussion a provoqué les dérèglements d'un droit, selon l'expression fulgurante du doyen Jean Carbonnier.

6 Les avancées d'un droit pénal des affaires moderne et en mouvement ne doivent pas flotter dans le sens du vent. Elles doivent intégrer l'idée directrice qu'est la recherche constante d'équilibre des mesures proposées avec le triple souci d'une sécurité juridique renforcée, d'une confiance légitime dans la norme et les institutions chargées de la créer ou de l'appliquer, et enfin d'une symbiose avec les normes européennes.

C'est dans cet esprit que le groupe de travail mis en place par le garde des Sceaux en octobre 2007 a réfléchi et formulé dans son rapport, achevé en février 2008, trente propositions¹.

Notre réflexion portera sur certains points essentiels de ce rapport. Un projet de loi est certes en préparation qui devrait ouvrir de nouveaux horizons mais insuffisamment finalisés pour en évoquer dans cette étude les traits importants. La reconfiguration du champ pénal a consisté également à déterminer les infractions dépenalisables, c'est-à-dire à supprimer des infractions, à limiter le périmètre des incriminations ou à réduire les pénalités encourues, le tout avec, le plus souvent, des mécanismes de substitution de nature civile comme, par exemple, des injonctions de faire accompagnées d'une astreinte.

Cette reconfiguration du champ pénal s'inscrit dans le mouvement amorcé par les lois NRE du 15 mai 2001, du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur la sécurité économique, et des ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises.

Mais la correction des imperfections de la pénalisation implique un champ pénal ordonné et, parallèlement, un champ civil attractif. C'est

1. « La dépenalisation de la vie des affaires », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008.

l'équilibre de deux notions à la recherche de leur effectivité qui est la clef d'une dépenalisation réussie et reconnue.

UN CHAMP PÉNAL ORDONNÉ

Il convient d'aborder le périmètre de certaines libertés économiques fondamentales et de certaines valeurs sociales non moins fondamentales pour ordonner le champ pénal.

Le droit pénal ne doit pas, en droit des affaires, être un droit subsidiaire, un droit attrape-tout. La libre concurrence, la liberté d'entreprendre, l'exercice même de l'activité économique ne peuvent que s'épanouir dans un contexte de régulation naturelle sans toutefois mettre en danger des valeurs comme la transparence, l'égalité ou la loyauté : la voie pénale consiste à réprimer efficacement les comportements les plus graves. Cette voie permettra de retrouver ainsi une hiérarchie des infractions, des quanta des peines d'emprisonnement et naturellement des poursuites. Deux exemples, même si bien d'autres seraient susceptibles d'être retenus, illustrent cette nécessité de l'ordonnancement du champ pénal, soit la limitation du cumul des instruments répressifs et la recherche d'un régime unifié des prescriptions de l'action publique.

7

La limitation du cumul des instruments répressifs

C'est un point essentiel du rapport du groupe de travail qui a trait à cette limitation du cumul des sanctions pénales et administratives. Nous nous attacherons aux propositions qui tendent à éviter le cumul des sanctions pénales et des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Le débat public sur ce sujet est vif et n'est pas exempt d'affirmations tranchantes et de pétitions de principe.

Quels sont les points essentiels en avant par le rapport ? L'idée directrice est de mieux coordonner les procédures pénales et administratives, et d'assurer, si l'infraction est évidente, l'immédiateté de la prédominance pénale. C'est la voie choisie, selon des procédures appropriées, par nos voisins européens. Elle concerne essentiellement une délinquance de personnes physiques à la recherche d'un enrichissement personnel, avec des comportements qui constituent à la fois un manquement et une infraction. Il s'agit dès lors de concilier impartialité – compte tenu des critiques justifiées adressées à la commission des sanctions de l'AMF –, célérité et compétence de la justice pénale – compte tenu des critiques non moins justifiées qui sont adressées à cette dernière.

C'est pour ces raisons qu'est préconisée l'obligation d'une dénonciation

« au plus vite » par l'AMF au ministère public des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale sans attendre la notification de griefs. L'enquête serait conduite en parallèle par les deux institutions avec des échanges d'informations, dans la perspective d'équipes communes sous l'autorité du procureur qui, selon la nature des faits, saisirait l'AMF ou la juridiction. Dans cette hypothèse l'AMF serait tenue de surseoir à l'engagement de sanctions pour éviter un éventuel cumul. Ce processus trouverait son prolongement naturel, pour la préservation des droits d'une victime potentielle, dans une action civile uniquement par voie d'intervention. Elle aurait la faculté de disposer d'un droit d'accès à l'enquête de l'AMF lui permettant d'avoir des éléments de preuve pour saisir la juridiction civile. Est enfin proposé un système d'échevinage généralisé puisque la juridiction spécialisée comprendrait deux assesseurs nommés par décision conjointe des ministres de la Justice et des Finances. La chambre civile de la cour d'appel de Paris qui statue sur les appels des sanctions prononcées par l'AMF bénéficierait également de ce système.

La globalité de la réforme proposée tend donc au rapprochement de deux institutions qui ne peuvent ni suivre des voies parallèles, ni exiger que l'autre soit son miroir connivent. Personne ne peut contester le soin qu'a toujours porté l'AMF à la surveillance de la bonne tenue des marchés. La réforme proposée vise au contraire à donner les moyens à l'institution judiciaire de jouer son rôle premier quand un comportement frauduleux relève de l'évidence. Il s'agit de préserver le noyau dur du droit pénal des affaires. Est ainsi souhaitée une pénalité plus forte du délit d'initié, soit trois ans d'emprisonnement au lieu de deux actuellement. Dès lors, face à cette lacune, il s'agit non pas de dépénaliser mais de mieux pénaliser.

Cette meilleure appréhension du temps pénal par l'institution judiciaire est une valeur essentielle même si elle est trop souvent un alibi à une action débridée ou à l'inaction pure et simple. C'est ce que l'on peut constater à l'examen du régime actuel de la prescription des délits financiers, lequel mérite une réforme globale.

Vers une réforme des régimes de la prescription de l'action publique

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la prescription tend à favoriser l'oubli. Le temps passé le justifie car la sécurité juridique et le trouble à l'ordre public s'estompent.

Le désaccord apparaît sur les remèdes. Le droit pénal financier a consacré

au fil du temps une interprétation extensive par la jurisprudence des notions de découverte, de dissimulation, de présentation des comptes. L'abus de confiance et l'abus de biens sociaux sont ainsi devenus, dans un souci louable de préservation de l'ordre public, des infractions virtuellement imprescriptibles alors que la loi persistait à retenir la commission des faits comme point de départ.

La question est délicate à tous égards. Les multiples réformes envisagées ont sans doute échoué car il s'agissait de proposer une réponse partielle en officialisant la jurisprudence sur l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux. Or l'on constate que cette solution n'est pas retenue par les grandes démocraties européennes et qu'elle consacrerait en outre une inégalité contestable des citoyens devant la loi.

C'est donc le régime général des prescriptions qui est en cause avec un système objectif de référence afin de clarifier, de simplifier et donc de mieux sécuriser les règles. Les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Espagne et la Suisse ont adopté un tel système qui consiste à arrêter des délais en fonction de la pénalité encourue.

Encore faut-il que les délais soient suffisamment longs pour justifier une fixation du point de départ de la prescription correspondant à la date des faits. Ces délais – soit quinze ans pour les crimes, sept ans si le délit est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement ou plus et cinq ans si la peine est inférieure à trois ans – se situent dans la moyenne des pays européens et pourraient être reconnus comme le socle d'un droit commun des prescriptions irrigué par les principes de proportionnalité, de lisibilité et de clarté. La justice serait à la hauteur des valeurs que sont la sécurité juridique et la confiance des citoyens, son versant subjectif dans l'institution. La régulation économique se trouverait renforcée. Encore faut-il promouvoir l'attractivité de la justice civile.

UN CHAMP CIVIL ATTRACTIF

Il convient de recentrer la justice pénale financière, laquelle doit occuper un espace moins large mais être plus rapide et plus efficace. Pour ce faire, il convient d'adopter des mesures de nature ou à effet civil opérantes qui corrigeront « un excès pénal » ou se substitueront à un processus pénal classique largement vain car sans portée réelle. Notre droit ne cultive-t-il pas une pénalisation excessive essentiellement par l'usage de certaines règles procédurales ? La culture pénale est fondamentalement de nature procédurale même si la victime est souvent la première à en subir les méfaits. Cette valeur enracinée dans les esprits peut-elle laisser place à

une réponse juridique dont le but est de limiter l'instrumentalisation de la justice pénale et de développer en contrepartie une justice civile attractive pour la régulation économique ? C'est, à n'en pas douter, la différence de coût entre une action civile que les parties doivent supporter et une action pénale peu onéreuse qui incite les parties à saisir le juge pénal. Nous retiendrons deux exemples qui font débat. Ils tendent certes à limiter l'instrumentalisation de la justice pénale créée par un usage abusif de la plainte avec constitution de partie civile, mais aussi à promouvoir à travers l'action de groupe, en droit de la consommation, un mécanisme de substitution à la voie pénale efficace en raison de la facilité de son accès et de l'intérêt économique qu'il présente. Il s'agit de corriger un excès et de combler des lacunes.

10 *L'instrumentalisation de la justice pénale
et la constitution de partie civile*

La plainte avec constitution de partie civile est une liberté absolue. Elle sert à corriger l'inaction réelle ou supposée du ministère public. Son exercice en droit pénal financier s'apparente à une privatisation de la justice. Ses dérives sont bien connues : déstabilisation d'un adversaire dans le cadre d'une négociation, frein au déroulement d'un procès civil, social ou commercial, refus d'exposer les frais qu'implique un procès civil... Les statistiques en la matière sont explicites lorsque l'on compare le nombre d'ordonnances de non-lieu rendues par les juges d'instruction par rapport à celui des dépôts de plaintes. Le doyen Jean Carbonnier a souvent souligné cette objection fondamentale qui est de voir un ministère public de droit privé se substituer à un ministère public de droit public.

Le législateur est conscient du problème mais reste timide pour le résoudre. La dernière réforme est la loi du 5 mars 2007 qui a imposé, avec un délai de trois mois pour la réponse, une plainte préalable devant le procureur comme condition de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile. De nouvelles orientations ont été retenues par le groupe de travail : extension du délai de trois mois à six mois, motivation des classements sans suite par le ministère public, production pour les personnes morales des pièces justificatives statutaires et comptables accompagnant la plainte pour fixer la consignation, conversion automatique en amende civile de la consignation en cas d'ordonnance de non-lieu, sauf décision contraire du juge.

Ce sont certes des mécanismes de pure technique procédurale, mais ils

tendent pour le moins à limiter l'instrumentalisation d'une justice pénale souvent qualifiée de virtuelle. Ces mécanismes seront encore plus effectifs s'ils sont accompagnés de mesures de nature civile efficaces. L'action de groupe est ainsi analysée comme un corollaire à la dépénalisation du droit de la consommation. La réduction du coût de la justice civile est naturellement un but plus large à mener. Elle implique de poursuivre le mouvement d'amélioration des frais de justice en posant le postulat du remboursement des parties en fonction des sommes réellement dépensées. C'est une dépénalisation par une incitation économique forte pour les parties.

L'action de groupe tend, quant à elle, à une effectivité à caractère collectif de la dépénalisation.

L'effectivité de la dépénalisation et l'action de groupe

11

Il s'agit là d'un sujet qui fait l'objet d'un débat passionné en France depuis une vingtaine d'années. Colloques, rapports de commissions, propositions de lois se succèdent. Le recours collectif des consommateurs, inspiré des *class actions*² américaines et des propositions de la Commission européenne, serait un droit intangible pour le consommateur lésé mais une institution susceptible d'entraîner des conséquences économiques imprévisibles pour les entreprises. Leur compétitivité serait menacée et les répercussions économiques, notamment sur les assurances et sur les prix, inéluctables. La réponse est dans la mesure et l'équilibre des intérêts légitimes des uns et des autres. Le processus de l'action de groupe doit assurer une protection judiciaire efficace au consommateur lésé afin de compenser la gratuité d'une procédure pénale sans portée réelle et de contrebalancer la limitation des constitutions de partie civile. L'action de groupe mutualise les frais de procédure.

Le groupe de travail a souhaité mettre en place un système équilibré et a formulé des propositions en ce sens. Participent à l'action de groupe tous les consommateurs qui ont choisi d'engager une procédure. Est rejetée la thèse extrême qui veut que tous les consommateurs situés dans une même position sont présumés inclus dans l'action. Les autres conditions posées sont connues : associations agréées, juridictions spécialisées, décision sur la responsabilité du professionnel, modalités de la demande d'indemnisation, homologation des transactions... Le point

2. Recours entrepris pour le compte de personnes identifiées ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune.

majeur consisterait à fermer pour le consommateur la voie pénale jusqu'à l'extinction de l'action civile. C'est l'affirmation claire du principe *electa una via*, garant de l'articulation des voies civiles et pénales.

Le débat reste ouvert. La loi du 18 janvier 1992 a créé une action en représentation conjointe. Elle ne se révéla pas un succès, car elle prévoyait un mandat entre le consommateur et l'association avec le risque de la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle en cas d'échec.

Le succès de l'action de groupe réside dans sa souplesse procédurale, dans le champ limité du droit de la consommation dans un premier temps. Son caractère expérimental devrait permettre en cas de succès une extension à d'autres secteurs du droit et de l'économie. Encore faut-il que les différents protagonistes analysent l'action de groupe non plus comme une contrainte insupportable, mais comme une vertu tant sur le plan économique que sur le plan social.

12

Le droit obéit le plus souvent à l'idéologie ambiante, laquelle est nourrie de mouvements contradictoires. Le droit pénal des affaires est à la recherche de valeurs qui contribuent à libérer l'économie de carcans inutiles, à réprimer sévèrement les comportements frauduleux et à protéger ceux qui font confiance à l'entreprise ou qui la servent quotidiennement à tous ses échelons. C'est donc essentiellement une évolution culturelle qui est en cause. C'est pour toutes ces raisons que figure en exergue du rapport du groupe de travail cette phrase de Paul Ricœur : « Les valeurs ne sont pas des essences éternelles. »

R É S U M É

La pénalisation de la vie des affaires pèche par ses excès et ses lacunes. Cet article s'inspire du rapport remis au garde des Sceaux en février 2008 et s'attache à analyser certains thèmes qui font débat : cumul des sanctions pénales et administratives, prescription, instrumentalisation de la justice pénale, action de groupe.

LA PÉNALISATION À L'ÉTRANGER ¹

Depuis de nombreuses années, des voix se sont élevées en France pour souligner l'excessive pénalisation de la vie sociale, en particulier dans les champs économique ou politique. On se rappellera par exemple les positions exprimées à plusieurs reprises par le procureur général de Paris, Jean-François Burgelin, notamment à l'occasion du procès du sang contaminé, en 1993². En décembre dernier, le président de la République exprimait, dans son discours devant la Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME), sa volonté de mettre fin à une excessive pénalisation de la vie des affaires et annonçait la création d'une commission sur la dépénalisation du droit des affaires.

13

L'objet du présent article est donc de rechercher si un semblable mouvement de pénalisation de la vie sociale peut être constaté à l'étranger. Il nous a cependant semblé intéressant de mettre en évidence un autre phénomène, la pénalisation résultant de l'activité normative internationale.

1. Les idées ou opinions exprimées dans ce travail de nature scientifique n'engagent que leur auteur. Ce dernier tient à remercier Fabienne Schaller et Cyril Lacombe pour leur aide précieuse et attentive. Les documents cités en note de bas de page, si libres de droit, sont accessibles sur le site www.ue.espacejudiciaire.net, sous l'onglet « publications ».

2. Franck Nouchi, « Sang contaminé : le parquet déplore la "pénalisation" de la vie publique », *Le Monde*, 13 mars 1997 ; Pierre Bézard, Jean-François Burgelin, Philippe Courroye et Jean-Michel Darrois, « Excessive pénalisation », *Le Monde*, 2 octobre 2003.

LA PÉNALISATION À L'ÉTRANGER

Quel étranger ?

Le phénomène de pénalisation impose, c'est une évidence, qu'il soit possible, dans le système juridique d'un pays, de distinguer entre domaine pénal et domaine non pénal³. C'est globalement le cas pour les démocraties. Dans les pays totalitaires, le problème de la pénalisation ou de la dépénalisation ne se pose pas, puisque toute activité sociale relève potentiellement du champ pénal. Ainsi, l'article 58 du Code pénal de l'URSS permettait une totale pénalisation de la vie sociale à travers le concept non défini d'« activité contre-révolutionnaire ». Les ravages liés à une telle disposition, punissable par la peine de mort, ont été parfaitement décrits⁴. Dans le sens inverse, on relèvera qu'une partie substantielle de la longue négociation d'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce a porté sur la révision de son organisation juridique, et notamment pénale, afin de conférer au système chinois, sinon les caractéristiques complètes d'une démocratie, du moins la sécurité juridique nécessaire à l'investissement⁵.

La question de la pénalisation ne peut donc s'envisager que dans des pays démocratiques ou en voie de l'être. Nous avons limité le champ de nos observations à ces pays.

Le droit comparé, science inexacte

Le recours au droit comparé exige toujours la plus grande prudence. L'étude parcellaire d'un système juridique peut souvent conduire à de graves erreurs d'analyse : un système est un tout, et nombreux sont les éléments qui lui donnent son équilibre ou plus exactement son centre de gravité. L'étude de la loi sans la jurisprudence peut constituer une première et évidente source d'erreurs. Mais c'est surtout l'analyse séparée d'un aspect d'un système qui est risquée : ainsi, considérer pour un fait donné l'existence d'une incrimination ou la sévérité de la peine sans examiner attentivement le fonctionnement du droit pénal général (prescription, régime des peines et de leur exécution) risque de faire naître une perception totalement faussée de la réalité répressive d'un pays. On lira

3. Cette distinction, quand elle existe, peut varier d'un pays à l'autre (voir *infra*).

4. Voir Collectif, *Le Livre noir du communisme. Crimes, terreur, répression*, Robert Laffont, 1997.

5. La Chine y a adhéré le 11 décembre 2001, après quinze années de négociation.

à cet égard la très intéressante analyse du parquet de Milan – contenue dans un recours préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁶ – sur la répression du faux bilan en Italie suite aux réformes intervenues en 2002. Elle montre comment la répression effective de cette infraction est rendue impossible par un mécanisme de prescription aboutissant *de facto* à une dépénalisation.

À ces difficultés s'ajoute la nature particulière d'un thème comme la « pénalisation ». Il ne s'agit pas de donner une photographie d'un droit étranger à un instant *t*, mais d'en mesurer une évolution facilement subjective, qui plus est pour un domaine non délimité du droit d'un pays.

Face à un travail qui nécessiterait sans doute plusieurs années de recherches et l'aide de juristes des différents pays étudiés, il nous a semblé préférable d'examiner plutôt certaines caractéristiques qui, à l'étranger, ont un impact sur la tendance au recours au droit pénal comme mode de régulation de la vie sociale. Au demeurant, tout pays est capable d'avoir des exceptions au sein de ses propres tropismes et il serait hasardeux de déterminer de façon globale si un pays est sujet à un mouvement de pénalisation de sa vie sociale.

15

Nous avons identifié – il peut y en avoir d'autres – quelques grands critères qui peuvent conditionner le recours par une nation au droit pénal : le rapport du citoyen à l'État, la conception de la liberté d'expression ou des mœurs et enfin un droit civil mieux armé.

Le rapport à l'État

Plus que celle des grands systèmes juridiques (*Common Law*, droit romano-germanique), la véritable ligne de frontière qui sépare les États, en particulier de l'Union européenne, concernant leur perception du recours à la voie pénale semble bien être le degré de confiance accordé à l'État dans le rapport qu'il entretient avec le citoyen. Les pays ayant connu le totalitarisme dans leur histoire récente (Allemagne, Espagne, Italie, Portugal ainsi que l'ensemble des nouveaux États membres anciennement communistes) ont une approche globalement suspicieuse à l'égard de l'État, et donc à l'égard de l'instrument le plus caractéristique de la souveraineté, le droit pénal. Il est par exemple frappant de constater que, confrontés aux mêmes attentats dramatiques, Royaume-Uni et Espagne n'ont absolument pas la même réaction : le premier, patrie de l'*habeas corpus*, réfléchit à des durées de garde-à-vue de quarante-cinq jours alors

6. C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

que le second, après presque quatre décennies de franquisme, décide de ne pas changer d'un iota sa législation, estimant que la solution au terrorisme passe par le respect scrupuleux de l'État de droit.

Cette approche se retrouve techniquement dans plusieurs institutions.

Légalité ou opportunité des poursuites

Les pays ayant un rapport suspicieux à l'État se sont en général dotés d'un système de légalité des poursuites (Allemagne, Espagne, Portugal et Italie notamment). Le procureur de la République a l'obligation, parfois inscrite dans la Constitution, de poursuivre dès qu'il a connaissance d'une infraction. Cette obligation le protège de toute tentative de pression extérieure, en particulier du pouvoir exécutif. C'est le souvenir du rôle du ministère public dans les dictatures qui commande ce type de solution.

16

Un tel mécanisme va en général de pair avec une totale indépendance du ministère public. Il met globalement en échec toute conduite de politique pénale autre que celle établie par la loi. Ceci conduit le législateur, sauf événement ayant un impact émotionnel particulier sur l'opinion publique, à recourir avec modération à la loi pénale, soit en évitant d'incriminer pénalement, soit encore en définissant de façon particulièrement méticuleuse les infractions. En effet, la création d'une nouvelle infraction a potentiellement un impact dévastateur sur l'organisation judiciaire dès lors que le correctif de gestion (et de bon sens), que constitue l'opportunité des poursuites, ne peut fonctionner. Certes, devant les contentieux de masse, quelques dérivatifs existent au sein de la loi pénale : en Allemagne, la possibilité de classer les délits « de bagatelle »⁷ ; en Italie, le recours massif à la prescription⁸.

Ces pays auront tendance à utiliser d'autres instruments de régulation.

Ainsi, en Allemagne, le droit des affaires est marqué par le régime spécifique des contraventions (*Ordnungswidrigkeit*), sanctionnées par une amende administrative. Celles-ci répriment les infractions au règlement définies comme une action illicite et répréhensible consistant en un fait prévu par la loi. Ces infractions s'appliquent dans les secteurs comme le droit du travail, de la concurrence, de la consommation.

7. *Bagatellsachen*. Cette possibilité reste quoi qu'il en soit limitée.

8. L'Italie connaît un système de délais fixes de prescription. Près de 30 % des affaires pénales finissent par la prescription, ce qui correspond en définitive à un mode de gestion, évidemment peu satisfaisant, de l'action pénale.

En Espagne, où la décision d'incriminer est guidée par le principe d'intervention minimale du droit pénal, le législateur dispose d'une autre voie : le droit répressif administratif, très développé, qui offre un éventail important de possibilités. Le ministère de l'Économie et des Finances dispose ainsi de pouvoirs étendus lui permettant de prononcer des amendes élevées (par exemple en cas de défaut de dépôt des comptes annuels). La défiance vis-à-vis du recours au droit pénal ne signifie donc pas nécessairement perte d'efficacité et pourrait même paradoxalement représenter une certaine perte de garanties.

On peut retrouver une tendance identique dans des pays qui ne connaissent pas le principe de légalité des poursuites. C'est ainsi qu'aux Pays-Bas certains secteurs d'activités comme la concurrence ne sont régis par aucune disposition de nature pénale. L'amende administrative encourue est fonction du chiffre d'affaires mais reste liée à des dispositions de nature pénale. L'idée est de permettre une action dissuasive à l'égard des acteurs économiques, notamment par une amende administrative plus élevée que la pénale. Une loi votée en 2006 a d'ailleurs introduit « l'ordonnance pénale administrative ». La peine proposée par un organe administratif est validée par le ministère public avec possibilité d'appel devant le juge pénal. Environ 90 % des affaires se rapportant au domaine économique et financier font l'objet d'un traitement « administratif ». Dans les 10 % de cas pour lesquels l'action publique est privilégiée par le parquet, soit les affaires les plus graves, la majorité est traitée sous la forme d'une transaction.

17

Au Danemark, la répression des contraventions est laissée au soin d'une administration dotée de pouvoirs d'investigations similaires à ceux du parquet pour les infractions routières les moins graves (excès de vitesse ne dépassant pas un certain seuil, stationnement illégal ou impayé, défaut de feux de circulation, de ceinture, de priorité, etc.).

Néanmoins, si le contrevenant s'oppose à la sanction découlant de la procédure administrative, l'affaire est, dans la grande majorité des pays, directement renvoyée devant le juge pénal (Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, Italie, Luxembourg, Portugal, Suède, Royaume-Uni). Le recours au pénal est donc subsidiaire et finalement marginal.

Le contrôle en constitutionnalité par voie d'exception

Avec le nouvel article 61-1 de la Constitution, la France aura été le dernier État d'Europe à se doter d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

L'Allemagne, par exemple, dispose d'une Cour constitutionnelle

dont l'essentiel de l'activité depuis sa création a consisté à statuer sur les recours formés par tout citoyen s'estimant lésé par la puissance publique dans ses droits fondamentaux⁹. De fait, les remontrances adressées par la Cour au gouvernement sur la rédaction des lois, notamment à l'égard des droits fondamentaux, rendent celui-ci beaucoup plus circonspect dans l'utilisation du droit pénal. Si, pour des raisons historiques évidentes, la Cour de Karlsruhe joue un rôle si particulier, on peut penser que l'existence dans beaucoup de pays du recours constitutionnel par voie d'exception a certainement un effet similaire.

18

En Italie, même si la Cour constitutionnelle n'a pas exactement les mêmes attributions que la Cour allemande, de nombreuses dispositions du Code pénal ont été abrogées entièrement ou partiellement suite à des recours en constitutionnalité par voie d'exception. En effet, ces recours intervenant durant des procès, c'est-à-dire dans des cas où le ministère public a pu faire preuve de la plus grande créativité juridique pour utiliser à plein les textes d'incrimination, la casuistique soumise à la censure constitutionnelle s'en trouve très élargie. De fait, comme en Allemagne, la peur d'une censure constitutionnelle est très présente dans le processus législatif italien et a plus d'une fois dissuadé le législateur d'un recours large au droit pénal que l'émotion de telle ou telle affaire aurait pourtant stimulé.

Liberté d'expression et liberté des mœurs

La liberté d'expression constitue une autre ligne de fracture de la pénalisation entre les pays démocratiques. Un certain nombre de pays du Nord de l'Europe (Royaume-Uni, Irlande, pays scandinaves) en ont une conception que nous qualifierions en France d'absolutiste. Elle les rend extrêmement réticents à toute sanction pénale relative à ce que l'on considérerait ailleurs comme un abus de liberté d'expression : négationnisme, incitation à la haine raciale ou au terrorisme, etc. On mentionnera en particulier le Danemark, et l'épisode des caricatures de Mahomet ; dans ce même pays, plusieurs chaînes de télévision liées au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), pourtant inscrit sur la liste des organisations terroristes de l'Union européenne, peuvent émettre sans difficultés particulières alors qu'elles ne le pourraient pas dans une majorité de pays de l'Union européenne. Les discussions conduites à Bruxelles à propos de la « décision-cadre sur la lutte contre certaines

9. Art. 93, al. 4a de la loi fondamentale allemande. Depuis 1951, 163 347 requêtes ont été examinées, soit environ 97 % de l'activité de la Cour.

formes et manifestations de racisme et xénophobie au moyen du droit pénal» sont à cet égard éclairantes. Le texte finalement adopté par le Conseil des ministres en avril 2007¹⁰ souligne ce clivage à travers, d'une part, une forte limitation de l'obligation d'incriminer les comportements racistes ou xénophobes ou le négationnisme¹¹, d'autre part, des clauses de sauvegarde sur les règles constitutionnelles et les principes fondamentaux qui pourraient, par la généralité de leur rédaction, miner le travail de rapprochement.

Un droit civil mieux armé

L'un des motifs de pénalisation de la vie sociale a parfois été, en France, non pas une volonté marquée de sanctionner pénalement un comportement, mais bien de faciliter, grâce à l'enquête pénale, le recueil de la preuve. Les constitutions de partie civile¹² dans les tribunaux français ont souvent cet objectif.

19

Or certaines institutions étrangères civiles et non plus administratives permettent d'apporter au moins sur ce point une réponse évitant, au principal, le recours au droit pénal.

La procédure de *discovery* (aux États-Unis, en Angleterre et au Pays de Galles) a pour objet, dans la phase préalable à l'audience civile, de favoriser le recueil de tous les documents pertinents. Elle permet au juge civil, en cas de non-communication volontaire par les parties, d'ordonner la remise des pièces et l'accès aux documents utiles. Si l'ordre n'est pas exécuté par son destinataire, ce dernier commet un *contempt of court* (comparable à l'outrage à magistrat) passible d'un emprisonnement de courte durée. L'intérêt de cette procédure est d'octroyer indirectement au juge civil des moyens d'investigation coercitifs et, par conséquent, de limiter l'instrumentalisation de la justice pénale, voire le recours au droit pénal comme mode de régulation.

Les actions collectives qui existent dans certains pays (États-Unis, Canada, Angleterre et Pays de Galles, Allemagne) permettent de doter les justiciables de prérogatives judiciaires renforcées dans des domaines comme le droit de la consommation, de la concurrence ou boursier. Aux États-Unis, la *class action*, instrument de procédure civile désormais bien connu en Europe, voire mis en œuvre par certains pays, permet à

10. Registre du Conseil 16771/07.

11. Art. 1, al. 2.

12. Procédure à travers laquelle la personne qui se prétend lésée par une infraction pénale peut demander qu'une instruction soit conduite, moyennant cautionnement.

plusieurs personnes, membres d'un groupe de victimes, d'engager sous certaines conditions des poursuites civiles au nom de l'ensemble des personnes lésées. Ces actions ont un caractère dissuasif incontestable, ce qui est en principe une fonction attribuée à la sanction pénale. En effet, le juge peut octroyer des dommages-intérêts punitifs (outre les compensatoires) visant à sanctionner le défendeur pour sa conduite. Au Canada, l'État du Québec connaît une procédure similaire sous l'appellation de « recours collectif ». L'Angleterre et le Pays de Galles disposent également de ce type de procédure.

LA PÉNALISATION IMPOSÉE PAR LA PRODUCTION NORMATIVE INTERNATIONALE

- 20 Il convient de distinguer la production de la communauté internationale et celle, beaucoup plus complexe, de l'Union européenne.

La pénalisation par le droit international public

Depuis le début du siècle dernier, les États ont conclu des accords internationaux visant à s'obliger à pénaliser certains comportements. Le plus ancien est sans doute la Convention internationale pour la répression du faux monnayage, toujours en vigueur, conclue dans le cadre de la Société des Nations, le 20 avril 1929¹³. Son objectif était d'accroître la protection par le droit pénal de la monnaie par deux moyens : augmenter le nombre des situations dans lesquelles les faits de contrefaçon sont punis ; faciliter les enquêtes nécessitant des investigations, voire une arrestation en vue d'une extradition à l'étranger, en limitant les cas de double incrimination¹⁴. Pour y parvenir, les États signataires s'engageaient principalement à sanctionner pénalement le faux monnayage d'une autre monnaie que la leur.

Une telle convention met en place un mécanisme que l'on retrouve dans tous les instruments, internationaux ou européens, de rapprochement des législations : il s'agit d'une obligation plancher d'incriminer. En l'occurrence, un État doit au minimum insérer dans son Code pénal l'incrimination de contrefaçon de monnaie, indépendamment de l'origine

13. O.311.51.

14. Ce principe est le suivant : les faits pour lesquels l'assistance est demandée par l'État requérant (collecte de preuve, extradition par exemple) doivent, pour que l'entraide soit consentie, être punissables aussi dans l'État requis. Ce principe, fondateur des relations d'entraide judiciaire pénale, vise à garantir à un État qu'il ne mettra pas au service d'un autre des moyens qu'il n'utiliserait pas dans l'hypothèse où il exercerait lui-même des poursuites.

de cette monnaie. Un État pourrait cependant choisir d'incriminer plus largement, en retenant une définition très extensive de la contrefaçon. En revanche, une telle convention ne définit pas le domaine du licite, autrement dit ce qu'il serait interdit de pénaliser. Le mécanisme du rapprochement des législations « produit » donc de la pénalisation, mais jamais de la dépénalisation. Cet effet est évidemment accentué pour les pays dont le tropisme « pénalisateur » est peu marqué (voir *supra*), du moins si leur poids dans les négociations est faible.

Pendant de nombreuses années, l'activité de rapprochement du droit pénal visait principalement à régler les questions de double incrimination. Toutefois, à partir des années 1990 (au moins pour les conventions du Conseil de l'Europe) vint s'affirmer, au niveau international, une nouvelle tendance : la communauté internationale devait montrer qu'elle réagissait à certaines formes nouvelles de criminalité. La pénalisation devint donc, un peu à l'instar d'un mouvement que l'on observe dans tous les pays en cas de crise, le mode d'action de la communauté internationale, la manière d'exprimer sa prise de conscience, les autres modes comme le renforcement de la coopération internationale étant en définitive infiniment plus compliqués à réaliser et surtout à faire savoir.

21

Il est très difficile politiquement pour un État de s'opposer à une telle forme de pénalisation : comment en effet pourrait-on s'opposer à la lutte contre le blanchiment, contre la traite des êtres humains ?

Cette pénalisation doit cependant être relativisée : certaines infractions créées par le droit international constituaient dans le droit pénal des États une catégorie générique d'infraction : le blanchiment¹⁵ représente en fait la somme d'infractions de recel et de faux en écriture, la traite des êtres humains constitue un comportement qui va de l'enlèvement à la séquestration en passant par le proxénétisme, de sorte que l'incrimination nouvelle n'aboutit pas véritablement à pénaliser de nouveaux faits. Seules certaines infractions ont correspondu à une véritable création d'incrimination : la corruption, quand elle concerne des fonctionnaires se trouvant en dehors du territoire, ou encore la cybercriminalité.

Par ailleurs, la pénalisation qui résulte des grandes conventions du Conseil de l'Europe ou des Nations unies n'étant encadrée par aucun mécanisme juridictionnel, il est en fait possible pour les États de se soustraire à certaines de leurs obligations, le cas échéant par une utilisation extensive des réserves et déclarations prévues par les instruments eux-mêmes.

15. Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 (STE n° 141), renouvelée par la convention dite de Varsovie du 16 mai 2005 (STE n° 198).

Cette nouvelle pénalisation internationale « morale » a été très largement accentuée au sein de l'Union européenne.

La pénalisation par l'Union européenne

Le traité d'Amsterdam permet de donner une base légale à un travail de rapprochement des législations pénales des États membres¹⁶. Le Conseil, faisant une interprétation très large du traité, s'est lancé, par l'adoption de décisions-cadres¹⁷, dans un travail conséquent de rapprochement des législations portant sur des sujets de plus en plus délicats et ne correspondant pas toujours à un véritable besoin lié à la double incrimination¹⁸, s'agissant au demeurant d'infractions n'ayant que rarement une nature transnationale¹⁹. Certes, ce travail fut souvent « en faux-semblant », la négociation à l'unanimité permettant aux États membres de préserver très fortement leur propre droit pénal, le texte d'harmonisation devenant essentiellement un texte cristallisant le plus petit commun dénominateur pénal européen.

Toutefois, les travaux de l'Union européenne ont pris une tournure très différente de ceux conduits dans d'autres instances. L'exemple du terrorisme est à cet égard éclairant. Suite aux attentats du 11 septembre, la Commission européenne a déposé en urgence un projet de décision-cadre incriminant spécifiquement les faits de terrorisme, et notamment de participation à une organisation terroriste. Or, dans l'Europe à quinze de l'époque, seuls cinq ou six États membres disposaient d'une telle législation, dont les contours jugés flous (en particulier l'infraction de participation) répugnaient à de nombreuses traditions juridiques pour lesquelles les infractions de droit commun (assassinat, destruction de biens publics, etc.) étaient tout à fait suffisantes²⁰. Cependant, sous la pression politique de l'après-11 septembre et la nécessité « d'agir », la

16. Art. 29d.

17. Sorte d'équivalent de la directive pour le troisième pilier.

18. Lors d'un débat au Conseil, en 2001, sur la suppression de la condition sur la double incrimination, les experts ont eu le plus grand mal à trouver des exemples dans lesquels le principe aurait posé des problèmes de coopération. Ceux qu'ils trouvèrent portaient d'ailleurs sur des infractions ayant pourtant fait l'objet de travaux de rapprochement.

19. Voir par exemple la décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (JO, L 13/44, 20 janvier 2004) ou celle relative au racisme et à la xénophobie (*ibid.*, note 10).

20. En réalité, l'intérêt de disposer d'une incrimination terroriste spécifique est bien de pouvoir servir de champ d'application à une procédure pénale spécifique, enjeu que les pays « non incriminateurs » avaient parfaitement compris.

décision-cadre incriminant le terrorisme fut adoptée en moins de trois mois, imposant une pénalisation sans précédent à de nombreux États membres²¹.

Utilisant les possibilités offertes par le traité, le Conseil s'est en outre lancé dans une politique d'« harmonisation haute » des législations, jamais utilisée à notre connaissance dans aucune enceinte de production de norme internationale : il s'est agi d'imposer aux États membres de sanctionner d'un minimum d'emprisonnement les infractions jugées les plus graves. La décision-cadre relative à la protection de l'euro par le droit pénal fut le premier instrument à procéder ainsi ; cependant, la technique du « faux-semblant » fit qu'on retint le seuil du pays sanctionnant le moins ce type de faits. La décision-cadre sur le terrorisme et d'autres ensuite ont en revanche constitué un pas important, dans la mesure où certains pays se sont vu imposer des seuils d'infraction tout à fait inconnus de leur propre système juridique, en quelque sorte exportés par les pays ayant les seuils les plus élevés²².

23

Mais le point essentiel réside assurément dans certaines évolutions qui pourraient conduire à ce que ce mécanisme de pénalisation externe s'étende à un nombre croissant de secteurs de la vie sociale.

On le sait, dans l'organisation de l'Union européenne, le droit communautaire est en principe exclusif de toute compétence pénale, régie par les règles du troisième pilier et donc l'adoption à l'unanimité. Une question délicate s'est cependant très vite posée : est-il possible aux communautés d'imposer aux États membres, par le biais d'un instrument communautaire, des sanctions pénales au non-respect des obligations communautaires ?

Dans un arrêt de principe du 12 septembre 2005²³, la CJCE a répondu positivement : dès lors que l'obligation d'utiliser la sanction pénale a pour finalité la protection d'un intérêt communautaire, elle doit être adoptée non pas sur la base d'un texte du troisième pilier mais sur celle du droit communautaire et suivant son régime d'adoption (c'est-à-dire la plupart du temps la majorité qualifiée et la codécision). Il s'agit d'une évolution majeure. Jusqu'ici, le droit communautaire obligeait les États membres à sanctionner l'illicite communautaire par « des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives », laissant le choix à chaque État membre

21. JO, L 164, 22 juin 2002.

22. Dans le débat, certains des pays les plus contraires à cette fixation de seuil, en particulier l'Allemagne, soulignaient qu'il aurait aussi fallu harmoniser le régime d'exécution des peines, le phénomène d'érosion des peines n'étant pas le même dans tous les pays.

23. C-176/03.

d'évaluer si la voix pénale était nécessaire. Désormais, le droit communautaire peut l'imposer.

Les conclusions de l'arrêt du 12 septembre 2005 ont été reprises dans le traité de Lisbonne²⁴.

Le droit communautaire pourrait donc devenir une forte source de pénalisation externe, d'autant plus que la décision peut être prise à la majorité qualifiée, c'est-à-dire le cas échéant en mettant en minorité un pays.

24 Mais le droit communautaire joue d'ores et déjà, contrairement aux instruments traditionnels de rapprochement des infractions pénales, un rôle « dépenalisateur » dans sa sphère de compétence. En effet, en définissant les activités licites au sein par exemple du marché intérieur, il interdit aux États membres de les sanctionner, et à plus forte raison de les sanctionner pénalement. Le principe d'application de la loi du pays d'origine²⁵ que souhaitait promouvoir la Commission dans la directive Bolkestein aurait pu de ce point de vue avoir un impact très important. En effet, certaines pratiques professionnelles autorisées dans un État membre sont tout simplement sanctionnées pénalement dans d'autres, ce qui aurait obligé ceux-ci à les dépenaliser. Les modifications subies par cette directive et le remplacement du « principe de la loi d'origine » par celui de « libre prestation de service » devraient atténuer quelque peu les effets sur la pénalisation d'un tel texte, d'autant que certaines clauses de sauvegarde devraient permettre d'en limiter les effets.

Le rôle « pénalisant » du droit international et plus encore européen est indéniable, probablement en expansion. Il dépendra cependant des rapports de force, en particulier au sein de l'Union européenne, entre ceux des États dont le tropisme serait plutôt à la faible pénalisation et ceux au tropisme contraire. La récente crise financière et les appels à sanctions contre les responsables laissent cependant penser que cette pénalisation venue de l'activité internationale pourrait prospérer et s'imposer. Même si le droit communautaire pouvait jouer un rôle modérateur, la globalisation du monde aurait donc probablement pour effet d'accentuer une certaine pénalisation de la vie sociale, même dans les pays qui y sont par tradition les plus réticents.

24. Art. 83, al. 2, TFUE.

25. Par exemple, l'activité d'un juriste anglais pourrait s'exercer en France selon les règles du droit anglais.

R É S U M É

S'il n'est pas aisé de déterminer, au moyen du droit comparé, si un phénomène de pénalisation analogue à celui dénoncé en France existe dans les démocraties, certaines caractéristiques des systèmes juridiques nationaux pourraient constituer des facteurs contrariant un tel mouvement. Cependant, l'activité normative internationale semble constituer, pour de nombreux pays, une source externe de pénalisation de la vie sociale.

DE LA VICTIMISATION
ET DE NOMBREUSES
AUTRES CAUSES

27

L'HISTOIRE

Le système judiciaire français de l'Ancien Régime était si impopulaire qu'à la veille de la Révolution sa transformation figurait en tête des cahiers de doléances. Déjà, l'anglomanie régnait chez les penseurs de la justice. Et le jury généralisé dans tout le système pénal, idée importée, greffe improbable sur un système inquisitoire achevé en 1539¹, fut un fiasco complet. Ce que l'on appelle le droit intermédiaire ne dura que le temps de la réorganisation napoléonienne, là comme ailleurs. Et curieusement, les constituants de 1792, refusant de céder à la mode (en matière civile), rejetèrent le jury pour aboutir finalement à un tribunal composé de trois juges. La collégialité, devenant l'ersatz du jury, avait le double avantage de réserver le jugement à des professionnels du droit mais aussi de dissoudre la responsabilité de la décision dans un anonymat collectif. Cette orientation fut décisive pour l'avenir du procès civil. La présence du jury dans ces affaires, toujours en vigueur aux États-Unis et qui a survécu en Angleterre jusqu'avant la dernière guerre, entraîne obligatoirement l'oralité des débats. Alors que la collégialité de trois juges civils facilite ou entraîne la procédure écrite. Certes, au XVIII^e et au XIX^e, les jurys bien souvent ne savaient pas lire. Mais à supposer qu'ils le sachent, l'oralité des débats reste le seul moyen d'expliquer à des profanes, sous la direction d'un juge, des matières complexes. En revanche, avec trois juges professionnels, la procédure écrite permet d'être plus rapide

1. Par les ordonnances de Villers-Cotterêts.

et plus efficace, l'avocat représentant les parties se contentant, après la rédaction des écritures, de plaider brièvement.

Ce choix de 1792 a entraîné deux conséquences : la première est que, par rapport aux Anglais ou aux Américains, la France traite beaucoup plus facilement un grand nombre de contentieux civils. Chez les Anglo-Saxons, la procédure est si lourde que l'outil judiciaire civil, très onéreux, est employé comme un moyen de régulation dissuasive. Un nombre minime d'affaires en arrivent à être plaidées car, dans la très grande majorité des cas, l'assignation devant la justice civile a pour effet de générer une transaction. La deuxième conséquence du choix français tient à ce que, sans témoins ni spectacle, la scène de la justice civile est ingrate et peu susceptible de susciter l'imaginaire et d'absorber les passions.

28

Les fastes sont pour le pénal, la discrétion pour le civil. Ceci a sans doute aussi à voir avec l'histoire de la constitution des États et de la place respective du public et du privé. Plus la sphère privée contient une sphère publique aux frontières bien définies, comme aux États-Unis, moins le territoire du pénal est étendu et plus le domaine du civil est le lieu de la régulation, fût-elle dissuasive. Mais dans l'État administratif où la sphère publique envahit tout, tel que nous le connaissons, l'État manifeste son autorité et fait exercer la régulation notamment par le pénal. L'inflation pénale française est en grande partie dépendante de ce montage de l'État. Évidemment, à l'inverse, plus le champ pénal est contracté, plus les peines sont dures. Plus il est large, comme en France, moins elles sont sévères. Car si l'on mettait réellement en prison tous ceux qui contreviennent à des textes assortis de peines infractionnelles, les prisons se seraient multipliées par dix.

Le paradoxe de cette situation se révèle aussi par la grande révérence de l'opinion française à l'égard du concept pénal. Comment se fait-il qu'il ait fallu attendre 2002 pour faire voter le « plaider coupable » en France et encore seulement pour les petites infractions passibles de moins de deux ans de prison ? Alors qu'aux États-Unis, plus de 90 % des affaires pénales sont réglées ainsi et qu'en Allemagne 70 % des affaires de délinquance en col blanc, également. Comme si le rituel pénal était chez nous de l'ordre du sacré, toute idée de transaction venant heurter la conscience du citoyen et l'intérêt public.

LA PROCÉDURE ET LA PARTIE CIVILE

Que l'intérêt public soit sanctifié produit également des effets importants sur le rôle (mineur) des avocats en France et la confiscation complète de la contrainte par la justice pénale. L'une des très profondes différences entre les deux droits, anglo-saxon et français, tient à l'existence dans les pays anglo-saxons de règles de *discovery* ou de *disclosure*. Il s'agit de pratiques procédurales qui permettent à des avocats représentant les intérêts privés, d'exiger la communication de toutes les pièces de leur adversaire sans même avoir à préciser lesquelles mais à condition qu'elles concernent directement ou indirectement le litige. L'infraction à l'application complète, sincère et loyale de ces règles de *discovery* peut être sévèrement punie civilement et même pénalement. Or, en France, l'exercice de la contrainte par la saisie ne peut appartenir qu'à l'État, c'est-à-dire au juge, en l'espèce au juge d'instruction. Ces petits détails entraînent de grandes conséquences lorsqu'on sait que la France est l'un des rares pays au monde à connaître l'existence de la partie civile au procès pénal.

29

LA PARTIE CIVILE

Depuis 1906, la Cour de cassation française oblige le parquet à ouvrir une information pénale dès lors qu'une partie civile, s'estimant victime d'un préjudice, allègue que celui-ci est causé par la commission d'une infraction. Cette ouverture, petite à l'origine, est devenue béante cent ans après. Au point de menacer aujourd'hui l'équilibre du système pénal tout entier. Depuis l'information judiciaire obligatoire jusqu'à l'audience publique, les victimes réelles ou prétendues dominent le procès. Elles ne sont pas constituées seulement par des individus, mais aussi par des associations créées pour la circonstance ou représentant une partie de l'intérêt général. On assiste souvent à des procès dans lesquels le nombre des accusateurs est dix fois plus important que le nombre d'avocats de la défense. Mieux encore, si toutes les personnes physiques ou morales que les parties civiles veulent voir juger ne sont pas renvoyées devant le tribunal par le juge d'instruction car celui-ci ne l'a pas voulu, les parties civiles peuvent les citer elles-mêmes directement, à condition tout de même qu'elles n'aient pas bénéficié d'un non-lieu. En l'absence de la moindre instruction, tout justiciable peut amener n'importe qui et pour n'importe quoi, devant le tribunal correctionnel, dès lors qu'il s'agit de

l'allégation d'un délit. Mais pas d'un crime, car celui-ci nécessite obligatoirement une instruction préparatoire. Les parties civiles ont donc le même pouvoir que le parquet de citer directement au pénal qui elles veulent, sous certaines réserves. Ce système, totalement inconnu dans 80 % des démocraties notamment anglo-saxonnes, n'existe qu'*a minima* dans les pays d'Europe².

30 On peut s'interroger sur les causes de cette particularité française consistant à privatiser les poursuites, ce qui évidemment accroît la pénalisation et entraîne des abus. Ainsi, alors que 75 % des informations ouvertes au pôle financier de Paris le sont sur plainte de parties civiles, plus de 60 % se terminent par des non-lieux, avec tous les dégâts qu'entraîne aujourd'hui le « cirque médiatico-judiciaire » si des personnes mises en cause sont connues ou célèbres³. Comment expliquer ce phénomène ? Certes, on a vu quel attrait le procès pénal exerce sur l'imaginaire. Mais également que la contrainte étant monopolisée par l'État, donc par le juge pénal, la seule solution, à défaut de *discovery*, pour connaître la vérité est de faire appel au juge d'instruction, même s'il s'agit d'infraction involontaire. En la matière, la répression pénale est d'ailleurs bien supérieure chez nous à ce qui se pratique dans les autres pays. Et depuis qu'en 1912 la Cour de cassation a créé la théorie de « l'équivalence des conditions », c'est-à-dire, en matière d'accident par exemple, l'identité de la faute civile et de la faute pénale, l'extension de la pénalisation de ces infractions involontaires a été considérable. Cette confusion a duré près de cent ans jusqu'à ce que la répression atteignant les maires, les fonctionnaires, notamment les préfets, tous les « décideurs publics », la loi du 10 juillet 2000 vienne redistinguer les deux catégories de fautes, en exigeant pour le pénal une « faute caractérisée » ou une « violation délibérée d'une règle de prudence et de sécurité prévue par la loi et le règlement ». Les victimes trouvent aussi dans le système l'avantage d'une justice gratuite. Certes, elles n'ont guère la possibilité juridique de faire elle-même les recherches et les investigations, mais, si elles le pouvaient, elles ne disposeraient pas nécessairement de ressources suffisantes. Or, le pénal est gratuit. Les équipes de la police judiciaire et du parquet, les expertises, le travail du juge d'instruction, tout cela est gratuit. C'est l'argument qui met la justice civile échec et mat. Notre

2. Voir Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, *La Victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008.

3. Voir Daniel Soulez Larivière, *Le Cirque médiatico-judiciaire et les Moyens d'en sortir*, Seuil, 1993.

système est donc très paradoxal. L'investigation pénale et les expertises qui l'accompagnent sont le monopole de l'État et l'avocat ne peut faire lui-même les investigations sans s'exposer à des poursuites pour entrave à la justice ou subornation de témoin. Mais l'État met cependant son appareil judiciaire et policier à la disposition gratuite des victimes présumées. Le procureur, en principe chargé du monopole de l'accusation, se retrouve une sorte de *primus inter pares*. Peut-être. Mais il est parfois bien seul devant les pressions des parties civiles qui, souvent, le défient de faire ce qu'il n'a pas envie de faire ou de dire. Ainsi, parce que la justice civile est très entravée par la question des coûts, le monopole de la contrainte et la discrétion de sa procédure, la demande du justiciable s'exprime sur le champ pénal.

La magistrature n'a pas vraiment lutté, bien au contraire, contre ce mouvement. Corps complètement délaissé par l'État jusqu'en 1958 et par lui-même jusqu'en 1968, date de la création du syndicat de la magistrature, il a vécu avec intérêt le développement de son pouvoir sur la société grâce à la prise en compte de cette demande du justiciable. Avec l'aide de la partie civile, le juge du Siège échappe un peu au parquet. Dès lors que la presse s'en mêle, il peut s'appuyer sur elle pour obtenir des réquisitoires qui lui étaient refusés. Il peut forcer la main à des procureurs qui très longtemps ont été complètement aux ordres du gouvernement et qui aujourd'hui demeurent dans une position hiérarchique, avec le pouvoir de classer sans suite les plaintes sans constitution de partie civile. La formidable poussée dans le traitement pénal des catastrophes financières, sanitaires, aériennes, industrielles ou de construction lui permet d'étendre sa compétence à tous les domaines de la société et à toutes les personnes sous la pression des victimes. Au point que, en 1993, dans l'affaire du sang contaminé, on a été obligé de créer la Cour de justice de la République afin de juger un ancien Premier ministre et deux anciens ministres. Il ne s'agit pas du gouvernement des juges. Parlons plutôt d'un vase d'expansion qui permet à tout corps qui existe de se développer comme celui de la magistrature.

31

UN CAS PARTICULIER DANS UN MOUVEMENT GÉNÉRAL

S'agissant de la place de la victime sur la scène pénale, le cas français très particulier, même en Europe malgré les situations approchantes en Italie, en Espagne et en Belgique, se loge évidemment dans un contexte beaucoup plus général du développement de la place de la victime dans les démocraties. Outre que cette place est légitime dans la mesure où

trop longtemps la solidarité ne s'est pas exercée suffisamment à l'égard de tous ceux que le crime ou l'accident ont gravement atteints, il reste que l'évolution démocratique produit ce phénomène extraordinaire de la victimisation qui a pris toute son ampleur, dans tous les domaines, depuis les années 1980. Qu'il s'agisse des minorités ethniques ou sexuelles, des femmes, des enfants, des populations soumises aux catastrophes naturelles ou étatiques, et même de l'objectivation du concept de victime sur le plan psychiatrique avec la transformation discrète du système de diagnostic psychiatrique américain (Dsm3 en 1980 puis 4 en 1992), une véritable révolution très peu connue. En effet le Dsm3 de 1980 « n'indique plus la direction de la violence : peu importe que les victimes ont été la cible des atrocités ou en ont été la main ». Ainsi le bourreau peut-il être une victime⁴. Dans nos sociétés, la situation de victime est devenue un statut qui entraîne une reconnaissance sociale et parfois une triste célébrité. Il permet ainsi de se distinguer des autres par le malheur, ce qui, dans une société égalitaire mais individualiste, est très précieux. La victime suscite un consensus, et un élan de solidarité matérielle mais souvent purement émotionnel. Une sorte de nouveau lien social se recrée autour d'elle alors qu'il est par ailleurs émietté, fragmenté par l'individualisme de plus en plus fort produit par l'évolution de la démocratie⁵.

Pas un homme politique qui ne cherche aujourd'hui à se présenter en victime lorsqu'un coup dur lui arrive. Pas un homme politique, petit ou grand qui, après un fait divers, ne cherche à sortir de la besace législative un nouveau droit pour les victimes. Le président de la République lui-même, Nicolas Sarkozy, a déclaré « entre les délinquants et les victimes, je choisis le camp des victimes ». Qui pourrait penser autrement ? Personne. En principe, le système judiciaire a évidemment pour but de juger les accusés et de le faire avec justice. Ces propos n'ont donc guère d'autre utilité que de servir la popularité de leur auteur. On vient même de créer un « juge des victimes », comme si les avocats dont c'est aussi le métier de s'occuper des victimes en France ne faisaient pas bien leur travail. Bref, depuis trente ans, un formidable vent souffle dans les voiles de la victimisation et, bien sûr, la toile judiciaire française est si vaste que son accélération est plus rapide qu'ailleurs.

4. Voir Caroline Eliacheff et Daniel Soulez Larivière, *Le Temps des victimes*, Albin Michel, 2007, chap. 2.

5. *Ibid.*, chap. 1.

LE DIABLE ET LE PÉCHÉ

Dans ce vieux pays catholique, la recherche du diable et du péché reste une valeur sûre. Or, depuis que, comme les fidèles, le diable a déserté les églises, il réapparaît dans les palais de justice. Le diable a une fonction équilibrante. Il donne l'explication du mal. La recherche du péché par le juge pénal est animée par ce même désir de débusquer le diable qui se cache dans un grand malheur, qu'il s'agisse du résultat d'un crime ou d'une grande catastrophe. La présence des parties civiles sur la scène pénale favorise cette recherche quasi malade. Ce mot est choisi pour décrire une société qui laisse en tête à tête un criminel pervers face à ses victimes. On l'a vu au cours de ces dix dernières années. Un Landru, un Guy Georges ou un Fourniret ne peuvent dire de leur acte que tout à fait autre chose que ce que les victimes attendent. Quelles que soient les sociétés, ils seront condamnés. Aux États-Unis, exécutés. Bien sûr. La particularité française qui organise constamment ce dialogue consistant à demander au diable de dire pourquoi il s'est comporté ainsi et de s'en repentir est absurde. Toxique aussi, pour tous. D'abord parce que le diable ne s'explique ni ne se repent. Ensuite parce que le criminel le plus infâme n'est pas le diable. Bien souvent, s'il était capable de dire le pourquoi du crime et de s'en repentir, il n'y aurait pas eu de crime. La même diabolisation que pour les auteurs des grands crimes est mise en œuvre à l'égard des responsables allégués de grandes catastrophes aéronautiques, industrielles, sanitaires ou environnementales. De si grands malheurs qu'un crash, un naufrage, une explosion, des empoisonnements ne peuvent en France avoir été causés que par le péché. Nous sommes les seuls à régler au pénal la tragédie de l'« air contaminé » (l'amiante), après avoir été les seuls à traiter au pénal le « sang contaminé ». Ailleurs, les tragédies se sont réglées par transaction ou au civil. Chez nous, c'est le pénal. D'aussi grands malheurs sont nécessairement le produit d'une faute, même si cette faute est trop souvent établie en fonction de connaissances postérieures au drame.

La France est un des rares pays au monde où après avoir été complètement indemnisée, la partie civile peut quand même être présente à l'audience du jugement pénal et intervenir. C'est une approche quasi théologique du procès pénal. Elle est complètement absente de la plupart des autres démocraties. C'est ainsi qu'un avocat allemand représentant les familles des victimes du Concorde qui s'est écrasé à Gonesse, à qui on demande si ses clients sont satisfaits de voir le procès arriver, répond

en substance: « Non. Les familles des victimes disparues du crash de Gonesse ont été indemnisées depuis longtemps. Leurs plaies commencent à cicatriser. Ce procès va les rouvrir⁶. »

LE NOUVEAU PROCÈS POLITIQUE

34

Après la guerre, nous avons connu des procès politiques. D'abord ceux de l'Occupation, puis de la Libération, ensuite ceux de la colonisation et de la décolonisation. Enfin, ceux du gauchisme violent ou supposé pouvoir l'être. Avec pléthore de juridictions spéciales, créées à chaque nouvelle occasion. Jusqu'à la création de la Cour de sûreté de l'État, présidée par un magistrat entouré d'officiers supérieurs, avec des gendarmes présentant les armes à leur arrivée. Devant ces juridictions le procès était politique parce que, d'abord, la plupart du temps les accusés avaient perdu la bataille dans un conflit politique, et ensuite parce que la juridiction était soumise à des pressions réelles ou supposées du gouvernement. Aujourd'hui, le nouveau procès politique est celui des grandes catastrophes dans lesquelles les victimes, avec l'appui d'une lourde artillerie médiatique, essayent d'obtenir la condamnation du diable disponible. Du procès politique disparaît la cause politique, mais demeure l'exercice de la pression sur les juges. Qui parfois se font durement critiquer, voire insulter quand ils n'obtempèrent pas au désir des victimes⁷. Alors que jadis l'indépendance des juges s'exerçait à l'égard du pouvoir politique, elle s'apprécie maintenant vis-à-vis du pouvoir médiatique et du pouvoir victimaire. Cette indépendance existe. Elle se manifeste souvent, aujourd'hui comme par le passé, car le courage n'a pas d'époque. Mais ces pressions ont une influence sur la pénalisation, son inflation et le fonctionnement judiciaire. Sans pour autant que de bons résultats pour les victimes soient obtenus. Après une catastrophe mortelle, il « faut ouvrir » une information pénale pour homicide involontaire. L'ouverture pour recherche des causes de la mort, ce qui dans 90 % des cas serait plus logique, serait très mal perçue par les proches des victimes. Ensuite, il faut trouver la faute, le péché. De longues expertises y pourvoient. Et puis malgré parfois la faiblesse du dossier et après de longues années, il faut aller au procès. Car le non-lieu serait ressenti comme une trahison

6. *Aviation Week and Space Technology*, 21 juillet 2008.

7. Voir la mise au pilori du président de la chambre de l'instruction qui a rendu un non-lieu dans la troisième affaire du sang contaminé. Voir, voici trois ans, les juges d'instruction traités dans le principal journal local, de « lièvres zélés » des prévenus par les avocats de parties civiles, sans que cela suscite aucune réaction.

par les victimes et le garde des Sceaux, membre du gouvernement, n'a aucune possibilité de faire autrement sans inconvénient majeur face aux médias et à l'opinion. On aboutit donc au procès, six à quinze ans après les faits. Avec des condamnations justifiées ou souvent tordues, résultats de contorsions juridiques, pour ne pas heurter l'opinion. Parfois des relaxes sont prononcées, suscitant colère, déception, traumatisme réel des victimes qui s'estiment flouées.

VERS UN PROCÈS DE MASSE

La catastrophe naturelle, accidentelle, militaire, voire terroriste est à notre époque un événement structurant de la vie politique et sociale. Elle est une occasion de solidarité, de re-création du lien social. En ce sens, la catastrophe est un fait politique majeur. Elle permet – et c'est bien commode – de penser l'existence de manière binaire, avec d'un côté les bons et de l'autre côté les méchants, sans risque de se tromper⁸.

35

Mais où donc se traite ce phénomène politique majeur ? Quelle est la scène qui permet d'expliquer, de comprendre, d'invoquer le « plus jamais ça », d'exorciser, de réparer la douleur et de trouver les pécheurs et le diable qui se cachent ? Chez nous, c'est évidemment la scène pénale. Il n'y en a aucune autre. La scène civile est infirme pour les raisons qui ont déjà été décrites. Les commissions administratives y travaillent de manière quasi confidentielle.

Les commissions parlementaires ? Elles sont en concurrence avec la justice qui les entrave. La seule commission parlementaire assez réussie fut celle d'Outreau, pour traiter d'une catastrophe... judiciaire. Bien que n'ayant abouti concrètement à rien du tout, sauf à atteler à la carriole judiciaire pénale un deuxième cheval plus vieux (un deuxième juge d'instruction). L'intérêt fut cependant considérable pour ces travaux, avec cette difficulté particulière que de « bourreau », le juge Burgaud, au moment de son audition, est devenu une « victime », par un phénomène d'inversion classique. Les questions des parlementaires furent ressenties par beaucoup comme des agressions. Or, l'agresseur agressé devient lui-même victime. Mais des enseignements sont à retenir de cet épisode au très grand retentissement médiatique auquel assistait peu de monde mais qui, grâce à la télévision et à internet, a réussi à toucher des millions de personnes.

8. Voir « Le temps des catastrophes », *Esprit*, mars-avril 2008, et François Walter, *Catastrophes. Une histoire culturelle XVI^e-XXI^e siècle*, Seuil, 2008.

Pour l'instant, faute d'une autre scène adaptée prenant en considération les exigences possibles de l'intervention de la justice, tout en fournissant une information plus immédiate et concrète au public, la scène pénale reste la seule. Elle est très imparfaite car le débat public y est beaucoup trop tardif. Notre procédure inquisitoire implique que la pièce soit complètement écrite avant d'être jouée, cette écriture se faisant dans un secret prétendu mais constamment violé. Pendant cinq à dix ans avant l'audience publique, l'information dépend largement de la violation du secret de l'instruction par la police, par le juge et les avocats. Ce qui signifie que la plupart des morceaux de vérité qui sortent dans la presse sont généralement orientés dans le sens des intérêts de la partie organisatrice de la fuite. Ce goutte-à-goutte malsain de faux secrets dévoilés infecte tant l'opinion et pendant si longtemps que, lorsque, à l'issue de ce processus tortueux, arrive la fin de l'instruction, l'audience publique devient nécessaire en fait, même si elle ne l'est pas en droit, et cela dans des conditions de plus en plus spectaculaires. Les palais sont trop petits pour accueillir l'audience publique; les victimes, c'est-à-dire les proches des personnes disparues, veulent être là pour défendre leurs droits, même quand ils sont matériellement satisfaits. Leur présence devient une question d'honneur et, comme le disait au tribunal un fils qui avait perdu son père dans un accident d'avion, « je ne voudrais pas qu'une relaxe dans cette affaire vienne porter atteinte à la mémoire de mon père », comme si, dans l'esprit du fils, ne pas condamner les prévenus allait imputer à cette malheureuse victime la responsabilité de sa mort⁹. Pour le drame de l'effondrement de la tribune de Furiani, les victimes, c'est-à-dire les blessés et les proches des personnes disparues occupaient toute la salle d'audience avec des places à leur nom. Le public était convié au théâtre municipal où le procès était retransmis en direct par un circuit de télévision interne. À Paris, dans l'affaire de l'ARC, on a installé dans la salle des pas perdus, une salle de plus de 800 places pour accueillir les plaignants. À Colmar, une salle de 750 places a été construite dans la halle aux Vins pour accueillir les curieux, les parties civiles et leurs avocats. À Toulouse, le ministère de la Justice loue une salle de 1 500 places pour le procès relatif à l'explosion de l'usine AZF. Si par malheur dans les vingt-cinq ans qui viennent un très gros porteur s'écrase, il faudra louer une partie de Bercy-Omnisport. Bref, on sent que, sous la pression sociale de la victimisation, il faudra un stade pour la scène pénale. C'est l'idée même de la présence nécessaire au procès de

9. Colmar, mars 2005.

la victime, ou plus exactement de ses proches, qui conduit à cette évolution. Comment la justice peut-elle être rendue sereinement dans ces conditions, sous les murmures de réprobation ou même les manifestations. On a vu à Colmar une association disposer 87 mannequins correspondant aux victimes décédées dans l'accident d'avion de janvier 1992 à l'entrée de la salle d'audience afin de faire rentrer les prévenus et leurs conseils entre une haie de cadavres symbolisés... et filmés par la télévision¹⁰. De plus en plus souvent l'audience publique traite de questions qui ne sont pas contenues dans la poursuite, mais que les parties civiles auraient souhaité y voir inclure. Les juges ne veulent pas s'y opposer. Cela revient à fausser le procès puisque l'audience publique n'est faite que pour juger ce qui a été décidé par le juge d'instruction et non par les parties civiles. Et puis il faut tenir compte de l'opinion publique. Puisque l'instruction est en principe secrète, tout doit être expliqué en public, même ce qui n'a pas d'intérêt pour les prévenus.

37

Le tribunal est ainsi pris entre un travail de justice et un travail de communication pas toujours compatibles. On ne peut pas organiser des procès de quatre à six mois si c'est pour noyer l'accusation et la défense des prévenus sous un flot de commentaires de témoins, intéressants sans doute, mais sans rapport avec les faits qui leur sont reprochés. Nous ne sommes pas encore, rassurons-nous, dans un spectacle à la Robert Hossein ou à une justice de masse à la chinoise. Mais on comprend bien la difficulté dans laquelle se trouvent les magistrats obligés qu'ils sont d'être justes avec les accusés ou les prévenus, de gérer la colère ou les applaudissements des victimes et... de se défendre eux-mêmes autant que leur institution, s'il leur arrive de déplaire au souverain, c'est-à-dire aujourd'hui à la victime et l'opinion publique.

LA CONTAMINATION GÉNÉRALE

L'exemple le plus extravagant de la folie de la pénalisation en France est offert par le rapport Massot, commandé par Élisabeth Guigou en décembre 1999 à une commission composée de personnalités éminentes dont la qualité est indiscutée, ce qui en rend encore plus graves les conclusions¹¹. Cette commission devait répondre à la question de savoir

10. Tous les prévenus dans cette affaire furent relaxés par le tribunal, ce que la cour a confirmé en janvier 2008.

11. La commission était composée de Jean Massot, président de section au Conseil d'État; Jacques Bonnet, président de chambre à la Cour des comptes; Bruno Cotte, avocat général à la Cour de cassation (futur président de la chambre criminelle et juge à la Cour pénale

comment protéger les maires, les préfets, les fonctionnaires, bref ces « décideurs publics » de la « pénalisation excessive de la vie publique ». La réponse a été trouvée : en proposant la responsabilité pénale de l'État¹² ! La situation ne manque pas de cocasserie, puisque si l'on en croit le rapport lui-même : « L'État qui représente la société tout entière, lésée par des agissements contraires à la loi pénale, pourrait difficilement se voir poursuivi par le parquet qui exerce l'action publique au nom de l'État. L'État serait à la fois auteur du dommage, victime, censeur et juge. Détenteur du monopole du pouvoir de contraindre, peut-il aller jusqu'à s'infliger des peines ? » Eh bien la réponse fut oui ! « Les excellents arguments opposés à la responsabilité pénale de l'État ont paru au groupe devoir s'effacer derrière un souci d'égalité entre agents de l'État et des autres collectivités publiques¹³. » Ainsi, au lieu de s'interroger sur les limites de la responsabilité des personnes morales et de remettre en cause éventuellement celle des collectivités publiques, la commission, dans un souci d'égalité devant l'absurde, a préféré prévoir la responsabilité pénale de l'État. Il convient de rappeler qu'une des peines que la loi réserve aux personnes morales coupables d'infraction, est la peine de mort, c'est-à-dire la dissolution. On voit bien l'adaptation de ce type de responsabilité pénale à celle de l'État ! Le raisonnement égalitaire est typiquement français. On l'entend à tout propos. Par exemple, lorsque des critiques fusent devant la brutalité du système pénal français, avec notamment les gardes à vue, lorsqu'elles ont touché des nantis, par exemple des décideurs publics. Le raisonnement populaire porté par les médias est classiquement celui-ci : « Peut-être que notre système pénal est mauvais et parfois indigne. Mais puisqu'il s'applique aux pauvres, il doit s'appliquer aux riches. » Ce raisonnement suppose la sottise, la médiocrité ou l'absurdité acquises dès lors que tout le monde doit être égal et en subir les effets. Au lieu d'œuvrer simplement pour que cette égalité se fasse par le haut, l'opinion accepte qu'elle se fasse par le bas. Toujours est-il que cette proposition de la commission Massot ne fut acceptée, ni par le gouvernement ni par les parlementaires qui raisonnèrent par le haut en redéfinissant pour *tous* les citoyens français l'infraction

internationale); Jean-Paul Delevoye, président de l'Association des maires de France (et futur médiateur); Michel Sapin, président de région et ancien garde des Sceaux sous la présidence de François Mitterrand; Michel Thenault, préfet des Yvelines; Valéry Turcey, magistrat, président en exercice de l'Union syndicale des magistrats.

12. Dans une lettre adressée à l'auteur, qui avait critiqué cette solution dans un article du *Figaro*, le doyen Vedel qualifiait cette idée de la responsabilité pénale de l'État de « coquecigrue ».

13. Chap. 2 du rapport Massot, § 3^e.

involontaire et en mettant fin à cent ans d'identité entre la faute pénale et la faute civile. C'est au sénateur Pierre Fauchon que l'on doit la loi du 10 juillet 2000, après qu'il eut rencontré, ainsi qu'Élisabeth Guigou, une forte opposition des associations de victimes et de certains syndicats. Si ce texte n'éteint pas la cause d'une pénalisation exagérée en France, au moins a-t-il le mérite de contribuer à rendre plus raisonnable pour tous les Français et pas simplement pour les décideurs publics, l'application du droit pénal dans le cas d'infractions involontaires.

Mais nous sommes loin d'en avoir fini avec la contamination généralisée du pénal. Le sort du président de la République a enfin été traité à la fin de son dernier mandat puisque le Parlement réuni à Versailles en congrès, a adopté, pratiquement mot pour mot, le rapport de la commission Avril. Non, le président de la République n'est pas un citoyen comme un autre ! Non, on ne peut pas le poursuivre pénalement (et même civilement devant quelque juridiction que ce soit) pendant la durée de son mandat ! Quitte à ce que les poursuites commencent après, la prescription étant suspendue pendant l'exercice de ses fonctions. Les ministres du gouvernement, eux, peuvent être poursuivis, mais devant la Cour de justice de la République qui, elle, ne connaît pas de parties civiles. Ceci afin d'éviter l'automatisme des ouvertures d'informations pénales qui seraient utilisées pour des raisons politiques.

Mais pour le simple particulier qui voit la justice pénale instrumentalisée contre lui pour des raisons économiques, narcissiques ou de simple vengeance, la situation est-elle supportable ? Nous n'avons encore ni vu ni bu le fond du calice. En effet, les dérèglements du système qui conduit d'éminents esprits à imaginer la responsabilité pénale de l'État n'ont pas encore donné toute sa mesure de serpent qui se mord la queue. Déjà, nous avons observé la mise en cause de deux fonctionnaires publics exerçant par délégation de signature les pouvoirs réglementaires constitutionnels du ministre des Transports. Ils étaient accusés de ne pas avoir pris en temps utile une réglementation rendant obligatoire un certain type d'alarme spécifique sur les avions français. Il a fallu seize ans de procédure et un arrêt de la cour d'appel pour que des juges acceptent l'argument de la défense selon lequel le juge judiciaire pénal n'est pas le juge de l'opportunité de la décision administrative¹⁴. Aujourd'hui, on peut déjà poursuivre des agents publics pour n'avoir pas, dans leur pouvoir disciplinaire, poursuivi certains manquements de leurs administrés. Demain, on ne voit pas pourquoi un procureur de la République

14. Arrêt cour d'appel de Colmar, janvier 2008.

ne serait pas poursuivi pénalement pour ne pas avoir ouvert en temps utile une information pénale ou délivré des réquisitoires sollicités par les victimes¹⁵. Quant aux juges les plus menacés, ce sont évidemment ceux de l'application des peines qui acceptent la sortie de délinquants qui récidivent gravement. Des appels publics à la « responsabilité des juges », approuvés, on le voit, par certains magistrats mis en cause, et à la mise au pilori de certains d'entre eux considérés comme responsables de ces catastrophes judiciaires, conduisent à leur responsabilité pénale. Peut-être verra-t-on un jour l'aberration de la condamnation pénale d'un juge pour ses décisions en matière pénale. Enfin, pourquoi ne pas mettre en cause les généraux qui ont raté leur offensive ou des officiers supérieurs qui n'ont pas réussi une défense ? La question s'était déjà posée après la mort d'un soldat tué au combat en Yougoslavie lors de la reprise d'un pont dont son unité avait été chassée par les Serbes. Les polémiques en cours sur le désastre français au mois d'août en Afghanistan laissent planer un doute sur le mûrissement d'une situation qui peut un jour ou l'autre progresser pour les uns ou déraiper pour les autres.

Ainsi, pour résumer, la victimisation est, en tout cas en France, un élément déterminant de la pénalisation exagérée de la société. Tout l'effort de civilisation depuis plus de deux mille ans a été porté d'abord vers la proportionnalité de la peine par rapport à l'infraction, et ensuite vers la fin de la vengeance privée, en essayant d'éloigner la victime de la scène pénale et de trouver pour elle une autre scène ou d'autres modalités de réparation. Depuis le xvi^e siècle, le procureur du roi institutionnalise ce monopole de la répression et de l'accusation par l'État. Quatre siècles plus tard, la victime est réapparue sur la scène pénale et, depuis lors, son rôle ne fait que se développer en entraînant évidemment à chaque drame, individuel ou collectif, une pénalisation croissante. Ainsi, notre système pénal chauffe lui-même à blanc un mouvement victimaire commun à toutes les démocraties mais qui s'exprime selon des formes différentes en France. Peut-être faudra-t-il là aussi, comme dans d'autres secteurs de la société française, envisager une « rupture » avec le système, en commençant par mieux verrouiller les actions des parties civiles, autrement que par des mesures cosmétiques comme

15. Éric de Montgolfier, procureur de Nice, a été renvoyé au mois d'août devant le tribunal correctionnel pour « atteinte aux libertés ». Avec bonne humeur, il déclare au *Monde*, le 27 août : « C'est une démonstration de ce que je souhaite publiquement : la mise en cause éventuelle de la responsabilité des magistrats. »

celle de la loi du 5 mars 2007¹⁶. Mais serait-ce bien être « du côté des victimes » que d'entreprendre de telles transformations qui semblent décidément difficiles ? Ou alors, en prenant la question par le côté, ne pourrait-on envisager dans un certain nombre de cas, notamment de catastrophes, de créer comme en Angleterre, au Canada et en Europe du Nord « une autre scène » que la scène civile ou pénale ? Elle serait une scène explicative, non répressive, réservant les possibilités judiciaires en cas de révélation d'infraction. Mais susceptible, *avant* le processus judiciaire, de permettre à l'information des citoyens de circuler publiquement. Peut-être faudra-t-il tirer un enseignement de la commission d'enquête parlementaire dans l'affaire d'Outreau qui, hors procès, a rendu compte justement de la catastrophe d'un procès¹⁷. En tout cas, la pénalisation auto-alimentée par la procédure française, nourrie par un mouvement commun à toutes les démocraties, exige une réflexion en profondeur pour éviter que la scène pénale ne soit surchargée par d'autres tâches que de juger équitablement ceux qui ont éventuellement commis des infractions. Là aussi, notre vieille procédure est à bout de souffle car elle n'est plus compatible avec les exigences du monde d'aujourd'hui.

41

16. Loi qui dispose que les parties civiles doivent attendre trois mois entre le dépôt de plainte et la plainte avec constitution de partie civile, le temps pour le parquet de donner son avis.

17. Voir l'article de Daniel Soulez Larivière et Simon Foreman, *Le Monde*, 5 juillet 2008.

R É S U M É

Depuis les années 1980, la victimisation s'est étendue sur tous les fronts et, dans toutes les démocraties, le droit des victimes s'est considérablement développé. Du fait de son système pénal très particulier qui donne un vrai pouvoir aux victimes quant au déclenchement du procès et à sa conduite, la France est devenue le pays dont le système judiciaire est le plus marqué par cette évolution générale.

Y A-T-IL ENCORE UNE PLACE POUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ?

43

Atravers la punition, l'autorité étatique exerce la plus emblématique et la plus étendue de ses prérogatives. Elle peut en effet supprimer des droits, priver de liberté et infliger une souffrance morale ainsi que physique. De cette façon, elle affirme son emprise sur la personne humaine et la soumet à ses volontés par des moyens de coercition qui assurent sa domination.

Un tel pouvoir a besoin de justifications. Elles n'ont pas manqué. La plupart d'entre elles tournent autour de la nécessité de garantir la paix sociale. Thomas Hobbes en a été le théoricien lucide et radical. Par nature, et même par droit de nature, chacun a la liberté d'user, selon son jugement, de ses pouvoirs propres pour préserver sa vie. Ce droit s'étend non seulement aux choses animées et inanimées dont il est permis d'abuser pour sa sauvegarde mais également aux êtres humains. Ces derniers, étant exposés au droit de chacun de se servir d'eux dans un intérêt personnel, n'ont aucune raison de se laisser faire. Il est dès lors prévisible que la paix sera difficile à maintenir, qu'il s'ensuivra un état de guerre de chacun contre chacun et que, dans cet état, il sera loisible à chacun de se défendre par tous les moyens possibles. L'état de guerre étant la conséquence inéluctable de l'exercice des droits naturels, il n'y a pas d'espoir de vivre tranquille sans renoncer à la plus grande partie de ces droits, mais une telle renonciation qui conduit à se désarmer ne peut avoir lieu sans réciprocité. L'intérêt commande donc à chacun de s'accorder avec chacun dans un contrat aux termes duquel les droits naturels seront abandonnés et transférés à une personne souveraine, personne physique ou assemblée, qui les exercera en lieu et place de tous.

L'objet du contrat est de conférer au souverain une puissance absolue car, sans elle, ses sujets auraient la tentation de reprendre tout ou partie des droits cédés. Dans cet État rationnel et totalitaire, la puissance du souverain s'appliquera aux corps mais aussi aux esprits sans être pour autant illimitée. S'il advenait en effet que le souverain ne parvienne pas à protéger la vie de ses sujets, laquelle constitue un droit inaliénable, le contrat de chacun avec chacun serait rompu, le souverain perdrait son autorité et ses sujets retrouveraient le plein usage de leurs droits naturels.

Bien entendu, le droit de punir figure parmi les droits transférés mais, dans la théorie de Hobbes, la plus totalitaire jamais conçue, ce droit trouve sa limite dans l'obligation pesant sur celui qui l'exerce de préserver la vie et l'intégrité des personnes qu'il tient en sa puissance.

44 D'une manière générale, il est impossible de concevoir et de définir un droit sans limites. Le droit de punir n'échappe pas à la règle. Il peut même être dit qu'il y échappe moins qu'aucun autre car, portant en lui un risque de graves abus, il est menacé d'atteindre à tout instant la limite au-delà de laquelle il s'autodétruit.

L'abus des choses inanimées n'entraîne que leur destruction tandis que l'abus, à l'occasion de l'exercice du droit de punir, des êtres de raison n'entraîne pas seulement leur destruction mais aussi celle du droit lui-même, celui-ci n'ayant été instauré que pour atteindre une fin comportant également la sauvegarde et l'intégrité de la personne sanctionnée.

Il est toujours possible de maltraiter les choses, les animaux ainsi que les personnes réduites en esclavage mais il est impossible d'exercer, au nom des prérogatives légales de la puissance publique, le droit de punir sur une personne qui ne jouissait pas de sa liberté au moment des faits qu'on lui reproche.

Ce principe, fondé sur une logique rationnelle, a été adopté par la plupart des systèmes répressifs et, en particulier, par ceux qui sont inspirés par une idée religieuse attribuant à la personne humaine une partie du caractère sacré de la divinité censée l'avoir créée, mais il est indépendant de ces doctrines. Assurément, le fort peut punir le faible dans n'importe quelle situation mais il n'en a le droit que dans la limite et le respect des raisons qui le lui ont donné. À défaut, la punition suscite la révolte légitime de la personne qu'elle atteint et crée les conditions de sa négation.

C'est aussi pourquoi le droit de punir, indissociable des modalités de fonctionnement des pouvoirs publics, a nécessairement affaire au statut du citoyen, autrement dit de l'homme libre.

Le Code pénal définit les infractions punissables et les peines applicables

à leurs auteurs, c'est le livre de la répression mais c'est aussi le livre de la liberté puisqu'il permet de faire ou de ne pas faire tout ce qu'il n'a pas érigé en actions ou omissions illicites. Aucune action ou omission n'étant punissable en dehors d'un texte qui l'édicte, il en résulte que l'auteur de l'infraction est réputé avoir agi librement et en connaissance de cause. Il en résulte également que l'absence d'intention criminelle ou l'absence de discernement sont des causes d'exonération pour l'auteur de l'infraction. En effet, ces absences démontrent que la personne soupçonnée ou bien n'avait pas conscience de commettre une illégalité, ou bien n'avait pas voulu la commettre. Ayant agi comme si son comportement entrait dans la catégorie des choses permises, elle n'est punissable qu'en passant par l'anéantissement du Code pénal lui-même puisque celui-ci a pour objet de distinguer ce qui est permis et ce qui est interdit. Le défaut de discernement et/ou d'intention abolissant cette distinction vide la notion de responsabilité, corollaire de celle de liberté, de sa substance. Certes, le dommage n'a pas disparu, pas plus que la responsabilité de ceux qui avaient sous leur garde les auteurs matériels du fait dommageable. Ces derniers doivent, à ce titre, le réparer mais la responsabilité pénale de l'auteur involontaire ou inconscient subsiste-t-elle ?

45

Il est admis que des coups ayant causé la mort sans intention de la donner créent une responsabilité pénale, de même qu'un homicide peut être involontaire. Encore faut-il que le coup à l'origine de la mort ou l'imprudence à l'origine de l'accident mortel ait été donné ou commise volontairement.

L'acte involontaire ou inconscient ne peut ouvrir la voie au droit de punir puisque celui-ci a perdu sa justification à l'instant même où le délinquant a perdu sa liberté de choisir. La liberté individuelle fonde la responsabilité pénale de même que la loi pénale garantit la liberté individuelle.

La loi du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté sape ces principes en instituant une peine sans crime. À la fin de leur peine, certains condamnés, considérés comme dangereux par la juridiction qui les a jugés, pourront être détenus pendant une période de temps indéterminée s'il en est décidé ainsi après consultation d'une commission d'experts. Avec cette loi opportuniste, la notion de faute est remplacée par celle de risque et celle de responsabilité par celle de dangerosité. La personne n'est pas punie pour ce qu'elle a fait mais pour ce qu'elle risque de faire.

De cette façon, le législateur a littéralement empoisonné le Code pénal puisqu'il a introduit l'idée qu'une mesure aussi coercitive que la privation de liberté pouvait être ordonnée, en dehors d'un fait criminel avéré, au

seul motif que la personne ainsi sanctionnée risquait de commettre un nouveau crime. Une telle mesure constitue bien un empoisonnement car elle conduit à la destruction de la responsabilité pénale et, partant, de la loi pénale.

46 Tel qui aura purgé quinze ans de réclusion criminelle en exécution d'une décision judiciaire prononcée après un débat contradictoire portant sur les faits reprochés et sur sa personnalité verra sa peine prolongée au-delà de la durée initialement fixée au motif que des experts en psychiatrie auront estimé qu'il était potentiellement dangereux. La raison d'être ainsi que la finalité de la loi pénale est de sanctionner des faits résultant d'actes délibérément accomplis, librement et consciemment. Elle repose sur ce principe qu'aucun acte envisagé, conçu ou même ouvertement désiré ne peut être puni aussi longtemps qu'il n'a pas été accompli. Durant le temps qui sépare la conception de l'acte en imagination et sa réalisation, la possibilité de renoncer au projet jusqu'au dernier instant laisse ouvert un champ d'incertitude que la liberté seule peut clôturer. Que l'homme libre renonce à l'acte envisagé et il est innocent, qu'il l'accomplisse et il est coupable.

En décidant que cet homme encore libre de s'abstenir de tout acte illicite peut être privé de liberté au-delà de ce qui a été décidé en fonction de ce qu'il a fait, la loi ordonne à des tiers de se substituer à lui et, pareils à des sorciers, de pénétrer à l'intérieur de sa conscience, de parler en son nom et d'appréhender son libre arbitre à sa place. Abolissant sa liberté et le soumettant à sa domination, la loi détruit aussi la distinction fondatrice du droit de punir entre ce qui est permis et ce qui est interdit. Désormais, la punition frappe alors que rien d'interdit n'a été accompli.

Sans doute la politique peut-elle être considérée comme l'art de faire croire aux hommes que la vie est sans danger ou, plus exactement, que la plupart des dangers de la vie peuvent être prévenus. La loi sur la rétention de sûreté va au-delà de ce genre de promesses. Elle s'inscrit dans un mouvement plus vaste tendant à faire croire qu'on peut déceler le mal aussi facilement qu'on observe la couleur des yeux. Personne n'y croit mais cette politique rassure, ce qui nous fait oublier qu'elle asservit. C'est elle qui enferme les enfants et punit les fous comme autrefois on maudissait le ciel et faisait fouetter la mer après le naufrage.

R É S U M É

Le Code pénal n'est pas seulement le livre des peines légales, il est aussi un code de la liberté. En effet, aucune infraction ne peut être poursuivie sans un texte légal antérieur aux faits reprochables. Autrement dit, tout ce qui n'est pas interdit est permis.

Le droit de punir n'est pas illimité. Il ne peut réprimer que les abus de la liberté et suppose, par conséquent, que celle-ci ait existé au moment de l'acte chez la personne poursuivie. Les lois récentes sapent ces principes, empoisonnent la loi pénale et conduisent à sa destruction.

JUSTICE PÉNALE
ET JUSTICE CIVILE
ÉVOLUTION,
INSTRUMENTALISATION,
EFFETS PERVERS...

49

C'est une idée assez partagée que la pénalisation se manifeste aussi par un recours intempestif des justiciables à la justice pénale¹. On a ainsi soutenu que celle-ci serait souvent mise en œuvre pour connaître de contentieux dont elle ne devrait pas être la juridiction. On lui reproche notamment d'être saisie d'affaires dont le caractère est essentiellement civil. On lui reproche également de servir parfois des objectifs non judiciaires dans des causes commerciales ou prud'homales. Ces détournements de la justice pénale s'expliqueraient par ses avantages incomparables à ceux de la justice civile². Ils seraient permis par son accessibilité, laquelle serait l'instrument de sa fréquente substitution à la justice civile.

Ces analyses ont convaincu le législateur, lequel s'est récemment employé à lutter contre cette forme de pénalisation. Mais son attention s'est portée exclusivement sur la justice pénale dont il a entendu diminuer l'attrait et entraver l'accès. Ses solutions ne peuvent donc qu'être limitées tant le pouvoir d'attraction de la justice pénale procède de sa nature ou de principes fondamentaux qu'il n'est pas question, évidemment, de remettre en cause.

1. Voir, par exemple, « La dépenalisation de la vie des affaires », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008, p. 79.

2. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 4^e éd., Litec, 2008, n° 1540.

FORCE DES CAUSES DU RECOURS À LA JUSTICE PÉNALE

Les causes du recours à la justice pénale à la place de la justice civile sont de plusieurs ordres. Elles tiennent fondamentalement à sa nature même et aux conséquences procédurales qui en découlent. Elles peuvent bien entendu se cumuler dans une même instance.

50 Le recours à la justice pénale intervient souvent à des fins vindicatives. Il permet en effet à la victime d'obtenir une déclaration de culpabilité pénale et une condamnation à une peine qui est mieux en mesure de satisfaire un éventuel besoin de vengeance. C'est l'effet cathartique du procès pénal dont on sait qu'il est à l'origine de nombreuses saisines de la justice pénale par les victimes³. La justice civile est dans l'incapacité de satisfaire ces demandes, elle ne leur répond que par l'octroi de dommages-intérêts qui sont de surcroît accordés au seul dommage sans prise en compte de la faute qui l'a causé. Cette réduction de la justice civile à une instance strictement indemnitaire est sans doute excessive. On a bien montré qu'elle peut aussi avoir un aspect punitif⁴. Il n'empêche que ce n'est pas là sa finalité principale, de sorte que sa condamnation des comportements n'apparaît pas au premier plan. Elle ne peut pas être comparable à celle qui est attachée à un jugement pénal, lequel a précisément pour objet de déclarer une culpabilité et de prononcer une condamnation à une peine. L'instance pénale bénéficie en outre d'une résonance médiatique sans comparaison avec celle d'un procès civil. Cette différence découle évidemment de leurs objets respectifs. Les enjeux du procès pénal s'accordent mieux aux exigences dramaturgiques des médias. Cette répercussion médiatique renforce le caractère répressif de la justice pénale et accroît encore, dans ce domaine, l'écart avec la justice civile.

En outre, le choix de la victime de recourir à la justice pénale dans un but vindicatif n'intervient pas au détriment de sa réparation. On sait que les juridictions pénales sont compétentes pour indemniser les dommages causés par les infractions dont elles sont saisies⁵. C'est d'ailleurs cette

3. Voir, pour le procès dit de l'hormone de croissance, Pascale Robert-Diard, « Le poids des victimes, les exigences du droit », *Le Monde*, 26 mars 2008.

4. Voir André Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *Mélanges Ancel*, 1975, t. I, p. 407 *sq.*; Suzanne Carval, *La Responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

5. Art. 2, al. 1^{er}, CPP.

compétence qui fonde le droit pour les victimes de mettre en mouvement l'action publique et de saisir les juridictions pénales de son action⁶. Il en résulte que la justice pénale permet à la fois aux victimes de satisfaire leur demande de vengeance et d'obtenir la réparation de leur dommage. Sans doute existe-t-il des cas où les juridictions pénales sont incompétentes pour réparer le dommage causé par l'infraction. Ainsi quand cette réparation relève d'un régime spécial dont l'application ne relève pas de la compétence des juridictions pénales. Par exemple, la réparation des dommages causés par une infraction constitutive d'un accident du travail⁷ ou d'un accident de transport aérien⁸ ne peut pas être demandée au juge pénal. C'est aussi le cas pour le dommage consécutif à une infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions dès lors qu'elle est constitutive d'une faute de service ou d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. Il s'agit néanmoins d'hypothèses marginales qui n'affaiblissent pas le constat que la justice pénale permet généralement aux victimes de demander conjointement la déclaration de culpabilité pénale de l'auteur et la réparation de leur dommage.

51

Par ailleurs, on sait que l'incompétence indemnitaire des juridictions pénales n'interdit pas à la victime de les saisir. La chambre criminelle a depuis longtemps admis qu'elles peuvent agir « pour corroborer l'action publique »⁹. C'est la reconnaissance de la nature vindicative du recours à la justice pénale, lequel est en mesure d'intervenir alors même que cette dernière ne peut pas donner lieu à une indemnisation du dommage causé par l'infraction. C'est aussi l'affirmation d'un véritable droit d'action civile qui consiste à permettre à la victime d'une infraction pénale de saisir, dans tous les cas, les juridictions répressives pour obtenir la condamnation pénale de son auteur.

La préférence pour la justice pénale s'explique aussi par ses avantages procéduraux. Elle permet à la victime de bénéficier des moyens d'investigation de l'autorité publique. Le ministère public ou le juge d'instruction disposent de pouvoirs coercitifs pour la recherche des preuves. Cette recherche profite évidemment à la victime dont les charges probatoires sont, de ce fait, très allégées. C'est une facilité que n'offre pas – loin s'en faut – la justice civile, laquelle laisse aux parties le soin de rassembler les preuves au soutien de leur prétention. Sans doute le juge de la mise en

6. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *op. cit.*, n° 1042.

7. Crim., 16 mars 1964, JCP 1964.II.13744.

8. Crim., 9 janvier 1975, D. 1976, Jur. 116.

9. Voir, par exemple, Crim., 22 janvier 1953, D. 1953, Jur. 109, rapp. M. Patin ; Crim., 20 octobre 1966, Bull. crim., n° 235 ; Crim., 8 juin 1971, Jur. 594.

état peut-il ordonner d'office des mesures d'instruction¹⁰. Ce pouvoir n'est cependant pas comparable à ceux du procureur de la République ou du juge d'instruction. Il n'est pas directement coercitif et n'est pas mis en œuvre au-delà des demandes des parties. Ces limites découlent du principe dispositif applicable en procédure civile, lequel s'oppose à l'immixtion du juge dans le contentieux qui lui est soumis. C'est une restriction que ne connaît pas la justice pénale, qui est tout empreinte d'ordre public et refuse, à ce titre, que le périmètre des poursuites soit délimité par les parties privées. Cette présence de l'ordre public est précisément la cause des moyens d'investigation accordés aux autorités judiciaires, lesquels sont sans commune mesure avec ceux du juge de la mise en état. C'est évidemment là un puissant facteur d'attraction pour la justice pénale, laquelle peut faire espérer aux victimes une meilleure recherche des preuves.

52

Le bénéfice des moyens d'investigation exercés par les autorités judiciaires s'accompagne de celui de leur gratuité. Le coût des opérations accomplies sous l'autorité du procureur de la République ou à la demande du juge d'instruction est pris en charge par l'État. C'est là un principe posé par l'article 800-1, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale qui s'applique à la personne poursuivie comme à la partie civile. Les victimes profitent donc gratuitement des opérations accomplies par les autorités judiciaires et des preuves qu'elles ont permis de rassembler. L'intérêt est particulièrement appréciable pour les expertises financières dont le prix est souvent très élevé. La solution est différente devant la justice civile où les mesures d'instruction sont payées par les parties. Celles-ci doivent, par exemple, assumer le prix des expertises qu'elles réclament. Cette différence explique que le choix du recours à la justice pénale soit parfois motivé par le souci de s'épargner pareille dépense. C'est même l'un des cas les plus fréquemment dénoncés de l'instrumentalisation de la justice pénale. C'est ainsi que des contentieux commerciaux ou financiers ont été portés devant la justice pénale aux seules fins d'éviter le paiement d'une expertise comptable ou financière.

Un autre avantage procédural du recours à la justice pénale a trait à ses effets d'interruption des instances civiles en cours. La règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état conduit à immobiliser les procès civils ayant trait à des demandes liées à des faits soumis aux juridictions

10. Art. 771, NCPC. Voir pour une mise en avant des pouvoirs du juge de la mise en état comparés à ceux du juge d'instruction, « La dépenalisation de la vie des affaires », rapport cité, p. 86 *sq.*

répressives¹¹. On sait qu'elle est fondée sur le souci d'éviter une contrariété entre un jugement civil et un jugement pénal. La primauté est alors accordée aux juridictions pénales en raison des enjeux d'ordre public attachés à leur intervention. Il s'ensuit que les victimes ont intérêt à agir devant la justice pénale quand celle-ci est conjointement saisie des faits qui fondent leur demande. Cette saisine reporte en effet leur indemnisation par les juridictions civiles après l'achèvement du procès pénal. Il est évident que cette solution ne peut qu'inciter les nouveaux plaideurs à délaisser la justice civile pour se joindre aux instances pénales en cours. Mais cet effet interruptif de la justice civile est parfois détourné de son objet. On a signalé que de nombreux recours à la justice pénale avait pour principal objectif de paralyser un procès civil¹². Cela s'est notamment observé en matière commerciale ou prud'homale¹³. C'est évidemment un autre cas d'instrumentalisation de la justice pénale, laquelle intervient, dans cette hypothèse, aux seules fins d'évincer ou, à tout le moins, d'arrêter le cours de la justice civile.

53

Les avantages de la justice pénale s'accompagnent en outre d'une grande facilité pour y accéder. La recevabilité de l'action civile est subordonnée à la seule condition d'un dommage personnel et direct¹⁴. Ce dommage peut même être seulement éventuel au stade de l'instruction. La Cour de cassation considère, dans cette hypothèse, qu'il suffit que « les circonstances permettent à la juridiction d'instruction d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale¹⁵ ». La solution est expliquée par la volonté de la chambre criminelle de favoriser l'accès des victimes à la justice pénale¹⁶. On sait que les victimes ont aussi la possibilité de saisir directement le tribunal de police ou le tribunal correctionnel au moyen d'une citation directe¹⁷. La juridiction de jugement est saisie de l'action publique et de l'action civile dans l'indifférence des réquisitions du ministère public. C'est là encore un mode très facile d'accès à la justice pénale, puisqu'il ne se heurte à aucun obstacle procédural en dehors du paiement de la consignation fixée par la juridiction de jugement.

11. Art. 4, al. 2, CPP.

12. Roger Merle, André Vitu, *Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 372.

13. « Célérité et qualité de la justice », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 15 juin 2004, p. 117 *sq.*

14. Art. 2, al. 1^{er}, CPP.

15. Crim., 15 novembre 1988, *Bull. crim.*, n° 387.

16. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *op. cit.*, n° 1051.

17. Art. 392 et 533, CPP.

Il est indifférent que la victime soit dans l'impossibilité d'obtenir une réparation devant les juridictions répressives. Elle conserve son droit d'agir « pour corroborer l'action publique et établir la culpabilité du prévenu¹⁸ » ou « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité¹⁹ ». Ces solutions témoignent de l'existence d'un véritable droit d'action civile au profit de la victime, lequel lui permet de revendiquer l'accès à la justice pénale dès lors qu'elle peut faire état d'un dommage consécutif à l'infraction commise²⁰. La reconnaissance de ce droit n'est évidemment pas en mesure d'empêcher les plaideurs de choisir de porter leur action devant la justice pénale.

54

C'est cette conjonction entre de plus grands avantages et une grande facilité d'accès qui est la cause du recours à la justice pénale par les plaideurs. Sans doute celui-ci est-il souvent à l'abri de critiques quand il est le fait de victimes ayant personnellement subi une atteinte dont le caractère infractionnel est peu douteux. Mais le choix de la justice pénale peut aussi relever d'un dévoiement sinon d'une instrumentalisation. Il relève d'un dévoiement quand il procède de plaintes peu fondées ou porte sur des contentieux qui sont pénalisés artificiellement. Il relève d'une instrumentalisation quand il ne poursuit pas un objectif répressif et est mis en œuvre pour ses effets procéduraux immédiats. C'est le cas lorsque le choix de la justice pénale vise, par exemple, à déstabiliser un concurrent ou à interrompre une instance civile. Ces instances pénales contribuent sans aucun doute au sentiment de pénalisation excessive qui s'est assez largement répandu. Aussi le législateur s'est-il efforcé de leur dresser des obstacles pour renvoyer ces contentieux à la justice civile. Mais son intervention est demeurée limitée, puisqu'elle a seulement consisté à essayer d'empêcher le recours à la justice pénale sans agir sur les faiblesses de la justice civile.

LIMITES DES OBSTACLES AU RECOURS À LA JUSTICE PÉNALE

La facilité d'accès à la justice pénale a donné lieu à de nombreux excès²¹. Ceux-ci sont déjà à l'origine d'une loi du 2 juillet 1931, dont l'objet était précisément d'empêcher les recours abusifs à la justice pénale. On

18. Crim., 8 juin 1971, D. 1971, Jur. 594, note J. Maury.

19. Crim., 20 octobre 1966, cité.

20. Voir, sur le droit d'action civile, Serge Guinchard, Jacques Buisson, *op. cit.*, n° 1043.

21. Roger Merle, André Vitu, *op. cit.*

lui doit des mesures préventives et sanctionnatrices qui sont toujours de droit positif.

Les mesures préventives ont consisté à prévoir la communication au procureur de la République des plaintes avec constitution de partie civile, afin de lui permettre de prendre ses réquisitions, qui peuvent s'opposer à la recevabilité ou à l'information de la plainte²². Celles-ci ne s'imposent cependant pas au juge d'instruction, lequel peut passer outre des réquisitions d'irrecevabilité ou de non-informer. La chambre criminelle considère en outre que le juge d'instruction supporte une obligation d'instruire qui ne cesse que s'il ne fait aucun doute que les faits ne peuvent être ni poursuivis ni qualifiés pénalement²³. Cette solution réduit largement la portée du dispositif mis en place par la loi du 2 juillet 1931, puisque le refus d'informer ne peut intervenir que par exception. Il n'en ressort pas, dans tous les cas, de forte restriction à l'accès à la justice pénale pour les plaideurs qui la saisissent.

55

Les mesures sanctionnatrices ont consisté à permettre à la personne visée par une plainte avec constitution de partie civile de saisir le tribunal correctionnel d'une demande de dommages-intérêts. Cette possibilité lui est ouverte après qu'elle a obtenu un non-lieu. Elle lui permet de bénéficier d'une procédure plus rapide et moins coûteuse que devant le tribunal de grande instance. Cette voie sanctionnatrice a été renforcée ultérieurement par la loi du 4 janvier 1993 prévoyant la possibilité pour le juge d'instruction de prononcer une amende civile à l'encontre de l'auteur d'une plainte avec constitution de partie civile²⁴. L'amende civile suppose une ordonnance de non-lieu. Elle ne peut pas excéder 15 000 €. Il s'agit là de mesures qui tendent seulement à dissuader de recourir à la justice pénale. Leur efficacité est demeurée faible d'autant plus qu'il a été constaté que l'amende civile est rarement prononcée²⁵. Elles n'apparaissent pas, dans ces conditions, capables de limiter efficacement le recours à la justice pénale.

Cette inefficacité explique la persistance des dénonciations du recours abusif à la justice pénale. On en trouve une bonne illustration dans le rapport Magendie du 15 juin 2004 sur la célérité et la qualité de la justice²⁶. Celui-ci a abondamment dénoncé les plaintes « plus ou moins fantaisistes » ou « inutiles et dilatoires »²⁷. Il a fait plusieurs propositions pour

22. Art. 86, CPP.

23. Crim., 16 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 259.

24. Art. 177-2, al. 1^{er}, CPP.

25. « La dépénalisation de la vie des affaires », rapport cité, p. 83.

26. « Célérité et qualité de la justice », rapport cité.

27. *Ibid.*, p. 115-116.

leur faire obstacle, lesquelles ont été partiellement mises en œuvre par la loi 2007-291 du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale. Leur particularité commune est d'essayer de prévenir et non de sanctionner les recours abusifs à la justice pénale en réduisant les avantages qu'elle est susceptible d'offrir.

56

La loi du 5 mars 2007 a entendu lutter contre les recours ayant pour objet d'arrêter un procès civil. Elle a ainsi restreint la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état en la limitant aux seules actions en réparation du dommage causé par l'infraction. Les autres actions exercées devant une juridiction civile peuvent être examinées immédiatement « même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil²⁸ ». C'est le cas, par exemple, pour une procédure de licenciement devant un conseil de prud'hommes lorsqu'elle est fondée sur une faute susceptible d'être qualifiée pénalement et qui est, à ce titre, soumise conjointement aux juridictions pénales. C'est aussi l'hypothèse d'une instance en divorce où le demandeur a conjointement saisi les juridictions répressives des faits qu'il reproche à son conjoint. Mais la restriction apportée par la loi du 5 mars 2007 est seulement facultative. Les juridictions civiles conservent la possibilité de surseoir à statuer. Cette solution s'explique par le principe de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil. Celui-ci impose aux juridictions civiles de respecter les jugements répressifs. Il leur est, de ce fait, interdit de contredire « ce qui a été certainement et nécessairement jugé par le juge criminel²⁹ ». Il y a lieu de penser que les juges civils continueront souvent de surseoir à statuer pour précisément éviter de rendre une décision susceptible d'être ultérieurement remise en cause, au motif qu'elle est contraire à un jugement pénal. La réduction de la portée de l'article 4 du Code de procédure pénale n'apparaît donc guère en mesure de limiter efficacement le recours à la justice pénale. Il faut, en outre, constater qu'elle vise des cas assez marginaux de recours abusifs à la justice pénale. Il apparaît douteux que ceux-ci s'incarnent principalement dans des actions aux seules fins d'arrêter une instance civile. Le choix de la justice pénale s'explique sans doute par des motifs plus fondamentaux, qui relèvent de sa nature répressive et des moyens d'investigation qu'elle permet de mettre en œuvre.

La loi du 5 mars 2007 a aussi essayé de réduire quelque peu l'attraction de la gratuité de la justice pénale en permettant au juge d'instruction

28. Art. 4, al. 3, CPP.

29. Req., 9 décembre 1902, DP 1903.1.47.

d'imposer le paiement d'un complément de consignation à la partie civile qui demande la réalisation d'une expertise³⁰. La mesure tend évidemment à diminuer l'intérêt de la saisine des juridictions pénales aux fins d'éviter le paiement d'une expertise. Elle vise, à ce titre, principalement les contentieux commerciaux ou financiers. Elle est néanmoins d'une portée limitée, puisqu'elle ne s'applique qu'aux demandes d'expertise. Elle ne remet pas en cause le principe de la gratuité de la justice pénale qui demeure pour l'ensemble des autres frais. La prise en charge définitive de l'expertise est, par ailleurs, liée au prononcé ultérieur d'une amende civile pour constitution de partie civile abusive ou dilatoire. Or celle-ci est peu prononcée en pratique. Dans ces conditions, la mesure s'apparente au versement d'une garantie qui a vocation à être remboursée à l'issue du procès pénal. La somme demandée ne peut pas, de surcroît, excéder 15 000 € – montant maximum de l'amende civile. Ce montant n'est pas en rapport avec le prix des expertises comptables ou financières, qui lui est généralement très supérieur. Il n'apparaît donc pas en mesure de dissuader, dans ce domaine, de recourir à la justice pénale alors même que c'était là son objectif.

57

La loi du 5 mars 2007 s'est enfin employée à faire obstacle aux plaintes avec constitution de partie civile en exigeant qu'elles soient précédées d'une plainte simple antérieure de trois mois ou qui a fait l'objet d'une décision de refus de poursuite par le procureur de la République³¹. Il s'ensuit que le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile ne peut intervenir qu'en cas d'absence de réaction du procureur de la République dans un délai de trois mois ou après qu'il a fait connaître qu'il n'engagera pas lui-même les poursuites. La mesure, qui n'est pas applicable pour les crimes ainsi qu'en matière de presse et électorale, ne fait cependant pas obstacle au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, lequel peut continuer d'intervenir malgré le refus exprès du parquet d'engager les poursuites : elle ne rend donc pas impossible la saisine de la justice pénale. Cette solution s'explique par l'existence d'un droit d'accès à la justice pénale auquel il ne peut pas être dérogé³². C'est pourquoi le législateur n'a pas posé d'interdiction de saisir la justice pénale. Cette absence formelle d'interdiction ne doit pas conduire à sous-estimer la restriction apportée au droit de se constituer partie civile. Celui-ci est sans aucun doute diminué, dès lors qu'il s'exerce après que

30. Art. 88-2, CPP.

31. Art. 85, CPP.

32. Voir « Célérité et qualité de la justice », rapport cité, p. 116.

le parquet a manifesté son refus d'engager les poursuites. Il ne fait guère de doute que la plainte avec constitution de partie civile déposée dans ces circonstances perd de son crédit. Il y a en effet lieu de craindre que le juge d'instruction qui en est saisi, ait un préjugé sur son bien-fondé qui se répercute sur ses diligences à l'instruire. L'atteinte portée au droit d'accès à la justice pénale est contestable, parce qu'elle tend à exploiter des comportements qui méconnaissent les dispositions légales.

58 Nonobstant la possible efficacité de cette restriction, les mesures légales destinées à lutter contre les saisines abusives de la justice pénale souffrent de seulement viser à leur faire obstacle. Ce faisant, elles sont insuffisantes et insatisfaisantes, puisqu'elles réduisent peu les intérêts à choisir la justice pénale et, de toute façon, ne lui opposent aucune solution de remplacement. Il aurait convenu qu'elles s'accompagnassent d'une action sur la justice civile pour que celle-ci puisse compenser les avantages de la justice pénale et lui proposer une véritable voie de substitution. Or, l'intervention législative a laissé de côté la justice civile qui continue, de fait, de souffrir des faiblesses qui sont la cause de son délaissement. Dans ces conditions, la justice pénale et ses avantages ne sont pas concurrencés, ce qui augure mal de la réduction des faveurs dont elle est l'objet.

La restauration de l'attractivité de la justice civile a été, en revanche, l'un des moyens mis en avant par le rapport Coulon pour dépénaliser la vie des affaires³³. Il a proposé, d'une part, de rendre la justice civile « économiquement plus attractive pour les parties » afin de « favoriser le recours volontaire à la voie civile ». Il a, à cette fin, préconisé le remboursement intégral des frais de justice devant le juge civil. Capable de contrebalancer la gratuité de la justice pénale, la mesure a été présentée comme pouvant donner lieu à une « dépénalisation par incitation économique ». Le rapport Coulon a, d'autre part, proposé la création d'une action de groupe afin « de permettre une nouvelle voie d'accès à la justice à la place de certaines plaintes avec constitution de partie civile ».

Il ne s'agit pas d'entrer dans le détail de ces deux propositions. Elles ont cependant le mérite incontestable de montrer qu'une dépénalisation ne saurait être efficace si elle ne s'emploie pas, dans le même temps, à donner à la justice civile les avantages qui portent les plaideurs vers la justice pénale. Car le recours à la justice pénale est aussi la conséquence des faiblesses de la justice civile. Son renforcement est donc la condition d'une dépénalisation par diminution des contentieux portés devant la

33. « La dépénalisation de la vie des affaires », rapport cité, p. 86 *sq.*

justice pénale. Ce renforcement est d'autant plus nécessaire qu'il n'apparaît pas possible d'empêcher l'accès à la justice pénale. Celui-ci relève d'un véritable droit dont la limitation ne peut être, à ce titre, que très limitée. C'est pourquoi le recours à la justice pénale ne peut diminuer que si la justice civile est en mesure de proposer des avantages équivalents.

R É S U M É

Le recours à la justice pénale à la place de la justice civile est souvent présenté comme l'une des manifestations prises par la pénalisation. Il est vrai que la justice pénale présente des avantages sur la justice civile qui expliquent que les plaideurs préfèrent y recourir. Le législateur a pris acte de cette situation et s'est employé à faire obstacle à l'accès à la justice pénale et à réduire ces avantages. Ces restrictions ne peuvent cependant qu'être limitées, étant donné que l'accès à la justice pénale, qui relève d'un véritable droit, ne peut pas être interdit. Il s'ensuit que l'accès à la justice pénale ne diminuera au profit de la justice civile que si celle-ci fait, de son côté, l'objet de réformes qui lui permettent de présenter des avantages équivalents.

EMMANUEL ROSENFELD
JEAN VEIL

SANCTIONS ADMINISTRATIVES, SANCTIONS PÉNALES

« Il est fort triste que [...] nous soyons constitués de deux moitiés qui font toutes deux la même chose, de sorte que tout se produit deux fois. »

61

Georg Büchner, *La Mort de Danton*

Le projet de loi sur la dépénalisation du droit des affaires va bientôt offrir une nouvelle occasion de repenser les rôles respectifs des répressions administratives et pénales : deux cent vingt ans après l'avènement de la séparation des pouvoirs, faut-il paradoxalement ériger en nouvelle conquête de l'État de droit le transfert du judiciaire à l'exécutif du pouvoir de sanction ?

Certes le paradoxe n'est qu'apparent. Les sanctions administratives ont toujours existé : disciplinaires contre les fonctionnaires, les militaires ou les détenus ; pécuniaires contre les ordonnateurs, les comptables publics ou les contribuables ; pseudo-pénales au service du domaine public. Elles restaient néanmoins limitées au fonctionnement interne de l'administration et ne s'appliquaient donc qu'aux agents publics ou aux administrés en rapport avec l'administration ; ainsi la novation n'est pas l'attribution à l'administration de pouvoirs répressifs mais sa faculté de punir des non-fonctionnaires pour des comportements étrangers à la gestion des affaires publiques : investisseurs sur les bourses de valeurs ; entreprises tournant le droit de la concurrence ; opérateurs de télécommunication ; détenteurs de données personnelles. Hier le juge administratif était, sauf exception, incompétent pour condamner les administrés à payer des dommages-intérêts à l'administration. Aujourd'hui l'administrateur non-juge peut leur infliger des amendes.

Parler d'« administration » n'est pas strictement exact puisque c'est dans le sillage des autorités administratives indépendantes (AAI) que prolifèrent depuis trois décennies les sanctions administratives. Certes les AAI sont la négation même de la séparation des pouvoirs : l'AAI applique les normes qu'elle édicte et en punit la violation, comme si la confusion des pouvoirs était la seule garantie qu'ils seront exercés efficacement ? Elles offrent pourtant des garanties d'indépendance de sorte que ce qui serait inadmissible d'un chef de bureau est tolérable estampillé AAI.

62 En cela rien ne distingue au demeurant la France. Tous les pays ont multiplié les sanctions administratives pour pallier les insuffisances de la répression pénale : lenteur, complexité et technicité croissante des mécanismes économiques, impossibilité en France avant 1994 de sanctionner les personnes morales. Ce phénomène est une réponse à un problème plus général : l'inadéquation d'institutions de proportions nécessairement restreintes (le législatif ; le judiciaire) à l'implication toujours plus massive de l'administration dans les rapports socio-économiques.

Reste que partout l'hybride ainsi créé pose les mêmes insolubles problèmes conceptuels : la Cour suprême des États-Unis a oscillé du bénin *Halper* (une amende de 130 000 \$ pour une fraude de 594 \$ est pénale) au sévère *Hudson* (peu importe l'énormité des sanctions effectivement prononcées dès lors que la loi n'a pas entendu leur conférer un caractère pénal). Reste aussi qu'à l'heure de la mondialisation le cumul des sanctions s'alourdit : double peine hier pour les immigrés en situation irrégulière ; quadruple voire quintuple peine pour le monde des affaires (procédures boursières ou de concurrence et procédures pénales en Europe et aux États-Unis, et le cas échéant *class action*¹ pouvant en matière de concurrence comporter des dommages punitifs).

On doit donc s'interroger sur l'identité singulière de chacune de ces deux formes de répression avant d'esquisser le « rêve familial » aux praticiens du non-cumul.

« NI TOUT À FAIT LA MÊME
NI TOUT À FAIT UNE AUTRE... »

Les sanctions administratives ne sont, dans leur principe même, ni un scandale ni même un sujet de débat. Leur existence a toujours été

1. Recours entrepris pour le compte de personnes identifiées ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune.

considérée comme légitime². Seule se pose la question de la différence de nature et de régime entre les deux catégories de sanctions.

Les Cours suprêmes se sont efforcées de tracer les lignes-frontières. L'exercice était indispensable pour déclencher ou dénier l'application, soit de la règle *non bis in idem* interdisant de punir deux fois à raison des mêmes faits, soit du corps de garanties propres à la matière pénale.

Le droit français a adopté un critère organique : est une sanction administrative celle qui est prononcée par une autorité administrative. La jurisprudence américaine et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) penchent pour un critère matériel. Aux États-Unis, quel qu'en soit l'auteur, le juge se livre à un examen de la sanction, l'autorité sanctionnatrice ou la volonté du législateur n'étant que deux critères parmi d'autres, pour déterminer sa nature. La CEDH admet elle aussi que la matière pénale déborde de beaucoup les juridictions pénales. Cette analyse est plus réaliste mais le système français parvient néanmoins à un résultat comparable par l'intégration de la sanction administrative à la catégorie plus ample du droit répressif qui justifie alors, sans le détour de la requalification, l'application des principes communs de ce droit.

63

Reste une différence : le formalisme du critère retenu par notre droit remet au législateur le soin de rendre les peines cumulables ou non : du seul fait qu'il qualifie une sanction administrative il en autorise le cumul avec une sanction pénale. Cette différence est cependant plus théorique que réelle puisque aux États-Unis les requalifications sont rares et que, d'autre part, le Conseil constitutionnel a édicté une règle de plafonnement global (voir *infra*).

En définitive les critères d'identification de la sanction et de l'infraction administratives sont peu ou prou identiques partout. Les sanctions administratives se distinguent des fautes pénales par : la nature de la transgression qui ne requiert en général pas d'élément intentionnel alors qu'en matière pénale le juge doit, sauf exception, caractériser la mauvaise foi ; la norme violée, qui peut être réglementaire et non législative (ce qui, en matière pénale, n'est vrai que des contraventions) ; l'exclusion des peines privatives de liberté que seul le juge judiciaire peut prononcer³ (de même au stade normatif que seul le législateur peut édicter).

Le Conseil d'État relève quant à lui trois situations qui peuvent conduire à préférer les sanctions administratives : l'existence d'un lien

2. *United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537, 549 (1943).

3. Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989 ; *Rec.*, p. 71 ; *RJC*, p. I-370 ; *JO*, 1^{er} août 1989, p. 9679.

préalable entre le « prévenu » et l'administration – c'est la notion américaine d'*affirmative disability* et c'est aussi la répression administrative à l'ancienne : disciplinaire et confinée à la sphère administrative ; certaines matières se prêteraient mieux que d'autres à la sanction administrative (concurrence et concentration, bourse, audiovisuel) : c'est la répression administrative *new age* justifiée par la technicité et l'inadaptation de la répression pénale aux personnes morales ; le volume d'infractions constatées pousse également à la dépénalisation pour désengorger les tribunaux judiciaires, mais il s'agit plus ici de formes dégradées de la répression pénale que de répression administrative *stricto sensu*.

64

Au-delà du critère évident de la gravité ou de la spécialité technique (nul ne songe à instituer une haute autorité des bonnes mœurs pour sanctionner administrativement l'outrage à la pudeur), la matière est donc dominée par un arbitraire acceptable. Le législateur est libre de déterminer ce qui relève de l'un ou l'autre système. Il n'existe pas de critère distinctif bien net mais uniquement des choix d'opportunité⁴. Cette liberté trouve son explication mais aussi sa limite dans la soumission de la répression administrative à un régime juridique convergeant de plus en plus avec celui de la matière pénale.

Un droit de la répression est né, qui transcende les frontières de la répression pénale et de la répression administrative. Pour Mireille Delmas-Marty répression administrative et répression pénale appartiennent toutes deux à la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵. De même, Michel Dobkine s'interrogeait : « Une nouvelle catégorie de sanctions, les "sanctions pécuniaires" est peut-être appelée à unifier la matière répressive non passible de l'emprisonnement, et à rendre caduques les distinctions traditionnelles entre sanctions administratives et pénales⁶. »

Il n'est certes pas question d'un Yalta de la répression dans lequel le pécuniaire tomberait tout entier dans l'escarcelle administrative. Unifier les deux répressions, c'est en revanche faire pénétrer les garanties propres au contentieux pénal dans la répression administrative. Les nombreux

4. Pour l'application des sanctions exigées par le droit communautaire de la concurrence, les États membres ont indifféremment choisi de donner compétence à des autorités administratives (Italie, Pays-Bas), à des juridictions s'agissant des amendes (Irlande, Finlande, Estonie, Suède) ou à des autorités administratives judiciairisées (France, Belgique, Espagne). Voir Émile Paulis, Céline Gauer, « Le règlement n° 1 / 2003 et le principe du *non bis in idem* », *RDLC*, n° 1, 2005, p. 1.

5. Mireille Delmas-Marty, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, Dalloz, 1986, p. 27.

6. Michel Dobkine, *L'Ordre répressif administratif*, Dalloz, 1993, p. 157.

recours formés à l'encontre des sanctions administratives ont ainsi conduit les juridictions et le législateur à renforcer l'encadrement de celles-ci.

Le Conseil constitutionnel, s'il a considéré que « la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction », en a, par la même décision, fixé les limites : « d'une part, la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et les libertés constitutionnellement garantis »⁷. S'inspirant de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁸, il a de même posé que « si l'éventualité d'une double procédure peut conduire au cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁹ », solution notablement plus équitable et réaliste que celle de la Cour suprême américaine qui a en définitive choisi de se désintéresser du résultat concret du cumul.

65

Mais c'est surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui a subordonné l'attribution à une autorité administrative d'un pouvoir de sanction à la condition qu'il soit mis en œuvre en conformité à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que soient pris en compte notamment la présomption d'innocence, le respect de l'impartialité et du principe de légalité. La jurisprudence de Strasbourg a contraint les juridictions nationales à réviser leur position.

Les arrêts rendus le 5 février 1999 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁰ ont conduit à une réforme complète de la procédure de sanction en matière boursière¹¹, avant que la loi du 1^{er} août 2003 ne vienne séparer les fonctions de poursuite sous le contrôle d'un collège de celles de sanction confiées à un organe spécialisé et isolé : la Commission des sanctions. En 2004, l'avocat général dans ses conclusions insistait sur la « déclinaison pénale de la procédure de sanction en manquement », qui « conduit à adopter les critères retenus par la chambre criminelle en

7. Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, cité.

8. CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68 ; *TPICE*, 6 avril 1995, *Tréfleurope*, aff. T-141/89, *Rec.*, p. II-791, § 191.

9. Cons. 22.

10. Cass., Ass. plén., 5 février 1999, *Bull. civ.*, 1999.

11. Décret 2000-721 du 1^{er} août 2000 ; *JO*, 2 août 2000, n° 177.

matière “d’imputabilité” à l’auteur des faits susceptibles de “constituer l’infraction poursuivie” »¹².

Le Conseil d’État, après avoir exclu la procédure disciplinaire du champ d’application de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, s’est aligné sur Strasbourg. Il exerce aujourd’hui un contrôle effectif sur les sanctions prononcées par l’Autorité des marchés financiers (AMF) en raison du non-respect des droits de la défense¹³. Ainsi l’arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 a déclaré : « le Conseil de marchés doit être regardé comme décidant du bien-fondé d’accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales¹⁴ ».

66

En définitive, en remettant le pouvoir de punir à des autorités indépendantes, en donnant le contrôle des sanctions administratives au juge judiciaire (cas de la CRE, de l’ARCEP, du Conseil de la concurrence et des sanctions « non disciplinaires » prononcées par l’AMF), en faisant passer un principe de séparation des fonctions à l’intérieur même des AAI (c’est le cas par exemple de l’AMF) et en formalisant les poursuites administratives à l’instar du procès pénal, on a fait émerger un droit de la répression administrative à peu près satisfaisant¹⁵.

Il demeure évidemment des différences très sensibles, ne serait-ce d’ailleurs que parce que la répression administrative perdrait beaucoup de son intérêt si elle devait intégralement se couler dans le moule de la procédure pénale. Aussi bien la jurisprudence admet-elle que les garanties propres à la procédure répressive ne soient fournies qu’au stade des recours et de l’appel. La procédure de sanction utilisée par une autorité administrative peut dans sa phase liminaire ne pas satisfaire entièrement aux exigences posées par l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme à la condition que ses décisions puissent faire l’objet d’un contrôle *a posteriori* par un organe judiciaire. C’est au fond la rémanence du « privilège du préalable » ; il est de l’essence de l’action administrative de s’exercer immédiatement, le contrôle n’étant qu’*a posteriori*, d’où l’antinomie essentielle des deux répressions : le condamné pénal est

12. Cass., com., 31 mars 2004, n° 03-14.991, *Gaume, D.*, 2004, juris., p. 1961, note D. Caramalli.

13. CE, Ord. réf., 11 février 2005, req. n° 276376, *Barre, AJDA*, 2005, p. 854.

14. CE, 3 décembre 1999, *D.*, 2000, juris., p. 63.

15. On partait il est vrai du Moyen Âge : avant de découvrir l’article 6, le Conseil d’État admettait par exemple en matière de grande voirie qu’un procès-verbal d’infraction pût être notifié des années après les faits et n’était pas troublé par l’impossibilité, dans ces circonstances, pour le prévenu de rapporter la preuve contraire.

présupposé innocent jusqu'à l'épuisement des recours ; le sanctionné administratif est, à compter du prononcé, présumé coupable et doit immédiatement déférer à la sanction sauf à obtenir, difficilement, le bénéfice du sursis à exécution. Plus la sanction pécuniaire est importante moins ce trait distinctif conserve de légitimité.

Contrairement aux États-Unis où le standard probatoire est moins exigeant en matière de répression administrative (*preponderance of evidence* au lieu d'une certitude *beyond reasonable doubt*), les règles de preuve ne varient pas selon le système. L'oralité de la procédure demeure toutefois une différence importante. Les procédures administratives sont avant tout écrites et l'audition de témoins, si elle est habituelle durant la phase d'enquête, est rarissime à l'audience. L'utilité de témoignages souvent canalisés, à l'abri de la contradiction, par des enquêteurs plus inquisiteurs qu'investigateurs s'en trouve réduite.

67

Il serait pour le surplus difficile d'affirmer par principe qu'on se trouve mieux d'être poursuivi devant l'administration que devant le juge pénal. La répression administrative a les inconvénients de ses avantages : spécialisée, elle est plus à même de comprendre les dossiers dont elle traite, mais par là même les agents des AAI peuvent se comporter en exégètes seuls autorisés, voire en zélotes des réglementations qu'ils gèrent. La tour d'ivoire judiciaire offre à cet égard le mérite du recul. La séparation au sein des AAI de la fonction répressive réduit le problème, mais cet éclatement singeant la justice pénale amène alors à s'interroger sur l'utilité d'un appareil répressif pouvant sembler redondant.

PERSEVERARE DIABOLICUM

Pour n'être pas anticonstitutionnel, le cumul des répressions n'est pas pour autant compréhensible pour celui qui en est la cible.

Comment expliquer à un justiciable poursuivi du chef de manquement puis de délit pour des faits identiques qu'il a tort de penser qu'il est jugé deux fois pour les mêmes faits ? Et que dire de l'acharnement de la justice pénale à poursuivre envers et contre tout, alors même que la poursuite administrative s'est conclue par une « relaxe » et que les preuves de culpabilité sont par définition plus exigeantes au pénal ? Signe de la difficulté intellectuelle à concevoir un cumul des répressions né hors de toute systématisation logique, l'absence, là où le Code pénal a posé des règles pour éviter l'excès de la punition en cas de pluralité réelle d'infractions pénales, de toute coordination entre les deux répressions alors même qu'est en cause un comportement infractionnel unique.

Le Conseil constitutionnel a, on l'a dit, été sensible à cette difficulté pédagogique puisqu'il a précisément voulu transposer à la matière le mécanisme, emprunté au droit pénal, du cumul d'infractions et éviter le redoublement des sanctions : cette solution purement prétorienne vaut avec.

68

À l'ère de la LOLF (loi organique relative aux lois de finance), le cumul des répressions est en second lieu une source de gaspillage peu satisfaisante pour l'État. Un dossier unique donne lieu à deux enquêtes parallèles sans coordination aucune. Le travail fait par les inspecteurs de l'AMF est refait par les juges d'instruction et la brigade financière. Non seulement l'information judiciaire n'utilise pas le travail fait par les enquêteurs, pourtant plus spécialisés, de l'AMF, mais elle s'efforce au besoin de le défaire, en tout cas de le critiquer. Il y a là, au moment même où la Cour de cassation invente au civil une « obligation de concentration des moyens » pour économiser les ressources de la justice, une déperdition surprenante alors même que les magistrats du pôle financier se plaignent de la diminution des moyens qu'on leur mesurerait chichement.

Comme on l'a dit justement, la rapidité avec laquelle l'autorité de marché prend ses sanctions fait du reste intervenir les décisions pénales longtemps après, d'où la « dévitalisation du droit pénal »¹⁶.

Enfin la doctrine a critiqué depuis longtemps la pénalisation excessive de la vie des affaires, qualifiée d'« erreur de politique criminelle ». Préconisant la dépénalisation, universitaires et parlementaires (notamment le sénateur Marini¹⁷) proposent de maintenir le droit pénal pour les fraudes mais de dépénaliser la violation d'obligations formelles. Ce discours trouve un écho à travers une série de textes :

- L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a supprimé la plupart des infractions pénales en matière de concurrence et privilégié injonctions et remèdes civils.

- La loi « nouvelles régulations économiques » (NRE) du 15 mai 2001 a dépénalisé une vingtaine de délits figurant dans la loi de 1966.

- Les lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur l'initiative économique ont dépénalisé les violations d'obligations formelles, en raison de l'inefficacité de leur sanction pénale, auxquelles sont substituées des nullités.

16. Michel Jeantin et Alain Viandier, « Chronique d'actualité », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1990, p. 205.

17. Philippe Marini, « La modernisation du droit des sociétés », rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996.

– Les ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et du 25 juin 2004 sur les valeurs mobilières ont procédé à une nouvelle dépénalisation au profit de sanctions civiles.

Alors même que dans les relations internationales le principe *non bis in idem* n'a jamais eu droit de cité, il se fraye une voie en droit européen : l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen interdit de condamner pour les mêmes faits celui qui a déjà été condamné par une autre partie contractante et, dans le domaine du droit de la concurrence, le règlement n° 1/2003, en donnant compétence aux autorités nationales pour faire application des articles 81 et 82 du traité, a mis fin *de facto* au cumul des sanctions nationales et communautaires autorisé depuis 1969 par la jurisprudence *Walt Wilhelm*.

Ce mouvement annonce le projet de loi issu du rapport rendu par la commission présidée par le Premier président Coulon que le gouvernement devrait soumettre au Parlement au printemps 2009.

69

Ayant fait le constat de l'inadéquation de la répression à la méconnaissance de l'obligation, compte tenu de son caractère inefficace, trop sévère ou contre-productif, il suggère d'adapter la réponse du corps social à un comportement qui demeure considéré comme illicite et évoque la substitution à la répression pénale de mécanismes administratifs :

- mécanismes préventifs ayant vocation à obliger à faire, sans pour autant sanctionner ;
- mécanismes répressifs visant à introduire une sanction d'une nature différente de la sanction pénale.

Ce faisant, la commission a donné au problème du cumul deux solutions différant du tout au tout selon qu'il s'agissait de l'AMF ou du Conseil de la concurrence.

En matière financière et boursière

Le droit boursier est probablement le principal domaine concerné par le cumul, les infractions boursières constituant à la fois des violations de la réglementation de l'AMF et des violations de la loi pénale.

Parmi les propositions de la commission Coulon, les principales ont pour objet de transférer l'essentiel de ce contentieux de la répression à l'AMF et tentent de mettre un terme à ce cumul :

1. maintien du rôle de l'AMF et de ses procédures en l'état, pour tous les manquements ne faisant pas l'objet d'un cumul avec le droit pénal ;
2. maintien des manquements au règlement de l'AMF pour ceux

susceptibles d'entrer en cumul, mais obligation pour l'AMF de dénoncer au parquet les faits susceptibles de recevoir la qualification de délit, et ce dès la phase d'enquête, donc sans attendre la notification de griefs;

3. l'enquête de l'AMF se poursuivrait, sous le contrôle du parquet de Paris qui pourrait adjoindre aux inspecteurs de l'AMF des enquêteurs des services de police, afin de bénéficier dès le début de l'enquête de certains pouvoirs coercitifs (écoutes notamment); le statut des inspecteurs de l'AMF pourrait être rapproché soit de celui des assistants spécialisés, soit de celui des officiers de police judiciaire;

4. à l'issue de cette enquête, le parquet aurait le choix entre un renvoi de la procédure à l'AMF, qui retrouverait ainsi compétence pour d'éventuelles poursuites devant la commission des sanctions, ou une poursuite de la procédure judiciaire, avec éventuellement la possibilité d'ouvrir une information judiciaire.

70

Les apports essentiels de ces propositions permettent de répondre aux critiques qui étaient faites à l'égard de l'articulation entre les sanctions édictées par l'AMF et les sanctions pénales, avec notamment l'existence d'une double enquête par deux services distincts, qui procédaient cependant aux mêmes actes et auditions, avec en outre une intervention le plus souvent tardive de l'enquête judiciaire, induisant un risque de déperissement de preuves.

En matière de consommation, de concurrence et de concentration

Si, en matière de consommation, les recommandations de la commission proposent des modifications marginales afin de ne pas perturber le délicat équilibre spécifique à la matière existant entre les nécessités de l'ordre public, le droit des victimes et la protection des droits de la défense, en revanche elles suggèrent des réformes plus profondes en matière de concurrence.

La loi du 9 mars 2004, qui a étendu la responsabilité des personnes morales à l'ensemble des infractions – dont celle prévue par l'article L. 420-6 du Code de commerce –, a, après quelques fausses manœuvres du législateur, de nouveau créé un cumul entre sanctions pénales et sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence.

Pour éviter le cumul des répressions pénale et administrative, la commission Coulon a considéré en ce qui concerne les personnes morales que la suppression de la sanction administrative pour mettre fin à la double sanction devait être écartée « car notre système de régulation de la concurrence, qui repose principalement [...] sur des sanctions

administratives applicables aux personnes morales, a été retenu en 1986 car il présentait l'avantage, par rapport à un système principalement judiciaire (civil et/ou pénal) de concentrer les moyens et l'expertise nécessaires, dans le domaine juridiquement et économiquement complexe du droit de la concurrence, pour réunir les preuves et apprécier les faits ». Aussi a-t-il estimé « plus cohérent de prévoir une exception à la généralisation de la responsabilité des personnes morales, en prévoyant que l'article L. 420-6 ne leur est pas applicable, du fait de l'existence d'une procédure de sanction administrative confiée au Conseil de la concurrence ».

En revanche, à l'encontre des personnes physiques, la commission a conclu que la sanction pénale méritait d'être maintenue car elle conserve un effet plus dissuasif à l'égard des personnes tentées de s'affranchir des règles de concurrence.

Le cumul est ici évité, non par l'option exercée en cours de procédure au vu du dossier, mais par un principe d'exclusion qui élimine *ab initio* l'une des formes de répression dès lors que l'autre trouve à s'appliquer. Le résultat est satisfaisant. On ne peut s'empêcher de penser que le cheminement intellectuel qui y conduit traduit la faible appétence du droit français pour la responsabilité pénale des personnes morales comme le peu de réprobation sociale qui s'attache dans notre pays aux violations du droit de la concurrence¹⁸.

71

Sanctions administratives et sanctions pénales ne sont pas interchangeables. La liberté du législateur pour édicter les unes ou les autres n'est pas seulement une manifestation d'arbitraire. Elle est au contraire le signe de l'irréductible différence de la sanction pénale qui, soit par la privation de liberté, soit simplement par la force symbolique qu'elle dégage, traduit la réprobation du corps social à un degré que la sanction administrative ne peut exprimer. Contrairement au supplice selon Sade ou selon Maistre, contrairement à l'audience d'un tribunal pénal, la séance d'une autorité administrative n'est pas spectacle. Rien ne s'y joue pour l'inconscient collectif. Du reste la presse people s'en désintéresse.

C'est donc, comme l'a compris le rapport Coulon s'agissant du droit boursier, en termes d'option et non de cumul qu'il faut envisager la

18. La comparaison avec les pratiques américaines est ici éloquente, et il n'est malheureusement pas certain pour les cartellistes que la répartition des compétences recommandée par le rapport Coulon soit très durable. La pression américaine sur les pays européens s'exerce (comme l'a montré en Angleterre l'affaire Norris) et le droit communautaire va exiger de plus en plus fréquemment des États membres la consécration pénale qu'il ne peut donner lui-même à ses textes.

cohabitation dans l'arsenal répressif des sanctions administratives et des sanctions pénales. La sanction administrative n'est pas un ersatz inutile de la sanction pénale. Elle n'est pas seulement le fouet dont tout régulateur a besoin pour être crédible dans sa mission quotidienne. Elle est une possibilité offerte à l'autorité de poursuite de graduer la punition en fonction de la gravité des comportements et de gérer de la manière la plus efficace les dossiers.

Une « justice à deux vitesses », notamment pour les opérateurs économiques, est non pas un objet de scandale mais un mécanisme bienvenu pour régler efficacement les poursuites et, à cet égard, l'absence de sanctions administratives et d'AAI chargée de les administrer se fait parfois cruellement sentir. Aux États-Unis, selon la gravité des circonstances, les affaires de corruption d'agent public étranger ou d'infraction aux restrictions à l'exportation seront traitées soit dans le circuit lourd des poursuites pénales, soit dans le circuit allégé de la *Securities and Exchange Commission* (SEC, Commission des valeurs mobilières et des bourses) et seront alors presque immanquablement conclues par une transaction. En France, la seule réponse possible est absurdement toujours pénale.

Dans cette perspective le dispositif reste nécessairement incomplet tant qu'il ne s'inscrit pas dans une véritable acclimatation de la « négociation répressive », aujourd'hui *de facto* inexistante en France pour les entreprises. On doit à cet égard déplorer la cécité des pouvoirs publics, qu'il s'agisse : du plafonnement du plaider-coupable, de ce fait exclu pour les infractions pour lesquelles, entre toutes, il se justifierait ; de la méconnaissance des enjeux de la négociation répressive, la Chancellerie ayant jusqu'à présent tué dans l'œuf la transaction boursière en exigeant que celle-ci passe par une reconnaissance de culpabilité ; ou, dans des matières éminemment techniques telles que la réglementation du commerce extérieur, d'un système surpénalisé, comme celui imaginé par l'actuel projet de loi sur les embargos qui ne ménage bizarrement aucune place aux sanctions administratives, pourtant particulièrement appropriées à la matière.

Français, encore un effort si vous voulez que vos supplices soient gérés rationnellement.

R É S U M É

Dans le sillage des autorités administratives indépendantes les sanctions administratives ont, dans les trente dernières années, connu un développement sans précédent en France comme à l'étranger. À l'invite de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit français a fini par accorder aux cibles de la répression administrative les garanties qu'imposait le caractère pénal de ces procédures. Le cumul des sanctions pénales et administratives, création de la pratique plus que de la pensée juridique, demeure néanmoins problématique. La loi de dépenalisation va proposer de nouvelles articulations des deux répressions, dont le parachèvement passe par un développement de la « négociation répressive » dans notre législation.

LE FÉMININ MATERNEL OU LA QUESTION DU TRAITEMENT PÉNAL DES FEMMES

75

La lecture des statistiques disponibles en matière de délinquance et de criminalité constatées révèle une dissymétrie sexuelle fondamentale : les femmes, à toutes les étapes du processus pénal, constituent une minorité¹. Cette dissymétrie statistique cache, sans doute, le caractère sexué du processus de socialisation « conduisant à la conformité aux normes »². Elle invite également à s'interroger sur le caractère sexuellement différentiel de la gestion des illégalismes. À ce propos, il faut bien reconnaître le silence de la sociologie française³. Outre quelques travaux spécifiques sur les prisons de femmes ou sur la « criminalité » féminine, peu d'études éclairent la dimension sexuée du processus pénal et, plus largement, du contrôle social⁴. Cette occultation du sexe des individus criminalisés traverse aussi bien les recherches sur les rapports sociaux de sexe que sur les institutions et les processus pénaux.

Nous aimerions montrer tout l'intérêt, pour une sociologie critique de

1. En 2004, en France, elles représentaient 15,5 % des personnes mises en cause par la police et la gendarmerie, 9,3 % des individus condamnés, toutes peines confondues, et 3,9 % des personnes incarcérées.

2. Jean-Michel Chapoulie, « E.C. Hughes et la tradition de Chicago », in Everett C. Hughes, *Le Regard sociologique*, EHESS, 1996, p. 49.

3. Ce silence est d'autant plus criant que, depuis plus d'une trentaine d'années, la recherche féministe nord-américaine et/ou anglo-saxonne a largement investi le champ des études juridiques ou criminologiques, analysant plus particulièrement, dans le cadre de débats théoriques ou de travaux empiriques, la question du contrôle pénal des femmes et la façon dont ce contrôle agit de façon différentielle selon le sexe, au regard de normes de genre. Voir notamment Colette Parent, *Féminismes et Criminologie*, Bruxelles, PUM/PUO/De Boeck Université, 1998.

4. Corinne Rostaing, *La Relation carcérale. Identités et rapports sociaux dans les prisons de femmes*, PUF, 1997 ; Robert Cario, *Femmes et Criminelles*, Éditions Érès, 1992.

la déviance, d'intégrer les catégories de sexe et de genre, associées à celles de classe et de race, à l'analyse des systèmes de régulation. Ce faisant, nous ne visons pas la dimension plus ou moins sexiste des institutions pénales mais leur participation, au-delà de l'universalisme du droit, à la construction des genres⁵. « Le droit ne produit pas que – ou même avant tout – de la discrimination, il produit plutôt de la différenciation. Le genre se fonde sur ce travail constant et multiple de différenciation⁶. » On peut alors se demander en quoi le contrôle pénal repose sur des conceptions du masculin et du féminin et des rôles associés à cette bicatégorisation⁷.

76

Sur ce point, la prison offre un terrain d'étude privilégié, à condition de la considérer non pas comme une institution autonome et séparée de l'univers social, mais comme un miroir grossissant qui informe sur les filtres opérés par les filières pénales⁸ et, plus généralement, sur les rapports sociaux. Espace non mixte, elle met clairement en évidence le rapport entre ordre social et ordre sexué.

Le traitement carcéral, l'expérience et les trajectoires de femmes détenues, analysés au prisme des rapports sociaux de sexe, révèlent en effet toute l'ambivalence du traitement pénal infligé aux femmes. Cette ambivalence repose sur une certaine conception des rôles de sexe, renvoyant notamment les détenues à un féminin maternel. Elle informe sur les différences de traitement (entre hommes et femmes, mais également entre les femmes elles-mêmes) et permet de saisir la façon dont le contrôle social, pour les femmes, agit aux marges de l'univers carcéral. Cela

5. « Sexe », ou « catégorie de sexe », désigne ici le sexe des individus tel qu'il est établi par l'état civil (hommes/femmes). Le « genre » désigne les attributs et les rôles traditionnels accordés à chacun de ces deux sexes dans l'ordre des représentations sociales (masculin/féminin). Ces rôles et représentations varient selon les lieux, les époques et les classes sociales, et supposent un ensemble de processus qui bicatégorisent les individus. Un individu (homme ou femme) peut présenter, selon les interactions, un genre qui ne correspond pas à son sexe.

6. Danielle Laberge, « Sexe, genre et classes de sexe : quelques interpellations au droit pénal », *Déviance et Société*, vol. 16, n°3, *Femmes et droit pénal*, 1992, p. 275.

7. « En fait, les éléments que l'on voit jouer pour chaque type de décision, qu'elle soit favorable ou défavorable, qu'elle joue dans un sens ou dans l'autre, sont de l'ordre des représentations de la femme, de son rôle social, de sa nature plus ou moins violente, plus ou moins malléable, etc. Ce sont les représentations sociales qui permettent, à notre avis, de comprendre le mieux les différences de traitement entre les populations féminine et masculine » (Claude Faugeron, Noëlle Rivero, « Femmes libérées sous condition : étude des dossiers de condamnées à des peines supérieures à trois ans entre 1973 et 1979 », SEPC, CNERP, *Déviance et Contrôle social*, n°34, Travaux et documents 15, 1982, p. 17.

8. Bruno Aubusson de Cavarlay, « Hommes, peines et infractions : la légalité de l'inégalité », *L'Année sociologique*, n°35, 1985, p. 275-309 ; voir aussi les travaux de Claude Faugeron, Guy Houchon et Philippe Robert.

implique alors, pour comprendre la sexuation des systèmes de régulation, de rompre avec le « pénalo-centrisme » et d'adopter une définition moins restrictive de la notion de contrôle social, non réductible à ses formes les plus institutionnalisées.

À l'appui de cette analyse, nous convoquons différents matériaux empiriques recueillis en prisons de femmes dans le cadre de notre travail de thèse⁹ :

- des entretiens semi-directifs réalisés avec trente agents de l'administration pénitentiaire (surveillant[e]s, directeur[trices] d'établissements pénitentiaires, médecins, travailleurs sociaux) dans huit prisons accueillant des femmes détenues¹⁰ ;

- des entretiens semi-directifs et biographiques menés avec trente détenues ayant fait l'objet d'une condamnation ;

- une analyse documentaire des écrits criminologiques et des textes législatifs et institutionnels relatifs aux femmes en prison (codes, circulaires, rapports) ;

- une série d'observations au « quartier des mères » d'une grande maison d'arrêt pour femmes.

77

LA CONSTRUCTION DU GENRE EN PRISON : L'IMPORTANCE DU FÉMININ MATERNEL

Le genre féminin prend différentes formes en prison, laissant entrevoir une contradiction entre féminité et mission de sécurité qui se solde, pour les détenues, par la mise en place de disciplines particulières. Mais celui qui domine reste le féminin maternel : les discours sont gouvernés par le présupposé selon lequel la maternité ferait la « spécificité » des femmes détenues. Cette importance accordée à la « problématique maternelle » s'observe à deux niveaux.

Elle est d'abord convoquée pour définir la criminalité féminine. Alors qu'en général les femmes sont envoyées en prison pour les mêmes infractions que celles qui justifient l'incarcération des hommes (les vols, en particulier, légitiment plus du tiers des entrées en prison, et cela concerne les deux sexes), les discours institutionnels sur les détenues se limitent

9. Coline Cardin, *La Déviance des femmes. Délinquantes et mauvaises mères : entre prison, justice et travail social*, Université Paris VII, novembre 2008.

10. Certains de ces entretiens ont été réalisés dans le cadre de la recherche *Femmes, Intégration et Prison. Analyse des processus d'intégration socioprofessionnelle des femmes sortant de prison en Europe*, rapport de l'équipe française, sous la direction de Philippe Combessie, Faire, avril 2005.

bien souvent à la question des crimes ou délits sur mineurs : à eux seuls, ils fonderaient la différence entre les illégalismes masculins et féminins. Cette réduction doxique des infractions féminines aux atteintes à enfants, d'ailleurs confirmée par l'actualité médiatique, s'explique par les effets de stocks propres à l'univers carcéral et repose sur une lecture rapide des statistiques disponibles¹¹. Elle relève et révèle également des stéréotypes de genre : ce qui définit la déviance des femmes, c'est l'inversion même du féminin, associé au maternel. Cette association est d'ailleurs héritée d'une longue tradition criminologique. Dans les travaux sur les causes du « passage à l'acte » des femmes criminalisées, la référence à la maternité s'impose de façon systématique. Cela conduit le plus souvent à une naturalisation de la (non-)déviance féminine, qui prend sens au regard de la fonction « naturelle » et « spécifique » des femmes : la reproduction. Cette référence repose sur une double différence : d'une part, la femme serait, par sa nature (ou sa psychologie), différente de l'homme et, d'autre part, la femme criminelle (au sens de « criminelle née ») serait, par nature, différente de la femme « normale » : elle ne serait notamment pas dotée d'un instinct maternel suffisant. La maternité permet alors, dans le même temps, d'expliquer la sous-représentation statistique des femmes dans les phénomènes de délinquance et de criminalité et le passage à l'acte de certaines femmes, signe d'un « mal de mère ».

En prison, la référence à la maternité sert également à définir le statut social des détenues, en comparaison à celui des hommes. Selon une directrice d'établissement pénitentiaire, « l'une des différences fondamentales avec les hommes, c'est que la plupart des femmes détenues sont mères. Il y a une forte prégnance de la dimension maternité, cette dimension est toujours là, elles sont mères, ça sous-tend un tas de choses, ça détermine un état pour elles ». Là encore, les statistiques (tout comme l'analyse des trajectoires de femmes détenues) viennent démentir, ou du moins

11. Si l'on regarde une photographie des prisons à une date donnée et donc si l'on raisonne en termes de stocks, on observe en effet une part importante de femmes qui sont incarcérées pour des affaires considérées pour graves, c'est-à-dire celles qui sont le plus sévèrement réprimées (aujourd'hui, homicides et délits à la législation sur les stupéfiants). Mais ce type de raisonnement doit être croisé avec un raisonnement en termes de flux. Il s'agit là non pas de regarder une photo, mais un film, où l'on verrait défiler les entrées et les sorties en prison. Or, ce faisant, on observe en fait que les femmes envoyées en prison le sont de façon générale pour les mêmes infractions que celles qui justifient l'incarcération des hommes. Comme nous l'avons déjà précisé, les vols, en particulier, légitiment plus du tiers des entrées en prison, et cela concerne les deux sexes, condamnés pour des peines de moins d'un an. La surreprésentation des affaires graves chez les femmes s'explique en fait par la longueur des peines : comme ces détenues restent plus longtemps en prison, elles sont plus nombreuses en stock, ce qui contribue sans doute à expliquer l'importance donnée aux infractions graves quand il est question des femmes en prison.

relativiser ces assertions : d'après les données issues du fichier national des détenus (FND), en 2002, seules 42 % des femmes incarcérées déclaraient avoir un enfant à charge à leur entrée en prison, contre 32 % pour les hommes. Quoi qu'il en soit, l'idée semble partagée par l'ensemble des agents de l'administration pénitentiaire, mais aussi par les acteurs du débat public. Les rares fois où il est fait mention des femmes dans les débats relatifs à l'état des prisons françaises, leur sort est toujours associé à celui de leurs enfants.

Au-delà de ce constat d'une référence systématique au féminin maternel, il s'agit de s'interroger sur la fonction et sur les conséquences d'un tel « régime institutionnel de genre ». Sans doute peut-on y voir une façon de penser des éléments en apparence antinomiques, à savoir les femmes et la délinquance : en réduisant les détenues à un féminin maternel, on féminise des actes qui virilisent. Surtout, ce régime de genre nous paraît, dans ses conséquences, révélateur des différences de traitement pénal entre les hommes et les femmes, mais également entre les femmes elles-mêmes.

79

LA MATERNITÉ, UNE PROTECTION RELATIVE AU RISQUE D'INCARCÉRATION

Que ce soit en amont ou à l'intérieur même des prisons, la maternité apparaît pour les femmes comme une protection relative à l'incarcération. Le statut de mère (réalisé ou potentiel) fonctionne comme un « bénéfice secondaire à la situation de dominée »¹².

En prison, l'exemple des « nurseries » ou « quartiers mère-enfant » est particulièrement significatif. L'identification des catégories des « mères détenues avec leur enfant » et des femmes enceintes est assortie, à l'instar des mineurs, de dispositions législatives spécifiques et avantageuses, ce qui oblitère la logique universaliste et égalitaire visant à ne pas désigner les femmes comme un groupe cible des politiques pénitentiaires¹³. Loin d'être uniformes sur le territoire national, les conditions de détention des mères incarcérées sont, dans tous les cas, décrites par les agents et les détenues comme « meilleures » que celles réservées aux autres femmes

12. Nous empruntons l'expression à Maryse Marpast, qui l'utilise pour désigner le risque moindre pour les femmes de se retrouver à la rue, in « Un avantage sous contrainte : le risque moindre pour les femmes de se retrouver sans abri », *Population*, n°6, INED, 1999, p. 885-932.

13. Leur statut est régi par la section du Code de procédure pénale consacrée « à la protection de la mère et de l'enfant » (D.400 à D.401-2), dont les conditions d'application ont été précisées dans une circulaire du 16 août 1999. Il est notamment prévu que les enfants puissent rester avec leur mère jusqu'à leur 18 mois dans des locaux aménagés.

dans ces mêmes établissements. C'est notamment le cas dans une grande maison d'arrêt pour femmes de la région parisienne. La nursery, qui constitue aussi la vitrine pénitentiaire de l'établissement, apparaît comme une zone frontière : elle n'est pas considérée comme la « vraie prison », selon certain(e)s surveillant(e)s et l'enfant et la mère ne sont pas tout à fait reconnus « en détention » mais de l'« autre côté », pour reprendre l'expression des acteurs. Aussi, le traitement particulier réservé aux mères opère-t-il une séparation genrée des territoires d'incarcération en démarquant le quartier des mères de l'ensemble de l'espace carcéral, de genre masculin. Cette séparation est d'emblée lisible sur le plan de la matérialité des lieux : elle est marquée par la présence d'une vitre colorée, ornée d'un autocollant « bébé à bord » et d'animaux peints (un ours blanc qui sourit et des oiseaux multicolores). Une fois la porte ouverte, on est saisi par la présence d'enfants, par les odeurs de bébés et de nourriture qui tranchent avec les odeurs communes de la prison. Cet encadrement de la maternité est soutenu par des surveillantes, qui ne portent pas d'uniforme mais une blouse blanche d'infirmière, des éducateurs, des éducatrices, des assistantes maternelles et un pédiatre qui ne sont pas exclusivement rattachés à l'établissement. Les discours et les pratiques concernant l'organisation de la vie quotidienne et les relations entre détenues et personnels vont dans le sens de l'abondance et du *care*, tranchant nettement avec le discours habituel de la pénalité. La législation particulière qui régit ce lieu, les discours qui l'entourent, l'absence de codification vestimentaire propre à l'univers carcéral sont autant d'éléments qui contribuent à en faire un espace à la fois stigmatisé (au nom de la mission de sécurité) et valorisé (au nom de conditions de détention plus favorables). C'est à ce titre qu'on peut parler, en prison, de la maternité comme d'un « bénéfice secondaire ».

Ce traitement pénitentiaire relativement plus favorable réservé aux mères (qui, dans les faits, concerne un très petit nombre de détenues) est en fait à l'image de ce qu'on observe au niveau des filières pénales, notamment si l'on porte l'analyse sur les entrées et les sorties de prison. Aux yeux de la justice, la maternité, pour les femmes, présente un gage de réinsertion, voire de représentation. Sur le plan législatif, l'introduction de la libération conditionnelle parentale peut paraître significative : elle permet aux mères (et théoriquement aux pères) de sortir de prison plus rapidement, même si c'est sous certaines conditions. En effet, cette nouvelle forme d'aménagement de peine¹⁴ facilite les conditions d'octroi

14. Introduite dans le Code de procédure pénale (art. 729-3, CPP) par la loi du 5 juin 2000.

de la libération conditionnelle pour les parents exerçant leur autorité parentale et ayant à leur charge un enfant de 10 ans ou moins, sous la seule condition de n'être pas condamnés pour une infraction commise sur un mineur, et d'avoir un reliquat de peine inférieur ou égal à quatre ans. Par rapport au cas général, ce dispositif supprime donc toutes les conditions d'octroi de la libération conditionnelle liées au pourcentage de peine déjà exécuté. Même si cette mesure n'est pas explicitement réservée aux femmes, dans les faits, ce sont surtout les femmes qui en font la demande et qui peuvent légitimer leur requête, aux yeux de la justice, en établissant avoir à charge un enfant de moins de 10 ans. « Ça ne vise pas que la mère, ça vise le père aussi, mais il est vrai qu'on a beaucoup de mères célibataires ou séparées qui effectivement peuvent prétendre à ces dispositifs », explique-t-on. Cette affirmation s'est vue confirmée par l'ensemble des acteurs rencontrés chargés du volet « insertion ». C'est aussi précisément dans le paragraphe consacré aux femmes détenues, et non pas dans celui consacré aux aménagements de peine, qu'il est question, dans un rapport parlementaire¹⁵, de cette nouvelle mesure, alors même que ce dispositif n'est pas, dans les termes de la loi, réservé à l'un des deux sexes. Il est également spécifié dans le paragraphe réservé aux femmes d'un second rapport que « la limitation de leur incarcération doit être prioritaire et les alternatives à l'incarcération utilisées dans toute la mesure du possible » pour les « personnes élevant seules leurs enfants »¹⁶. Car la maternité est tout aussi opérante en amont de la prison. Pour le dire vite, et en reprenant les mots d'un conseiller d'insertion et de probation : « un juge hésite toujours à incarcérer une mère ». Il faudrait, bien entendu, vérifier une telle assertion. Toutefois, toute une « littérature grise » est consacrée à la question ; elle témoigne d'un souci particulier à éviter les mesures d'emprisonnement pour les mères. La référence à la maternité pourrait donc contribuer à expliquer ce que France-Line Mary-Portas observait au plan statistique, à savoir que « les femmes bénéficient effectivement d'un traitement favorable, qui se traduit par un moindre recours, à leur égard, à tout mode d'enfermement carcéral¹⁷ » et ce, indépendamment de la répartition des populations selon la qualification de l'infraction principale.

81

15. Jean-Jacques Hyst, Guy-Pierre Cabanel, *Prisons : une humiliation pour la République*, t. I-II, Les Rapports du Sénat, n°449, 2000.

16. Louis Mermaz, Jacques Floch, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Documents d'information de l'Assemblée nationale, n°2521, 2000, p. 232.

17. France-Line Mary, « Délinquances des femmes et répression pénale », *Questions pénales*, CESDIP, Ministère de la Justice, IX, 5, 1996, p. 2.

Si la maternité apparaît comme un bénéfice secondaire protégeant certaines femmes de la prison, cet avantage ne va pas sans ambivalences. D'une part, dans la mesure où le féminin maternel fonctionne comme une catégorie normative, il contribue à produire des inégalités entre les femmes : entre celles qui répondent aux attentes liées à leur sexe et les autres. D'autre part, ce bénéfice secondaire est un avantage sous contraintes : il se solde par la mise en place d'autres types de contrôle, aux marges ou à côté du carcéral.

DE FORTES INÉGALITÉS ENTRE LES FEMMES : LA SURCRIMINALISATION DES ATTEINTES À ENFANTS

82

On observe en effet une forte stigmatisation des crimes et délits contre mineurs – réactivant les figures dangereuses et inversées du féminin : celle de la « mauvaise mère » ou de la mère « criminelle ». Cette stigmatisation se lit aussi bien au travers des propos et des pratiques des agents de l'institution pénitentiaire que dans les discours des femmes détenues rencontrées. Lors des discussions informelles avec les surveillant(e)s et les travailleurs sociaux, un certain nombre d'« histoires » (plus ou moins célèbres) d'infanticides ou de mauvais traitements, suscitant à la fois répulsion et fascination, sont revenues dans les discours. Évoquées parfois de façon allusive, certaines font même l'objet de plaisanteries. Il a par exemple été question de cette femme, désignée comme complice de son conjoint et condamnée pour avoir enfermé son enfant de 12 ans dans un placard pendant une semaine, lui donnant à manger du pain et venant lui couper régulièrement les cils et les sourcils. Il fut également question d'une mère ayant violé et crucifié sa fille encore vivante – scène si terrifiante, au dire des surveillantes, qu'un pompier rendu sur place s'est évanoui, « pourtant ils ont l'habitude ! », commente en riant l'une d'entre elles.

Ces récits viennent également ponctuer les discours des détenues elles-mêmes : dans la majorité des entretiens réalisés, elles entendent se distinguer nettement de celles qu'elles nomment parfois les « pédophiles ». En fonction de leurs origines sociales et de leur parcours, certaines se réfèrent à leur statut d'épouse (même quand elles ne sont pas mariées, elles parlent de leur conjoint comme de leur « mari »), de mère (voire de grand-mère), proposant des images toujours très normées, les enfants occupant une place centrale dans le récit. Pour d'autres, notamment celles en situation de récidive pénale et condamnées pour des délits « mineurs », il s'agit de souligner l'injustice de leur situation au regard de celles qui ont commis le pire. Cette stigmatisation dont peuvent faire l'objet les

femmes condamnées à des délits ou crimes sur mineur peut mener à une mise à l'écart ou des violences en cour de promenade. Mais, surtout, il faut noter le tabou qui entoure ce type d'infractions. Une gradée nous expliquait ainsi que lors de leur entrée en prison, il était conseillé aux femmes reconnues coupables d'atteintes à enfants de cacher les raisons de leur incarcération en s'inventant une autre histoire. Ce non-dit était tout aussi perceptible en termes de relation d'enquête. Lors d'un entretien de deux heures réalisé avec une détenue, celle-ci nous a fait le récit, dans les moindres détails, du braquage qu'elle avait effectué dans une grande surface avec son mari. À la suite de cette entrevue, nous avons appris par une gradée que cette femme n'avait pas « braqué » un supermarché, mais une maternité pour dérober un enfant. Une autre femme incarcérée, rencontrée à cinq reprises, n'a fait explicitement référence à la raison de son incarcération (elle a été déclarée coupable de mauvais traitements sur son enfant et condamnée à quatre ans de détention) qu'au cours de la toute dernière entrevue.

83

On voit ici nettement comment opère le familialisme dans les institutions pénales et carcérales, institutions à compter parmi celles « qui concourent à la reproduction de la structure sociale et dont la “famille” est à la fois un des produits et un des instruments¹⁸ ». Ce familialisme, lorsqu'il traverse la sphère pénale, semble particulièrement opérant pour comprendre les modes de traitement de la déviance des femmes : celles-ci sont, bien plus que les hommes, d'abord définies dans leur rapport à la filiation¹⁹. Cela implique pour les deux sexes des morales différentes qui engendrent des contrôles différents et différentiels. Cela induit également de fortes inégalités entre les femmes elles-mêmes : entre celles qui répondent aux critères normatifs du familialisme et celles qui y dérogent. S'il y a indulgence des juges à l'égard des femmes, et notamment des mères de famille, cette indulgence n'en est pas moins sélective : elle est « plus faible pour les femmes seules, beaucoup moins utiles, voire suspectes et dangereuses. Par contre, la sévérité est de mise pour celles qui dérogent aux devoirs fondamentaux des femmes, et notamment les “mauvaises mères”, qui continuent, de nos jours, à cristalliser la rigueur des tribunaux²⁰ ».

Il s'agit ainsi de penser la construction sociale de la déviance des

18. Rémi Lenoir, *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, 2003, p. 19.

19. Geneviève Fraisse, *Les Deux Gouvernements : la famille et la Cité*, Gallimard, « Folio / Essai », 2000.

20. Michèle Perrot, « Présentation », in Christine Bard, Frédéric Chauvaud, Michèle Perrot, Jacques-Guy Petit (dir.), *Femmes et Justice pénale (XIX^e-XX^e siècle)*, Presses universitaires de Rennes, p. 14-15.

femmes en analysant le rapport social de sexe dans son interrelation avec les autres rapports sociaux et de voir comment le genre peut varier en fonction de ces autres différences sociales. Une interrogation en termes d'appartenance de sexe ou de genre, comme construction figée du masculin et du féminin, conduirait à gommer les différences sociales qui peuvent exister entre les femmes étiquetées déviantes. Si la justice pénale réserve un traitement différent aux hommes, toutes les femmes déviantes ne sont pas soumises aux mêmes pouvoirs de normalisation. Ces différences peuvent notamment se lire à travers les carrières déviantes des femmes incarcérées et permettent de saisir le lien entre prison, ordre social et ordre sexué²¹.

LA DÉVIANCE DES FEMMES : AU-DELÀ DU CARCÉRAL

84

Enfin, si la maternité peut apparaître, en prison et au cours du processus pénal, comme une protection relative au risque d'incarcération, cet avantage n'est pas sans contraintes. Il nous oblige, pour comprendre la déviance des femmes, à nous tourner vers d'autres espaces institutionnels de régulation, régis par d'autres types de droit. La sphère carcérale et les trajectoires des femmes détenues servent à mettre en évidence le caractère sexué du contrôle social en amont, ou à côté de la prison, en deçà ou au-delà de la norme pénale. À ce propos, l'exemple des nurseries est encore éclairant.

Les détenues prises en charge dans cet espace sont d'abord et avant tout considérées comme mères et c'est l'intérêt de l'enfant qui prime. L'incarcération ne signifie pas seulement pour elles effectuer une peine : il s'agit de « leur apprend[re] leur “métier” de mère, ce qui constitue une première étape d'insertion dans la société²² ». L'organisation des cellules – petits espaces individuels d'une dizaine de mètres carrés – est agencée autour de deux lits qui se font face – celui de la mère, celui de l'enfant. L'accent mis sur la relation mère / enfant s'ancre dans un quotidien rythmé par les cycles du mineur et le temps de la peine est calculé par ces femmes en fonction de l'âge de leur progéniture. Cet apprentissage de la fonction maternante tend à naturaliser l'entreprise de réinsertion en la fondant sur les attributions traditionnelles projetées sur ces femmes

21. Coline Cardé, « La déviance des femmes : entre prison, justice et travail social », *Déviance et Société*, vol. 31, n° 1, 2007, p. 3-24 ; et « Trajectoires de femmes détenues : prison, ordre social et ordre sexué », *Cahiers de la sécurité*, n° 30, 2006, p. 41-68.

22. Jean-Jacques Hyst, Guy-Pierre Cabanel, *op. cit.*, p. 33.

de classes populaires. En ce sens, aucune disposition n'est entreprise pour généraliser l'accès à certaines formations ou activités dispensées dans l'établissement, pourtant souhaitées par ces mères. Ainsi une seule détenue sur les quatorze prises en charge bénéficie de la seule place prévue en nourrice et peut ainsi travailler. Ce qui n'est pas sans instaurer une sous-division entre elles.

Ce relatif « avantage » a également pour conséquence une surveillance de tous les instants. Soulignons que c'est au nom de « l'intérêt (supérieur) de leur enfant », et non au nom de leur intérêt propre, que ces femmes bénéficient de conditions de détention privilégiées, font éventuellement l'objet de politiques pénitentiaires ciblées et accèdent plus facilement à certains aménagements de peine. C'est bien l'enfant qu'il s'agit de protéger (l'histoire du dispositif suit d'ailleurs les évolutions du regard porté sur l'enfance), comme le rappelle cette directrice de prison : « Quand il y a des incidents, on n'est pas forcément dans la protection de la mère, hein. On est sur la protection de l'enfant, ça c'est sûr. » Car le mineur n'a aucune existence au plan pénal, il crée un vide dans le Code de procédure : « C'est du civil. Il ne faut pas oublier que c'est des personnes libres les enfants. C'est ça le maître mot quand même. » Ainsi, en cas d'extraction, lorsque les mères sortent de l'enceinte carcérale en compagnie de leurs enfants, tous les signes matériels de la détention sont gommés : elles ne portent pas de menottes et sont transportées dans des véhicules banalisés, pour préserver l'enfant de toute stigmatisation²³. Cette importance accordée à la question de l'intérêt de l'enfant fait de la nursery un espace mixte de surveillance et de stigmatisation, voire de prévention quand il s'agit de prévenir (voire de signaler) une éventuelle situation de danger pour le mineur. Dans cette perspective, les mères détenues constituent une « population à risques », le risque n'étant pas mesuré en termes sécuritaires mais au regard du bien-être de l'enfant²⁴. Cela suppose, au plan organisationnel, une série de dispositifs parapénaux, qui entrent en interaction avec la sphère pénale (juges des enfants, juges aux affaires familiales, Aide sociale à l'enfance [ASE], conseils généraux, etc.).

23. Éléments précisés dans une circulaire transmise par la directrice d'établissement.

24. Si la logique de « protection de l'enfance » se traduit le plus souvent par une prise en charge pénale plutôt avantageuse pour la mère, elle peut, à l'inverse, conduire (dans des cas rares mais sociologiquement significatifs) à une prise en charge désavantageuse, lorsque son intérêt propre apparaît comme contradictoire avec celui de son enfant. Une juge de l'application des peines expliquait avoir refusé une seule libération conditionnelle parmi les demandes déposées par des femmes dans sa juridiction au cours de l'année : la détenue, particulièrement désaffiliée, était alors enceinte et « il valait mieux pour son enfant » qu'il commence sa vie en détention : en nursery, il bénéficierait d'un suivi médical et de meilleures conditions de vie matérielles.

Dès lors, l'analyse de la situation des femmes incarcérées invite à s'orienter vers d'autres espaces et formes de stigmatisations et de contrôle social visant « spécifiquement » les femmes. Celles-ci sont jugées déviantes au regard d'autres normes, en deçà de la norme légale et en amont ou à côté de la sphère pénale. Il s'agit de prendre en considération les institutions parapénales qui contribuent à « préserver » certaines femmes de l'incarcération, en produisant des figures (féminines) de la déviance, notamment autour de la question de la maternité. On est ici face à une déviance non criminalisée, invisible et « invisibilisée », qui se manifeste dans d'autres sphères du droit comme celles du droit civil et du droit social quand ils touchent à la famille et à la protection sociale. Ce détour permet de mieux comprendre la situation des femmes détenues : l'incarcération, pour la majorité d'entre elles, constitue une expérience hors normes, en même temps qu'elle cristallise un certain rapport social de sexe.

86

R É S U M É

La sous-représentation des femmes dans les statistiques pénales a rarement fait l'objet d'études sociologiques. Elle cache pourtant le caractère sexué des systèmes de régulation. À ce propos, la prison offre un terrain d'étude privilégié, à condition de la considérer non pas comme une institution autonome et séparée de l'univers social, mais comme un miroir grossissant qui informe sur les filtres opérés par les filières pénales et, plus largement, sur les rapports sociaux. Espace non mixte, elle met clairement en évidence le rapport entre ordre social et ordre sexué, et permet de saisir les normes de genre qui président à la construction de la déviance féminine, aux marges du carcéral.

LA PÉNALISATION DU DROIT DES AFFAIRES : VRAI CONSTAT ET FAUSSES RUMEURS

87

Que le monde des affaires bruisse de rumeurs, le constat n'est pas nouveau. Y réussir suppose d'être le mieux informé en temps utile. Et pourquoi pas d'y prêcher le faux, en sachant le vrai ! Toutefois, à l'opinion de la place, feutrée, se juxtaposent par médias interposés les clameurs de l'opinion ou les fausses nouvelles. La pénalisation des affaires n'échappe alors pas à un paradoxe. Elle contribue à maintenir une déontologie des activités économiques ; en revanche, par ses menaces, elle désoriente les marchés et compromet l'équilibre des échanges et celui des ordres juridiques sensibles à la moindre rumeur.

Rumeur, fausses rumeurs, ni les économistes ni les juristes ne peuvent se désintéresser de ce phénomène récurrent. Surtout que les rumeurs ne visent pas seulement les entreprises et leurs dirigeants mais tout aussi bien les systèmes juridiques et leurs institutions qui sont mis en accusation. D'où des cris et des chuchotements : garde à vue, mise en examen ; des images « chocs » : un ministre entre « ses » juges d'instruction... L'opinion publique s'enflamme malgré l'affirmation hypocrite de la présomption d'innocence et du secret de l'instruction. Enron¹, prêts hypothécaires, etc. : que font les juristes ?

1. En décembre 2001, Enron, l'une des plus grandes entreprises américaines par sa capitalisation boursière, fit faillite en raison des pertes occasionnées par ses opérations spéculatives sur le marché de l'électricité ; elles avaient été masquées en bénéfices *via* des manipulations comptables.

Si de nos jours, en raison de l'éparpillement d'informations éclatées, il ne reste souvent dans la conscience collective qu'un vague souvenir des protagonistes, demeure en surimpression le malaise d'une morale affaiblie.

Dans une approche plus psychologique de pénalisation du droit des affaires, il est nécessaire de distinguer les sentiments d'agents rationnels sur un marché comme les entreprises en concurrence, qu'elles soient auteurs ou victimes d'infractions, de ceux des particuliers, consommateurs ou épargnants qui rejoignent le courant sécuritaire et la prééminence de la parole des victimes. Où l'on voit un « souverain » au côté des victimes selon la formule d'Antoine Garapon².

88

Certes la vie des affaires, par sa complexité croissante et sa mondialisation, facilite la commission d'infractions par de véritables délinquants. Les mafieux sont unanimement dénoncés. Mais la morale des affaires n'est pas la morale évangélique, les « affaires » ne se confondent pas avec la vie des affaires et, *a fortiori*, le droit des affaires. Que de lois liées à des scandales jalonnent notre droit pénal !

Les rumeurs peuvent donc naître du degré de pénalisation du droit des affaires. Sont d'une autre nature les calomnies visant des agents économiques. Il ne s'agit pas d'un simple jeu de mots. Dans ce domaine toute rumeur a des conséquences sur les investisseurs et les épargnants. On sait que certains États font de leur laxisme un argument. D'autres, au contraire, se glorifient de leur sévérité. Ils ne visent pas les mêmes opérateurs ! Dans ce palmarès, le droit français est loin d'être particulièrement répressif si on le compare par exemple à celui des États-Unis. Ainsi apprend-on qu'à l'issue de l'enquête « opérations hypothécaires malhonnêtes », 406 personnes ont été inculpées pour fraude dont 60 ont été arrêtées.

En revanche, une multitude d'incriminations formelles a une influence pernicieuse sur l'opinion par les insécurités qu'elle génère. Sur ce point le droit français présente bien des imperfections. Il est statistiquement significatif de comparer aux dispositions pénales du Code de commerce, le nombre de poursuites et *a fortiori* de condamnations effectives. La loi n'est pas seule en cause. En outre, devraient être pris en considération les moyens mis à la disposition de la justice et notamment de la section financière du parquet.

D'où les dangers d'une pénalisation légale purement démagogique

2. Antoine Garapon et Denis Salas, « La victime plutôt que le droit », *Esprit*, novembre 2007, p. 74.

(d'effet d'annonce) par l'image, archaïque, qu'elle donnera du droit d'un État dans la compétition internationale.

Dès lors, pris à la lettre, le sujet de la pénalisation du droit des affaires reviendrait à déterminer si elle est en hausse ou décroît. Ce qui impliquerait de déterminer précisément le domaine du droit des affaires, puis de ses dispositions pénales. Premier obstacle. Ensuite, en fonction des abrogations, créations et modifications, d'en évaluer la sévérité ou le laxisme subséquents, ce qui appellerait une comparaison conjoncturelle des peines principales et des peines complémentaires dans leur coordination ! Aussi est-ce une autre approche qui sera retenue, en écartant un jugement, en l'état de nos informations, subjectif. Comme l'a déclaré Philippe Conte : « par rapport à quels seuils peut-on postuler qu'il y a trop de droit pénal ? Je pourrais tout aussi bien affirmer qu'il n'y a pas assez de droit pénal !... l'arrière-plan idéologique n'est pas assez perçu³ ».

89

L'impressionnisme législatif s'est accentué. Bien des dispositions pénales ont cependant pour fonction de renforcer l'effectivité d'une règle à finalité économique, plus rationnelle que morale. L'« étiquetage » pénal attire l'attention sur l'importance pratique de la solution sans que la sanction soit effective. Pour ne prendre qu'un exemple, hors de l'actualité qui en fournit trop d'anecdotiques, lors de la réforme du droit des sociétés en 1966, la suppression de nombreuses causes de nullités néfastes dans la constitution des sociétés ou leur fonctionnement, surtout en raison de leur rétroactivité, avait été compensée par de très nombreuses sanctions pénales. Cette systématisation n'était pas d'une grande efficience, mais pouvait troubler des dirigeants qui se livreraient à une lecture attentive des textes. En réalité, un nouvel aléa, judiciaire, pouvait offrir à des partenaires mal intentionnés des facultés de chantage. Cette « délinquance » est évidemment, psychologiquement et techniquement, fort différente de la criminalité organisée.

La pénalisation moderne de la vie des affaires conduit déjà à une distinction entre des infractions qui relèvent du domaine traditionnel du droit pénal et celles qui n'ont qu'un rôle d'appui à la mise en œuvre du droit économique. Dans un premier cas, le Code pénal est « pilote », dans le second cas, il est « suiveur ». D'ailleurs, formellement, certains délits sont édictés par le Code pénal, d'autres par le Code de commerce. Il arrive donc qu'ils soient moins perçus que d'autres, parce que les commercialistes ne s'y appesantiront pas et que des pénalistes qui ne

3. Philippe Conte, « La dépénalisation de la vie des affaires : une question de proportion », *Journal des sociétés*, n° 53, avril 2008.

seraient pas spécialistes du droit des affaires les négligeront. Or ce droit n'en existe pas moins et peut apparaître au hasard d'une recherche. Heureusement qu'existent des spécialités pour les pénalistes ou pour les commercialistes. Encore que cette dualité montre que des questions de prééminence scientifique sont sous-jacentes.

Étudie-t-on le seul droit pénal des affaires ou le domaine coordonné des sanctions civiles, commerciales, déontologiques et pénales du droit des affaires ? Sans jouer sur les mots, est-ce de droit pénal ou de droit pénalisant qu'il s'agit ?

Les dispositions légales définissant les infractions et leurs sanctions n'en étant que la structure, il faut aussi prendre en considération les procédures de mise en œuvre et distinguer les sanctions encourues des peines prononcées.

90 Pour appréhender les réactions subjectives des protagonistes c'est à un autre échelon qu'il faut se placer : celui des enquêtes policières ou de gendarmerie, des décisions des parquets et du déroulement d'une instruction. Les confrontations humaines y sont plus sensibles que lors de la phase ultime de jugement. La place reconnue (ou non) aux avocats n'étant pas à négliger. La garde à vue a fait l'objet de la part d'une association patronale de formations spécifiques à ses pratiques usuelles !

En revanche, lorsqu'il est parlé, à propos du rapport Coulon, de dépenalisation du droit des affaires, avant de s'alarmer encore faut-il savoir quelle est sa rationalité. Pour un public mal informé, cette seule annonce risque d'être interprétée comme favorable aux « patrons voyous ». D'où l'importance du vocabulaire, dans la communication des juristes.

La complexité de notre droit des affaires et du pénal qui l'accompagne est une inépuisable source d'incompréhension et de dévalorisation démagogique de la norme juridique.

Certes, le droit ne peut se résumer en quelques vagues principes. La sophistication de l'« ingénierie » financière et l'ouverture des frontières appellent des adaptations constantes et une imagination créatrice active. La société anonyme, ce merveilleux instrument du capitalisme moderne, génère le meilleur et le pire sur les marchés financiers. Un équilibre est donc à instaurer en permanence entre le dynamisme économique et la politique criminelle. Mais abuser du droit pénal, serait-ce pour satisfaire l'émotion (légitime) de l'opinion publique, provoque une dénaturation de ce droit et affaiblit son exemplarité jusqu'à la caricature. Ne pas avoir été poursuivi deviendrait-il le signe chez un dirigeant d'apathie et de manque d'ambitions professionnelles ? Depuis Platon ne dit-on pas que ce sont les anciens prisonniers qui font les meilleurs gardiens ?

Or l'un des progrès historiques fondamentaux du droit pénal est celui de l'individualisation de la peine. Si la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales est en phase avec l'évolution de la vie des affaires, en revanche, cette « modernisation » ne saurait s'accompagner d'une régression démagogique, celle de la résurgence de la responsabilité collective et de la vengeance. Une prétendue catégorie (classe) sociale ne se substitue pas à la *gens* des droits antiques. D'où l'importance de préciser les régimes de délégation de pouvoir et de dissocier la culpabilité d'une société de celle de ses dirigeants personnes physiques.

En second lieu, ce thème doit être élargi. Malgré le langage courant, la peine n'est pas du domaine exclusif du droit pénal, bien au contraire. Si en droit positif on réservera l'emprisonnement, les autres sanctions préventives comme la faillite personnelle et autres interdictions professionnelles ou comme la suspension des droits de vote sont de la compétence traditionnelle du droit civil et commercial. Les sanctions pécuniaires, amendes ou astreintes sont des instruments à la disposition de toutes juridictions comme des autorités administratives indépendantes.

Si une branche du droit, au-delà de l'anecdote, mérite le qualificatif de droit pénal des affaires, elle n'est pas isolée. Bien des constructions théoriques sont envisageables pour délimiter des champs disciplinaires. Pourtant, un vrai constat s'impose, le droit pénal des affaires s'enseigne. Si Richard Posner a pu faire valoir que les juristes ont l'art de s'attribuer des marchés qu'ils délimitent par des barrières, autoproclamées, d'autres branches seraient concernées.

Dans ce champ de compétence la pluridisciplinarité est inévitable. Économie du droit, droit pénal, droit commercial y ont leur légitime influence. Seules (comme toujours) les questions de frontières deviennent conflictuelles et l'interdisciplinarité délicate. Si le domaine du droit pénal des affaires recoupe celui du droit commercial, il ne s'en trouve pas dénaturé. C'est bien de droit pénal qu'il s'agit et la matière se rattache au droit pénal général comme à la procédure pénale.

Ce droit pénal spécial n'est pas plus impressionniste que d'autres. Or, de nos jours, la technicité de nos droits rend nécessaire une spécialisation. On ne s'improvise ni pénaliste ni fiscaliste.

En revanche, s'il existe un droit pénal, par hypothèse, se découvre un « non-droit » pénal. Schématiquement, la frontière repose sur le constat d'une atteinte ou non à l'intérêt général. En droit pénal, il ne s'agit pas de réparer (un dommage) mais de punir l'auteur d'une faute. Étymologiquement d'ailleurs, « sanction » dérive de « sanctuaire » et vise

celui qui viole les lois sacrées de la cité. D'où l'ambivalence du terme sanction : pénale et non pénale.

À une époque où l'économie est sacralisée par certains, une autre menace se profile, celle de voir le « marché » accéder au même rang que l'État et l'ordre public économique devenir prépondérant. L'Union européenne n'hésite-t-elle pas entre modèle de marché et modèle d'État ? Une politique criminelle doit donc réaffirmer la prééminence de valeurs morales ou éthiques (comme on voudra dire) sur des rationalités économiques mécanistes. Dans cette recherche de la mesure, un concept est éclairant, celui de proportionnalité⁴.

92

À s'en tenir aux principes, en droit pénal, la sanction doit être proportionnelle à la gravité de la faute. Elle comporte une fonction rédemptrice. Le condamné qui a purgé sa peine « a payé sa dette à la société ». D'où les controverses actuelles sur les internements administratifs, fût-ce pour des raisons de dangerosité psychologique. Le repentir actif est inefficace dès lors que l'infraction a été commise : la peine accomplie, l'auteur est libre.

En droit économique, qu'il s'agisse du droit commun de la responsabilité ou de la restauration d'un marché, la proportionnalité s'apprécie en fonction de la gravité du dommage et des capacités contributives. Le repentir actif est donc pris en considération par exemple par des autorités de marché. Or une faute par ses conséquences peut relever de l'une ou l'autre approche.

En 2007, la garde des Sceaux confiait à un groupe de travail présidé par le Premier président Jean-Marie Coulon, une réflexion sur la dépenalisation du droit des affaires⁵. Après avoir rappelé qu'à l'occasion d'une allocution prononcée le 30 août 2007, lors de l'université d'été du Mouvement des entreprises de France, le président de la République avait exprimé le souhait de lutter contre une pénalité excessive du droit des affaires qui contribue à l'insécurité juridique et handicape l'esprit d'entreprise, la mission cantonnait l'étude aux seules dispositions de nature pénale concernant le droit des sociétés, le droit financier et le droit de la consommation. L'étude se trouvait ainsi limitée (utilement) à l'analyse de dispositions répressives ayant pour fonction de renforcer

4. Marie-Anne Frison-Roche, « La constitution d'un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier », in Marie-Anne Frison-Roche, Jean-Claude Marin et Claude Nocquet, *La Justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001.

5. « La dépenalisation de la vie des affaires », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008.

l'effectivité du droit des affaires. En quelque sorte, étaient codes pilotes : le Code de commerce et le Code monétaire et financier. Des pans entiers de la sphère économique restaient en dehors : droit du travail, fiscalité, environnement.

Ce choix est rationnel, regroupant des matières qui sont ordonnées selon la structure d'un code préexistant et qui permettent de respecter la cohérence et de résoudre les contradictions entre l'éthique et la finalité économique. Il permet, à partir d'expériences concrètes, de dégager une méthode. Jean-Marie Coulon, résumant les idées conclusions de ce rapport, déclarait : « Nous avons donc tenté de construire un travail équilibré, cohérent, en proposant des règles claires, lisibles, s'inspirant le plus souvent de la pratique de nos voisins européens. Il s'agissait d'améliorer la sécurité juridique et la confiance légitime de tous les acteurs économiques envers les normes et envers ceux qui les exécutent⁶. »

93

Ainsi dans certains domaines de la vie des affaires apparaît une recherche de dépenalisation ou de pénalisation rationnelle, mais la réflexion est relancée avec la prise en considération de l'efficience économique dans une économie de marché qu'exacerbe la « crise » bancaire.

LA COMPLÉMENTARITÉ DU DROIT DES AFFAIRES ET DU DROIT PÉNAL

La codification commerciale napoléonienne était suspicieuse à l'égard des commerçants. Incapacités et interdictions écartaient les trop habiles comme les plus faibles. L'esprit a changé. Bien des dispositions commerciales ont été étendues à toutes les professions indépendantes, y compris civiles (libéraux, agriculteurs). Toute profession est par nature spéculative : « Les affaires, c'est l'argent des autres. » L'argent reste un instrument de pouvoir qui se déploie grâce à des techniques sophistiquées. La pénalisation nécessaire ne doit pas être abstraite et suppose de découvrir la réalité derrière l'apparence.

Les instruments de la criminalité d'affaires

La criminalité économique a de multiples aspects qui justifient le recours à une sanction pénale qu'il s'agisse, évidemment, de la criminalité organisée ou de la banale criminalité en col blanc. L'intervention de l'État, le rôle

6. Jean-Marie Coulon, « Dépenalisation de la vie des affaires : “Construire un travail équilibré, cohérent, en proposant des règles claires” », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°25, mars 2008.

du parquet et les modalités de l'instruction⁷ méritent d'être renforcés sur le plan international avec la reconnaissance d'un espace judiciaire et de réseaux pour pallier les lacunes tenant aux conflits de compétences législative ou judiciaire comme aux *law* et *forum shopping*.

La criminalité organisée ne menace pas seulement des intérêts économiques mais l'existence même des États (de droit). En sont des illustrations pertinentes les dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent étendus à tout produit provenant d'un crime ou d'un délit et non aux seuls revenus du trafic de stupéfiants. Tout aussi spectaculaires sont les affaires de corruption, qui ne se limitent pas à de banals pots-de-vin, et s'insèrent dans des montages complexes. Ces scandales publico-financiers ont permis d'alimenter les juridictions pénales comme les chroniques journalistiques.

94 Certes le souci d'une répression efficace ne va pas sans provoquer des contradictions avec le respect des droits de la défense tel le symbolique secret professionnel ou l'extension des pouvoirs des enquêteurs. Il est vrai que l'opinion publique admet mal que des années d'instruction puissent être anéanties pour une lacune procédurale. Pourtant le Code de procédure pénale n'a-t-il pas été qualifié de code des honnêtes gens ? Afin d'accroître l'efficacité de ces mesures, des conventions ont été conclues à l'échelle mondiale et européenne (voir la Convention des Nations unies du 31 octobre 2003 et la Convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999).

La réprobation de la corruption a eu pour conséquence de vivifier l'abus de biens sociaux que des dirigeants ont pu commettre pour se procurer l'argent nécessaire à une corruption. La corruption prescrite, l'abus pouvait ne pas l'être.

Où apparaît la question de l'interprétation stricte du droit pénal. Or tout abus de biens sociaux n'est pas instrument de corruption.

Toutefois la criminalité courante, parce qu'elle serait en col blanc, ne s'en trouve pas *ipso facto* absoute (malgré certaines rumeurs malveillantes). Les chefs d'entreprise, comme d'autres, peuvent être voleurs, escrocs. Mais les activités commerciales, la gestion des sociétés peuvent présenter des particularités qui les démarquent des agissements courants.

Selon l'article 111-3 du Code pénal (ou encore l'article 7 de la CED) ne sont punissables que les faits expressément visés par la loi au moment où ils ont été commis. L'article L 111-4, lapidaire, affirme : « la loi pénale

7. Voir, pour les affaires dites d'une grande complexité, l'article 704 du Code de procédure pénale.

est d'interprétation stricte». Ainsi ne pas payer à un restaurateur un repas dégusté en connaissance de cause n'est ni vol ni escroquerie, mais filouterie d'aliments, infraction spéciale voisine. Pour éviter des lacunes (inégalitaires), des infractions viennent ainsi compléter l'arsenal de droit commun. C'est ainsi que le droit des sociétés connaît aussi l'abus de biens sociaux, la majoration frauduleuse d'apport, etc., distincts de l'abus de confiance ou de la fraude.

Historiquement, le droit pénal des affaires est né avec la loi du 17 juillet 1865 incriminant la distribution de dividendes fictifs dans les sociétés en commandite par actions; l'affaire Stavisky est à l'origine de la promulgation au décret-loi du 8 août 1935 sur l'abus de biens sociaux⁸.

L'après-guerre, notamment avec les ordonnances du 30 juin 1945 relatives à la réglementation des prix et aux infractions à la législation économique, a été une période de pénalisation affirmée.

95

Mais à partir de 1985 commence une période de dépénalisation, par exemple avec la loi du 25 janvier 1985 qui va adoucir la situation des «banqueroutiers» ou, encore plus nettement, avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a abrogé le délit d'entente illicite, donnant au Conseil de la concurrence un rôle fondamental. Toutefois – mais le texte ne visait que les personnes physiques –, demeure une infraction pénale la réalisation intentionnelle d'une entente prohibée ou d'un abus de position dominante. Or, depuis la loi du 31 décembre 2005, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Nouvelle incertitude. Ne faut-il pas que chaque nouveau scandale, ou prétendu tel pour aguicher le public, soit suivi de nouvelles incriminations d'autant plus inutiles qu'elles ne sont alors que des doublons du droit commun?

La ligne directrice n'en demeure pas moins celle d'une dépénalisation rationnelle notamment en droit des sociétés avec la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et les textes du 1^{er} août 2003 et des 25 mars et 24 juin 2004.

Il est vrai, en revanche que, paradoxalement, l'abrogation de certaines infractions spéciales, utiles, provoquerait des extensions d'incrimination, par interprétation jurisprudentielle créative à partir du droit commun. L'abus de biens sociaux n'est prévu que dans les sociétés par actions et

8. L'affaire Stavisky est une crise politique française survenue en décembre 1933, succédant au décès dans des circonstances mystérieuses d'Alexandre Stavisky, dit «le beau Sacha». Ce scandale devait symboliser la crise d'un régime instable soupçonné de corruption et contribuer à la chute du gouvernement Camille Chautemps et au déclenchement des émeutes antiparlementaires du 6 février 1934.

à responsabilité limitée. S'il disparaît, l'abus de confiance ne lui serait-il pas parfois substitué et cela dans toutes les sociétés ? Or, selon la Cour de cassation française, l'abus de biens sociaux n'est punissable que dans les SA et SARL de droit français ! Article 4 oblige. Une entreprise française incorporée selon le droit anglais n'en relève pas. Ce droit spécial par son pointillisme est une des causes du sentiment de pénalisation excessive et de culpabilité latente, même si les statistiques en démontrent la légèreté (Damoclès n'a pas reçu son épée sur la tête, il n'en est pas moins célèbre pour sa crainte).

Si l'on examine la liste des infractions au Code de commerce visées par les condamnations inscrites au casier judiciaire national et prononcées entre 1995 et 2006, le « palmarès » est le suivant :

1. falsifications de chèques et de cartes de paiement ;
2. cas de banqueroute dans les SARL ;
3. abus de biens sociaux ;
4. participations réciproques ;
5. irrégularités dans les facturations, les liquidations, soldes et ventes à perte.

Le nombre total de condamnations annuelles, toutes infractions confondues, oscille autour de 3 000, nombre pour lequel le célèbre ABS représente environ 500 condamnations pour les SARL et 250 pour les SA, en concours avec les distributions de dividendes fictifs et les comptes irréguliers !

Du non-droit pénal dans la vie des affaires

Le droit des affaires et le droit des sociétés, en particulier, assurent la prévisibilité des solutions et la sécurité des entreprises par de nombreuses formalités fondatrices ou périodiques, destinées aux tiers et aux associés. La menace d'une sanction pénale est-elle la meilleure incitation ? Le doute est permis, des mesures préventives étant plus conformes à l'objectif poursuivi que des condamnations aléatoires et tardives.

La préférence doit être donnée à des contrôles *a priori* (fût-ce sous la forme de déclaration préalable), des injonctions de faire sous astreinte ou des interdictions d'exercice (peines privatives de liberté professionnelle). La peine de mort existe même pour les personnes morales avec la peine de la liquidation et l'amputation avec la fermeture d'établissement.

La proportionnalité s'impose. Un exemple : les assemblées dans les PME : le cérémonial est formel, le dirigeant se fie à des intermédiaires. Pourquoi le menacer de six mois d'emprisonnement s'il ne réunit pas l'assemblée annuelle dans les six mois ? En revanche, *a fortiori* pour les

sociétés faisant appel publiquement à l'épargne, les dispositions relatives aux comptes sociaux et à l'information des associés et des tiers doivent demeurer dans l'orbite du droit pénal. Transparence oblige.

Par conséquent, la rationalité économique peut, à l'inverse, conduire à accroître la pénalisation dans un souci de cohérence. Dans les groupes de sociétés, l'omission d'informer sur les franchissements de seuils de participation est susceptible d'entraîner une suspension temporaire des droits de vote. Un éventuel majoritaire est à la merci des minoritaires ! La sanction pénale n'est qu'une amende de 18 000 euros. Pénalisation dérisoire face aux enjeux financiers.

Cette dévalorisation du droit pénal tient enfin, caricaturalement, aux hypothèses où l'adaptation n'a pas suivi l'évolution des règles commerciales. Plutôt qu'une sanction couperet, il est préférable de prévoir une gradation. Avec le « piratage » des œuvres en ligne, il a été suggéré de mettre en place un système d'avertissement en cas de téléchargement illégal, suivi en cas de récidive d'une résiliation d'abonnement.

97

Qui plus est des anachronismes demeurent. Il n'existe plus que des valeurs mobilières dématérialisées, pourtant, le Code de commerce contient des dispositions spéciales visiblement écrites pour punir ceux qui fabriqueraient et feraient circuler des « actions-papiers ». Le bon sens ou l'escroquerie suffisant à y faire face, quel intermédiaire agréé s'y laisserait prendre ?

Utilement, le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires procède à un toilettage de ces dispositions. Autrement plus novatrices sont ses propositions concernant les risques d'instrumentalisation de la justice pénale.

Ce rapport procède à un constat, celui d'accroître l'attractivité de la justice civile : « La justice pénale financière souffre aujourd'hui d'un problème récurrent, celui de la coexistence, à côté de véritables infractions financières qui doivent être sanctionnées, d'un contentieux pénal virtuel, artificiel créé par les acteurs économiques dans un but de déstabilisation concurrentielle. C'est essentiellement dans les cabinets d'instruction financiers que cette prolifération d'affaires prétendument pénale est la plus importante, entretenue par un nombre considérable de plaintes avec constitution de parties civiles infondées⁹. »

Bien que théoriquement envisageable, une scission des poursuites pénales et de l'indemnisation de ses conséquences serait inopportune. Elle éloignerait les membres de la société civile de ce fondamental « combat pour le droit ».

9. « La dépénalisation de la vie des affaires », rapport cité.

Toutefois, le choix de la victime d'agir soit selon la voie civile soit selon la voie pénale se trouve pipé, non seulement par l'attrait de la vengeance, mais surtout par l'avantage (financier) qu'apporte une instruction pénale efficace poursuivie aux frais de l'État, avec des moyens exorbitants du droit civil pour la collecte des preuves et des pressions sur les récalcitrants, ne serait-ce que par le rôle du ministère public et des juges d'instruction.

Les gardes à vue par leur aspect humiliant ont contribué au sentiment de pénalisation abusive de certains.

La loi du 5 mars 2007, pour renforcer l'équilibre, a imposé une plainte préalable à la constitution de partie civile dont la recevabilité est soumise à un délai et à un complément de consignation en cas de frais d'expertise.

98

Le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires, tout en suggérant de renforcer ces mesures, propose des voies nouvelles pour rendre la justice civile plus attractive. Sans tomber dans les travers reprochés, par exemple, au système des États-Unis, avec les *class actions*¹⁰, il propose de dépénaliser la réparation des préjudices collectifs en droit de la consommation tout en renforçant les droits des victimes, en instaurant en droit français une action de groupe. Elle permettrait à une association d'exercer une demande en justice au nom d'un groupe de personnes ayant subi du fait d'un même acteur économique des préjudices similaires. Afin d'éviter les errements précédemment dénoncés, l'action de groupe serait encadrée. La réparation de ce préjudice collectif serait de la compétence du juge civil à l'exclusion de la voie pénale. En revanche, l'action publique *stricto sensu* pourrait évidemment prospérer. Le droit de la consommation est un domaine où l'ordre public de protection s'impose.

Le juge civil statuerait en premier lieu sur la responsabilité civile du professionnel et fixerait un délai durant lequel tout consommateur pourrait présenter une demande d'indemnisation à l'entreprise.

De la prescription extinctive de l'action publique

Le temps de l'action n'est pas une question propre au droit pénal français. Le droit commun de la prescription civile vient d'être réformé. Mais alors que le sujet devrait être abordé sereinement, ce délit (médiatique) qu'est l'abus de biens sociaux a perturbé les débats, jusqu'à ce que cet arbre cache la forêt des infractions prescriptibles. Parce que la corruption était prescrite, la jurisprudence s'est appuyée sur l'abus de biens sociaux pour

10. Recours entrepris pour le compte de personnes identifiées ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune.

sanctionner des délinquants. Le point de départ du délai de trois ans en a été retardé au cas de dissimulation. D'où une casuistique subtile.

Or, s'il serait regrettable de ne légiférer que pour l'abus des biens sociaux, il le serait tout autant de ne pas moderniser notre droit sous le prétexte de ce seul délit. C'est d'une manière cohérente qu'il faut tendre vers un droit harmonisé en France et en Europe. Cette exigence ne contredit pas les besoins d'une économie efficiente bien au contraire.

L'INFLUENCE DE L'APPROCHE ÉCONOMIQUE

La cohérence s'y impose encore. Le déclin de l'interventionnisme étatique dans la vie économique et la généralisation de l'économie de marché ont renouvelé l'approche de l'efficacité et non plus de la seule effectivité des sanctions, en raison de leur coût d'une part, et des exigences de transparence inhérentes à ces modèles libéraux d'autre part.

99

Le coût de la sanction

Si l'affirmation symbolique demeure : « la justice n'a pas de prix » c'est qu'elle consacre la prééminence éthique du droit sur une conception mécaniste et matérialiste du marché. En revanche la pénalisation a un coût et les institutions des contraintes budgétaires. À l'idéal normatif se juxtapose sa « rentabilité ». Il n'est pas sacrilège de procéder à des évaluations des politiques pénales.

L'économie du droit s'est, notamment, penchée sur l'efficacité des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles¹¹. Partant de la rationalité des agents économiques, les spécialistes modélisent des comportements à partir d'une hypothèse simple. Une firme met en balance son espérance de gain avec le risque de perte aléatoire. Afin que la sanction dissuade l'entreprise, le montant théorique de la sanction n'est pas le seul paramètre, il faut prendre en considération l'effectivité de la détection et de la sanction. Un système performant dans la recherche des infractions et la collecte des preuves est coûteux. Les autorités de concurrence, grâce à des facultés de clémence et de transaction, obtiennent des réductions de coût et une meilleure destruction des cartels.

Encore doivent-elles être conciliables avec les exigences de droit pénal et les droits de la défense. La clémence repose sur la délation puisque le membre d'un cartel qui en révèle l'existence bénéficie d'une réduction

11. Voir Emmanuel Combes, *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, « Précis », 2005.

de peine de la part du conseil. Ce qui n'a pas d'effet, en l'état de notre droit, sur les poursuites pénales susceptibles d'être exercées. Quant à la transaction qui réduit les coûts d'instruction et de jugement, elle risque d'achopper sur l'épineux sujet de la reconnaissance ou non de culpabilité de l'entreprise qui transige. Aussi le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires propose l'instauration d'une « homologation » par le parquet de la clémence et une homologation par l'autorité judiciaire des transactions entre l'entreprise et l'autorité administrative afin d'éviter des poursuites pénales « intempestives ».

La régulation des marchés

100

Comme Léon Walras l'avait compris, un marché n'est pas que le lieu où sont offerts des produits et des services, il est un mécanisme d'arbitrage des offres et des demandes par les prix grâce à une transparence supprimant les asymétries d'information. La règle du jeu ne doit pas être faussée, fût-ce par l'intervention de l'État. La régulation s'est donc accompagnée d'une déréglementation et de la mise en place d'arbitres impartiaux : les autorités administratives indépendantes. D'où ces dispositifs non pénaux pour détecter les manquements qui faussent un marché, accompagnés de sanctions allant jusqu'au prononcé d'amendes non pénales.

Même si le modèle économique est protégé et le jeu normal du marché restauré, la simple morale et la protection des épargnants appellent le droit pénal. En théorie, le manquement peut être, intellectuellement ou matériellement, distingué du délit. En pratique, dans les textes, ces éléments constitutifs sont analogues : délits d'initié, de fausses informations ou de manipulation des cours par exemple. Leurs auteurs sont cumulativement passibles de sanctions administratives et pénales. Certes le principe de proportionnalité a conduit à limiter le cumul d'amendes au maximum le plus élevé encouru, lequel a été récemment augmenté. La peine correctionnelle d'emprisonnement n'est pas écartée. Une controverse s'est donc élevée à propos de l'applicabilité de la règle *non bis in idem*, sans que les arguments strictement juridiques réciproques soient déterminants. En revanche, les décalages, les successions de procédures provoquent des perversions procédurales.

Mais renoncer à la voie pénale serait d'autant plus malencontreux que la criminalité bénéficie d'instruments particulièrement efficaces pour spolier les épargnants. Écarter la régulation est inconcevable d'autant que les scandales récents obligent à promouvoir une meilleure surveillance des opérateurs et des agences de notation par les autorités de marché.

Devant ce dilemme, le rapport sur la dépénalisation propose que soit

renforcée la collaboration des deux institutions avec des équipes communes et que le parquet, ayant la maîtrise de l'aiguillage, choisisse la voie, judiciaire ou administrative, selon la gravité du comportement¹².

La réflexion est relancée.

Une conclusion ? Pour que la pénalisation des affaires ne soit ni laxiste ni rigide, une exigence s'impose : analyser l'impact réel des textes et, dans un art tout d'exécution, doter les autorités compétentes des moyens budgétaires adéquats à la mise en œuvre de normes cohérentes et prévisibles. La prévention restant un idéal, la sanction est réaliste.

12. Voir Jean Veil, « Sanctions pénales et sanctions administratives : complémentarité ou ordonnancement à repenser ? », *supra*.

BIBLIOGRAPHIE

- Bernard Bouloc, « Réflexions sur la dépénalisation envisagée du droit des affaires », *Réformes 2008*, Wolters Kluwer, 2007.
- Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, *Le Droit des affaires*, PUF, « Thémis », 2000.
- Marie-Anne Frison-Roche, Jean-Claude Marin et Claude Nocquet, *La Justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001.
- Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires en Europe*, PUF, « Thémis », 2006.
- Jean-Paul Jean, *Le Système pénal*, La Découverte, « Repères », 2008.
- Jacques-Henri Robert et Haritini Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004.

R É S U M É

Certaines affaires politico-financières médiatisées ont accru le sentiment de pénalisation du droit économique chez les uns et de régression éthique des marchés chez d'autres. Pourtant deux tendances plus complémentaires que contradictoires peuvent être observées en droit français récent, celle d'une lutte renforcée contre la criminalité organisée et d'une espérance de meilleure régulation des marchés; celle d'une dépénalisation rationnelle des textes obsolètes des codes de commerce ainsi que monétaire et financier, dont le rapport Coulon sur la dépénalisation du droit des affaires est la plus récente manifestation.

LA POLITIQUE PÉNALE : RESSORTS ET ÉVOLUTION

Le vote et la promulgation, en 1992, du nouveau Code pénal français procèdent d'un phénomène miraculeux que la science politique devra expliquer. Comment, en effet, des parlementaires ont-ils pu s'entendre sur un texte qui fonde l'exercice de la répression étatique alors que, philosophiquement et politiquement, ce sujet devrait les diviser profondément ? Nombreux sont les députés et sénateurs qui, dans tous les partis même conservateurs, pensent, comme Auguste Comte et Enrico Ferri, que l'homme est privé de libre-arbitre et que la répression qui frappe le délinquant est une réaction de défense sociale dont le but est de restaurer un matériau humain défectueux. Nombreux sont aussi les représentants du peuple convaincus, au contraire, que la répression est l'instrument laïc de la pénitence nécessaire à la rétribution d'une faute contre le droit naturel d'inspiration divine. Mais, même si ces convictions inspirent les votes des uns et des autres au cours des délibérations parlementaires, ni les matérialistes ni les spiritualistes n'oseraient les afficher ouvertement. La seule opinion présentable est celle de l'utilitarisme de la Révolution, fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen indéfiniment répété dans les lois et traités internationaux : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit » : si le délinquant est puni c'est parce que, conscient de la volonté du législateur pénal, il l'a bravée, acceptant ainsi d'avance la peine prévue contre l'acte illicite qu'il a accompli librement. Cette affirmation juridique masque commodément les divergences politiques et philosophiques mais ne les anéantit pas et ne résout pas non plus la question de savoir comment a pu être rédigé et voté un nouveau Code pénal.

La réponse est qu'il naquit dans l'ambiguïté, car spiritualistes et

matérialistes dissimulèrent soigneusement leurs drapeaux respectifs dans leurs poches. On en eut la preuve à l'occasion de la discussion des articles 122-1 à 122-7 du Code pénal qui énumèrent les causes d'exonération, faits justificatifs et causes de non-imputabilité confondus; alors que le projet de loi commençait tous ces articles par la formule « N'est pas *punissable* la personne qui », expression neutre quant au fondement de la répression étatique, un amendement fut adopté en quelques minutes qui remplaça cette clause par « N'est pas *responsable* la personne qui » : le changement, qui impliquait l'affirmation du libre-arbitre, fut accepté avec une extraordinaire légèreté car nul n'y vit de conséquence pratique fâcheuse pour sa conviction secrète¹. Le Code pénal n'est pas une œuvre philosophique mais une compilation de recettes concrètes, heureuses ou maladroites, pour lutter empiriquement contre la délinquance. Nul n'a plus sincèrement exprimé sa nature que les deux magistrats qui assistèrent le garde des Sceaux au cours de la discussion du texte, Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec : « On serait bien en peine de trouver des fondements bien déterminés dans le nouveau Code. Texte de compromis et donc d'équilibre, celui-ci est exempt de tout dogmatisme et paraît plutôt inspiré par un certain pragmatisme². »

Mais l'ambiguïté conceptuelle qui permit la naissance du nouveau Code pénal est aussi la cause de deux maux qui l'affectent : le manque de cohérence interne et la grande instabilité dont il a souffert très rapidement après son entrée en vigueur. Le premier défaut s'observe dans la comparaison entre d'une part son livre I^{er}, tout entier tourné vers la réinsertion et imprégné de défiance à l'égard de la prison, et d'autre part ses livres II à V, consacrés au droit pénal spécial, caractérisé par la gravité des peines principales et surtout l'accumulation des peines complémentaires désocialisantes très contraires aux généreux desseins du livre I^{er}³. Quant à l'instabilité, elle est manifeste pour qui consulte la table chronologique des textes qui ont modifié le Code et que la pratique désigne par des noms de ministres suivis de numéros : Sarkozy I et II, Perben I et II, Dati I, II et III. Le phénomène afflige tout autant le Code de procédure pénale.

Si l'ambiguïté des fondements théoriques du droit pénal explique son instabilité, elle ne permet pas de décrire les facteurs qui le font mouvoir dans des directions très variées. On les trouve facilement dans

1. JO, AN, Débats, 1989, p. 3434.

2. Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 11^e éd., Economica, 2004.

3. Claude Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, « Les fondamentaux », 1994, p. 31.

l'observation de la vie politique et parlementaire. D'une part, les faits divers ou les programmes électoraux des hommes politiques inspirent très directement des réformes, souvent répressives comme lorsqu'il s'agit de viols et de meurtres d'enfants, plus rarement dépénalisantes, comme dans le cas de l'euthanasie ou de la morale sexuelle ; d'autre part, un puissant courant intellectuel impose des réformes généralement libérales, comme l'abolition de la peine de mort ou la protection des droits de l'homme en procédure pénale, moins fréquemment répressives comme la lutte contre les discriminations ou la compétence universelle des États en matière de crimes contre l'humanité et bientôt l'environnement. Tocqueville avait depuis longtemps identifié ces facteurs d'évolution de la législation des démocraties, et les avait nommés « la tyrannie de la majorité » pour le premier et « l'esprit légiste, contrepoids de la démocratie » pour le second⁴. On les trouve à l'œuvre dans notre régime politique contemporain.

105

LA TYRANNIE DE LA MAJORITÉ

Le célèbre auteur normand découvrit la *tyrannie de la majorité* dans les petites communautés que constituaient alors les États fédérés des États-Unis. À son époque, il était impossible d'appliquer ses observations à la France, pays très peuplé et très centralisé. Mais aujourd'hui la diffusion instantanée de l'information par les communications électroniques, associée aux sondages consécutifs à toutes sortes d'événements, a formé, même en France, une opinion publique semblable à celle que Tocqueville décrivit. Chaque malheur, public ou publiquement connu, entraîne – c'est une banalité de le rappeler – une réaction législative ou réglementaire : amiante, chute d'ascenseur, attaque de chien, inondation de camping, accident d'autocar, aliments frelatés, malfaçons de pavillons édifiés à la chaîne, etc. Toutes ces malencontres ont un effet sur le droit pénal, car elles engendrent la création ou le développement d'une police administrative dont les règlements sont aussitôt assortis de sanctions pénales, mais elles ne concernent pas directement ce que l'opinion considère comme l'essentiel du droit pénal.

Pour que la matière pénale proprement dite subisse une commotion législative, il faut un fait divers criminel qui mette en scène un tueur en série, un pervers assassin et violeur, une mère indigne. Les « mesures » que l'opinion publique demande et, souvent, obtient sont inspirées par

4. Alexis de Tocqueville, *La Démocratie en Amérique*, Flammarion, 1981, t. 1, 2^e partie, respectivement ch. VII, p. 348 *sq.*, et VIII, p. 362.

l'empirisme le plus pur. L'objet à traiter n'est, apparemment, obscurci par aucune technicité juridique ou scientifique et tout citoyen quelconque peut se flatter, comme les Américains de Tocqueville, de le comprendre dans tous ses aspects. La réponse législative ne requiert pas non plus une difficile élaboration et elle peut intervenir rapidement.

106 Les lois les plus simples qui se bornent à aggraver des peines encourues sont fondées sur l'idée utilitariste que, puisque les peines fulminées dissuadent les éventuels criminels, leur effet est plus énergique si la peine encourue est plus lourde. Cette progressivité de la dissuasion générale n'a jamais été mesurée en France et les universités américaines qui, à l'aide de généreuses subventions, ont voulu l'apprécier l'ont trouvée incertaine⁵. Entre trente ans de réclusion criminelle et une réclusion criminelle à perpétuité, même incompressible, les candidats au crime ne voient pas de différence. Mais les citoyens s'en satisfont, ce qui prouve que, comme dans l'Antiquité et malgré les Lumières, la répression pénale garde son caractère vindicatif et sacrificiel : les Romains qualifiaient le criminel de *sacer*, c'est-à-dire sacré et voué aux dieux, et l'on trouverait sûrement un fondement psychanalytique à la survivance de ce sentiment, quoique l'on ne puisse pas en faire un argument juridique présentable.

La loi du 12 décembre 2005, celle du 10 août 2007 – votée à l'époque du crime d'un libéré conditionnel – et celle du 25 février 2008 se sont donné des fondements moins magiques. Cédant à la crainte qu'inspirent les anciens détenus reconnus coupables de crimes graves, elles ont abandonné l'idée selon laquelle le condamné qui a purgé sa peine est quitte après avoir « payé sa dette à la société », et elles ont posé qu'il doit rester « sous main de justice » tant qu'on l'estimera dangereux. En conséquence, ces textes ont étendu le champ d'application du suivi socio-judiciaire, de l'injonction thérapeutique, de la surveillance électronique, ils ont institué la surveillance judiciaire, la surveillance et la rétention de sûreté. Même les malades mentaux privés de discernement ont été dépossédés du bénéfice de l'acquittement et de la relaxe, et sont désormais rangés dans une catégorie nouvelle créée tout exprès pour eux, celle des « personnes irresponsables pénalement à raison d'un trouble psychique ayant aboli leur discernement » et soumises, pour cela, à des « mesures de sûreté » qui ont le même contenu que les peines complémentaires traditionnelles.

Le ressort initial de ces réformes est pragmatique, mais leur vocabulaire

5. Voir, par exemple, dans une masse immense de littérature américaine : Laurence W. Sherman *et al.*, « Preventing crime : what works, what doesn't, what's promising. A report to the United States Congress », *The FBI Law Enforcement Bulletin*, novembre 1997.

et leurs solutions sont ouvertement ceux de la doctrine positiviste de Ferri et de ses disciples : la répression n'est plus seulement fondée sur l'idée de la responsabilité d'un être libre et responsable, mais sur sa dangerosité intrinsèque, dissociée de tout blâme moral ou social. Le voile de neutralité qui enveloppait, au moins apparemment, le Code pénal est déchiré ; il soutient deux systèmes de répression, l'un assis sur la « responsabilité » affirmée *a contrario* par ses articles 122, l'autre sur la dangerosité d'un petit nombre d'individus redoutés dont beaucoup de psychiatres avouent d'ailleurs qu'ils ne savent pas comment les détecter. L'ébranlement de l'édifice théorique est un prix très élevé pour satisfaire le désir de vengeance publique.

L'ESPRIT LÉGISTE

107

C'est précisément ce sentiment que combat l'autre facteur social d'évolution du droit pénal, celui que Tocqueville dénommait « l'esprit légiste » et que *mutatis mutandis* on peut reconnaître en France dans l'ensemble des défenseurs des droits de l'homme. Son origine remonte au siècle des Lumières, lancé qu'il fut par Montesquieu, Voltaire et Beccaria. Sa cible favorite était l'ordonnance criminelle de 1670, mais il ne s'éteignit pas avec l'abrogation, par la Révolution, de ce texte honni : la tradition libérale, prolongée jusqu'à nos jours, persiste à soutenir que l'ordonnance a marqué et marque encore la procédure pénale française d'une tare dont il faut la débarrasser, son caractère inquisitoire. Depuis Raymond Saleilles et son célèbre ouvrage *L'Individualisation de la peine*⁶, l'esprit légiste ne s'attache plus seulement à la réforme ou à la révolution de la procédure, mais aussi au droit pénitentiaire ; après la dernière guerre, il fut renforcé par le mouvement de la défense sociale nouvelle de Marc Ancel⁷ et la réforme Amor qui n'eut de cesse d'humaniser la condition des détenus et condamnés pour favoriser, par tous les moyens possibles, leur réinsertion.

Ce vaste mouvement, qui inspire la quasi-totalité de la doctrine scientifique triompha presque toujours en législation, au contraire de la majorité tyrannique mais silencieuse et populaire. L'état de la procédure pénale et celui du droit pénitentiaire contemporain n'ont plus grand-chose de commun avec le droit positif en vigueur en 1945 ou même en 1958. Depuis la loi du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption

6. Alcan, 1898.

7. Marc Ancel, *La Défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954.

d'innocence et le droit des victimes », notre procédure a perdu l'essentiel de son caractère inquisitoire ; et depuis celle du 9 mars 2004 « portant application de la justice aux évolutions de la criminalité », le droit de l'exécution des peines, largement judiciarisé, assure au condamné le respect de ce qui lui reste de liberté.

La question, aujourd'hui, n'est donc plus de savoir si l'esprit légiste inspire la législation sur les matières considérées, mais de savoir comment le Parlement, et davantage encore le gouvernement, peuvent canaliser ses revendications : peuvent-ils, de bonne foi, rejeter des propositions déduites des écrits de Voltaire et de Beccaria et fondées sur la Convention européenne des droits de l'homme ? Des pétitionnaires radicaux en déduisent des propositions énergiques : par exemple, la présomption d'innocence doit conduire à la suppression de la détention provisoire ; l'égalité des armes commande l'abolition du juge d'instruction ; les investigations présentencielles devraient être confiées conjointement au parquet et à la défense qui partageraient les moyens de la police judiciaire. Il ne suffit pas, pour repousser ces prétentions, d'affirmer qu'elles insultent au bon sens et ignorent les besoins de la pratique, car les principes ne sauraient céder devant la routine des magistrats et policiers.

La question « Qui inspire les réformes pénales ? » devient « Sur quels principes, et non sur quelles recettes, le pouvoir normatif peut-il se fonder pour contenir ou canaliser des revendications puissantes qui font, de l'exercice des droits de l'homme, l'objet principal du procès pénal ? ». Ces principes régulateurs existent : les uns, de droit substantiel, sont contenus dans de nombreuses conventions internationales, comme celle de Palerme contre la criminalité organisée ; les autres, de nature institutionnelle, résident dans le rôle du ministère de la Justice.

Le droit international ne se réduit pas à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Bien d'autres instruments autorisent les États à limiter, dans l'intérêt de la répression, le plein exercice des droits de l'homme. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 contenait des stipulations relatives à la répression, énergique, de la criminalité organisée, et c'est pour son application qu'a été publié, le 5 décembre 1997, le « Programme de coopération sur l'action contre la criminalité organisée » et créé Eurojust. Le Conseil de l'Europe, rédacteur de la Convention européenne des droits de l'homme, a publié une recommandation en date du 19 septembre 2001 (mais elle a évidemment été préparée avant le 11 septembre) par laquelle il préconise l'emploi de l'infiltration des réseaux de criminalité organisée et leurs écoutes par tous

les moyens techniques disponibles. L'ONU avait donné l'exemple avec son traité de lutte contre le trafic de stupéfiants (Vienne, 20 décembre 1988) contre le blanchiment d'argent (Strasbourg, 8 novembre 1990) et plus généralement contre la criminalité organisée par la célèbre convention de Palerme du 12 décembre 2000, mais celle-ci, marquée par l'initiative des États-Unis, a mauvaise presse.

L'Association internationale de droit pénal a analysé ces textes, ou suivi leur élaboration, au cours de son Congrès tenu à Budapest en 1999, lui-même précédé de quatre réunions préparatoires; l'ensemble de ces travaux occupe plus de 2 500 pages dans la *Revue internationale de droit pénal*⁸. Mais parce que ce corps de règles est peu connu ou peu étudié par la doctrine juridique française, les lois qui auraient pu s'en réclamer (lois 2002-307 du 4 mars 2002, 2002-1138 du 9 septembre 2002, 2003-239 du 18 mars 2003, 2004-204 du 9 mars 2004) ont été mal reçues et présentées comme le fruit d'une volonté gouvernementale, ou ministérielle, de réduire les libertés publiques pour flatter un électorat conservateur.

109

Le canal par où passent les influences modératrices de l'esprit légiste est le ministère de la Justice qui remplit ainsi un rôle bien ingrat. Peu après la promulgation de la loi du 15 juin 2000, l'Institut de criminologie de Paris a organisé un colloque sur le thème « La révolution permanente de procédure pénale », auquel ont bien voulu participer des acteurs importants de la rédaction des lois : Georges Kiejman, qui fut ministre délégué auprès du garde des Sceaux, expressément chargé des réformes dans le gouvernement de Michel Rocard, et Didier Guérin, longtemps sous-directeur de la législation criminelle; l'un et l'autre parlèrent sans fard. Il ressortit de leurs propos que le ministre donne l'impulsion aux réformes (le titre de la communication de Georges Kiejman était « Le rôle du ministre dans l'impulsion des réformes en matière de procédure pénale ») et que la Direction des affaires criminelles et des grâces « assure une permanence fondée sur sa mémoire » et « présente les grandes options à prendre préalablement à des évolutions législatives » (Didier Guérin avait choisi de présenter « Le rôle des bureaux de la Chancellerie dans la rédaction des réformes »).

L'impulsion ministérielle n'est évidemment pas un acte de libre création du droit. Si fort que soit l'attachement d'un ministre à ses projets, il ne peut les faire prospérer qu'au prix de très grands efforts de persuasion : il lui faut convaincre d'une part le président de la République, le Premier ministre et les ministres des Finances et de l'Intérieur, et d'autre part, les

8. *RIDP*, vol. 68, 1997, p. 477 à 1142; vol. 69, 1998; et vol. 70, 1999.

citoyens ; cette tâche gigantesque accomplie, la présentation des textes au Parlement en est une autre que Georges Kiejman trouva moins rude puisqu'il la qualifia de « passionnante » et dit « en avoir gardé le meilleur souvenir ». La loi votée, reste encore un travail, plus aléatoire, celui de persuader les magistrats eux-mêmes du bien-fondé de sa réforme « voire [de son] caractère inéluctable (en raison par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme) ». L'art de légiférer en matière pénale implique donc l'utilisation d'arguments simples, politiquement entraînants, et le ministre ne peut pas, comme il le fait lors de la préparation de textes techniques de droit civil ou commercial, se contenter de constructions juridiques subtiles propres à emporter l'adhésion des seuls spécialistes. Comment pourrait-il oser déclarer à la télévision qu'il existe certains droits de l'homme, comme la liberté d'expression ou le droit à une vie familiale normale, qui ne sont que « conditionnels » et auxquels on peut apporter des limitations proportionnées et fondées sur un intérêt légitime ?

Lorsqu'il se sent dépassé par la tâche, le garde des Sceaux nomme ou fait nommer par le Premier ministre des commissions indépendantes et chargées d'élaborer des propositions qui soient à la fois politiquement acceptables et techniquement applicables. Parmi les plus anciennes et les plus célèbres, on remarque la commission Justice pénale et droits de l'homme, présidée par Mireille Delmas-Marty, et la commission de réflexion sur la justice animée par Pierre Truche. On sait que, depuis l'élection de Nicolas Sarkozy, ces commissions se sont multipliées et, en matière pénale, qu'elles travaillent ou ont travaillé sur la dépenalisation du droit des affaires, sur le droit des mineurs, sur le droit pénitentiaire et, plus récemment, sur la « rénovation du Code pénal et du Code de procédure pénale ». Même quand ces aréopages ne font que répéter des projets dont tout le monde parle, ils leur confèrent une autorité nouvelle et les débarrassent des soupçons de partialité dont ils souffrent, quand ils sont proposés par le seul gouvernement ou par un seul parti politique. Rendus ainsi présentables, ils ont quelque chance de devenir, en tout ou partie, des lois.

Osons ici ajouter une notation sur l'influence de la doctrine. Parce que la parole de l'universitaire est libre, elle est dépourvue du poids de l'*imperium*, et les vrais décideurs la prennent et la rejettent aussi librement qu'elle a été exprimée. Une « idée de professeur », et l'expression n'est pas nécessairement flatteuse, n'est pas tenue pour argent comptant par les hommes politiques qui se veulent pragmatiques et elle ne se transforme en loi qu'après avoir été longtemps soupesée, critiquée puis édulcorée.

À supposer que les universitaires tiennent un rôle dans la création du droit en général et du droit pénal en particulier, leur influence ne peut donc qu'être indirecte.

Ils ne peuvent se flatter de créer le droit positif que dans des cas exceptionnels que l'on peut ranger dans deux catégories, l'une minuscule et l'autre majuscule.

L'influence minuscule s'observe pour la solution d'un point de droit très technique, par exemple la combinaison des séries de sursis accordés successivement au même condamné, ou l'effet de l'action fiscale des douanes exercée devant le tribunal correctionnel. Si l'écrivain juridique a la chance de rédiger un commentaire d'arrêt dont la Cour de cassation s'inspire dans l'une de ses décisions ultérieures, et si cette même cour en fait mention dans son rapport annuel en suggérant la modification d'un article d'un code, l'annotateur pourra se flatter d'avoir contribué à l'amélioration de la loi; mais il ne devrait pas en tirer plus de gloire que l'employé des chemins de fer qui aurait arrangé, pour un voyage compliqué, d'habiles correspondances.

111

Le pouvoir de peser sur la solution de questions importantes n'est donné qu'à de rares universitaires, jouissant d'une grande notoriété construite sur une longue carrière. Quand Carbonnier, Levasseur ou Vedel émettaient une opinion, dans une chronique ou en tant que président d'une commission qui portait leur nom, elle avait de fortes chances de former la substance d'un nouveau texte ou d'une nouvelle jurisprudence. Mais leur autorité était si grande que leur pouvoir ressemblait davantage à celui du prêteur romain rédigeant une *formula* qu'à celui d'un enseignant-chercheur chargé de mettre en ordre les idées des étudiants.

La politique pénale, on l'aura compris, n'est pas un long fleuve tranquille, traversée qu'elle est par des courants contraires et tourbillonnants, sur lequel les décideurs dérivent plus qu'ils ne gouvernent.

R É S U M É

Les ressorts de la politique législative pénale sont constitués, d'un côté, par une opinion populaire qui réclame de la sécurité, et, de l'autre, par une doctrine savante, soucieuse de la protection des droits de l'homme face à la justice et à l'administration pénitentiaire. Le second courant est de loin le plus puissant et le plus constant; le premier inspire des bouffées répressives épisodiques.

LA PÉNALISATION DE LA VIE POLITIQUE

La responsabilité des acteurs politiques est une des dimensions principales de leur fonction, qu'ils soient représentants ou décideurs publics. Cette responsabilité, qui fonde leur légitimité et qu'ils revendiquent, est de plusieurs natures. La responsabilité politique est la contrepartie de leurs pouvoirs, qu'elle s'exerce devant le citoyen-électeur ou devant les assemblées délibérantes, mais son effectivité est très limitée dans les faits, aussi bien au niveau national (une motion de censure votée en cinquante ans) que local (l'exécutif local n'est pas politiquement responsable devant l'organe délibérant qui l'a élu à l'exception de ceux de la Corse, de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française). La responsabilité juridique est civile, comptable ou pénale. Dans le premier cas (responsabilité civile), le juge administratif aura à juger des dommages créés par la faute personnelle de l'élu dans l'exercice de ses fonctions. Dans le second (responsabilité financière), il s'agit essentiellement de la gestion de fait (qui n'est plus accompagnée depuis la loi du 21 décembre 2001 de la sanction de l'inéligibilité en cas de condamnation) constatée par le juge financier. Mais le personnel politique peut aussi voir sa responsabilité pénale engagée pour les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. 113

1. La responsabilité pénale du personnel politique constitue un phénomène complexe et contradictoire, consécutif à la juridisation de secteurs entiers de la vie politique qui étaient restés longtemps aux marges de l'État de droit. C'est notamment le cas du domaine lié à la vie des partis et aux campagnes électorales. La moralisation nécessaire de leur fonctionnement à la suite des scandales qui ont émaillé les années 1980 et qui étaient liés au financement des campagnes électorales a conduit

à sanctionner sévèrement des pratiques jusqu'alors non poursuivies : l'action des juges et l'accompagnement législatif de leurs investigations ont développé ainsi une répression qui ne s'est avérée efficace que sur le long terme. Une fois reconnue législativement l'existence des partis (1988, soit trente ans après leur reconnaissance constitutionnelle dans l'article 4 C.), plusieurs lois se sont succédé pour ajuster les règles du financement de la vie politique (1988, 1990, 1993, 1995), effacer les fautes antérieures (que le juge pénal poursuivait sur les bases du droit pénal traditionnel) et sanctionner leur violation future. Si les années 2000 ont vu les poursuites et jugements continuer, c'est en grande partie en raison des règles propres à la procédure pénale française, qui permettent d'entretenir en permanence un dossier en interrompant ou suspendant les délais de prescription par de nouveaux actes d'instruction : du fait de cette pratique, validée par la Cour de Cassation, la prescription disparaît *de facto* en matière pénale pour ce type de délit.

2. Un autre facteur du développement de la législation et de la jurisprudence a été la répression accrue des fautes commises par le personnel politique en tant que décideur, lorsqu'il dirige des administrations et commet des délits, intentionnels ou non.

La répression des délits intentionnels classiques – et finalement peu fréquents – liés à la corruption est devenue plus sophistiquée : la prise illégale d'intérêts, l'atteinte à l'égalité d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics constituent le quotidien de la corruption au niveau local, alors que le trafic d'influence et la corruption *stricto sensu* caractérisent plutôt les atteintes principales au devoir de probité par des responsables politiques nationaux (dirigeants de parti en particulier). L'extension des domaines de décision au niveau local due à la décentralisation (plus de compétences, donc plus de marchés et de délégation de service public) et l'encadrement et la protection juridiques de nouveaux domaines (tels que l'environnement) ont renforcé cette tendance.

3. Ce phénomène a été accru par le cumul des mandats qui signifie aussi le cumul des moyens et le cumul des tentations : exerçant souvent un mandat local, le personnel politique national peut se trouver poursuivi pour des infractions commises dans l'exercice de ses mandats locaux, ces infractions pouvant elles-mêmes être liées à ses activités nationales (financement de parti, de campagnes électorales, par exemple). Peu de dirigeants nationaux ont été poursuivis – et encore moins condamnés – pour des délits commis à l'échelle de l'État, la plupart de ceux-ci étant difficiles à

identifier et démontrer (les affaires concernant des pots-de-vin sur des ventes d'armement se terminent presque toujours par des non-lieux ou des condamnations d'intermédiaires); presque tous ont été poursuivis pour des délits commis dans leurs fonctions exécutives locales.

4. Sur ce premier type de problèmes lié au domaine visé par le droit, et notamment le droit pénal, s'est greffé un second. Quel type de droit faut-il appliquer aux fautes commises par le personnel politique: droit administratif, droit financier ou droit pénal? Suivant le type de faute, la solution variera et de surcroît la frontière entre chacun n'est pas étanche, chaque juge pouvant confier à son collègue le soin de juger un pan du sujet pour lequel il se déclarera incompétent. La voie choisie dépend également de l'attitude des usagers et/ou des victimes. Ces dernières auront tendance à privilégier la voie pénale, plus rapide, qui permet de désigner nominalement un responsable et de donner une publicité à l'action menée, même si la voie civile, devant le juge administratif, permet souvent une meilleure indemnisation des victimes. 115

5. Par ailleurs, l'un des problèmes les plus anciens et les plus importants est de savoir si le personnel politique relève d'un régime juridique particulier: bénéficie-t-il d'immunités – qui l'exonèrent de toute responsabilité ou diffèrent simplement son jugement à la fin de ses activités électives – et doit-il être jugé par des juridictions spécifiques ou non? Sur ces questions, la législation ordinaire ou constitutionnelle, aiguillonnée par les juges, a évolué dans un sens défavorable à la spécificité, tendant à restreindre constamment les privilèges de la classe politique. Si le personnel national a vu ses immunités se restreindre progressivement, le personnel politique local ne bénéficie plus d'aucun traitement de faveur en la matière. Quant aux juridictions compétentes, il s'agit désormais des juridictions de droit commun, seuls les membres du gouvernement bénéficiant d'une juridiction exceptionnelle pour juger les crimes et délits liés à leur fonction.

6. Ce phénomène n'est cependant pas continu car le législateur, qui est en même temps l'élite du personnel politique, n'a eu de cesse de se défendre et de se protéger.

Aux armes classiques de l'amnistie (très impopulaire dans l'opinion) ou de la prescription (réduite à néant par la jurisprudence), auxquelles a dû renoncer le législateur, s'est progressivement substituée celle d'une protection ciblée des décideurs publics, qu'il s'agisse d'une limitation

du champ des actes délictuels, du développement de la responsabilité collective ou de la limitation du renvoi au juge pénal.

Au niveau local, une série de dispositions législatives sont venues protéger les décideurs publics.

La première concerne les dispositions générales contenues dans le Code pénal dans lequel des modifications importantes ont été introduites, notamment en ce qui concerne les délits non intentionnels, c'est-à-dire les délits d'homicide et de blessures involontaires et de mise en danger délibérée d'autrui. À la suite du lobbying efficace de l'association des maires de France – relayée par le Sénat – la loi Fauchon du 10 juillet 2000 a restreint la portée traditionnelle de ces délits en exigeant un lien de causalité clair entre la faute et le dommage : en cas de lien de causalité directe, la responsabilité pénale est reconnue quelle que soit la gravité de la faute (critère traditionnel) ; en revanche, en cas de lien de causalité indirecte, la faute doit être caractérisée ou la violation des obligations de sécurité manifeste pour que la responsabilité pénale des personnes physiques soit engagée. Les effets jurisprudentiels de la nouvelle loi ont été d'autant plus nets que la loi était d'application immédiate (et donc aux contentieux en cours).

La seconde est l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales, reconnue pour les infractions pour lesquelles un texte l'avait prévue et devenue de portée générale par la loi du 31 décembre 2005. Toutefois, dans la pratique, seule une part infime des condamnations concerne des personnes morales de droit public et les personnes physiques restent la très grande majorité des personnes poursuivies et condamnées. La combinaison de ce dispositif et de la loi Fauchon devrait cependant conduire à une évolution plus marquée.

7. En ce qui concerne le personnel politique national (parlementaires, ministres, président de la République), son régime juridique a très nettement évolué depuis 1958.

Si les parlementaires bénéficient toujours d'une irresponsabilité et d'une inviolabilité pour les propos et actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions (entendu au sein même du Parlement), la révision du 4 août 1995 a considérablement réduit leurs privilèges pénaux : la poursuite pénale n'est plus suspendue, et seul le bureau de l'Assemblée peut suspendre une arrestation – et ce uniquement en cours de session et s'il n'y a pas flagrance. De fait, le nombre de condamnations de parlementaires a très fortement progressé depuis 1995.

Par contre, l'encadrement constitutionnel de la responsabilité pénale

des gouvernants a renforcé leur protection, même si l'objectif affiché était inverse.

Les membres du gouvernement sont, depuis 1993, sous la juridiction pénale de la Cour de justice de la République (CJR) pour les « actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis¹ ». Mais si la Cour de cassation a restreint le champ d'action de la CJR – en considérant que les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont uniquement ceux qui ont « un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de leurs attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux² » –, cette dernière, où les parlementaires sont majoritaires, a adopté dès l'origine (affaire du sang contaminé, 9 mars 1999) une jurisprudence restrictive : le filtrage de la commission des requêtes est le plus souvent un barrage infranchissable (voir, sur le nuage de Tchernobyl, 16 juin 2000) et la plupart des ministres bénéficient d'une relaxe – un seul a été condamné pour avoir abusé de sa situation (7 juillet 2004).

117

8. Quant à la responsabilité du président de la République, la révision de 2007 a supprimé le crime de haute trahison et son jugement par une Haute Cour de justice composée de parlementaires. Elle a séparé la sanction politique – destitution par la Haute Cour (autrement dit les deux Chambres réunies, comme pour le Congrès) – et les poursuites pénales qui suivraient éventuellement cette destitution. Cette procédure est très déséquilibrée : l'article 67 C nouveau assure au chef de l'État une immunité absolue pour tous les actes qui ne sont pas accomplis dans l'exercice de ses fonctions, qu'ils l'aient été avant son élection ou durant son mandat, le délai de prescription étant suspendu jusqu'à la fin du mois qui suit la cessation de fonction (ce qui permet ensuite une relance des procédures, comme l'a constaté à ses dépens Jacques Chirac en 2007). En cours de mandat, l'immunité ne peut être levée qu'en cas de destitution par la Haute Cour si celle-ci estime que le président est coupable d'un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». La Haute Cour n'est cependant pas près de se réunir ou de trancher puisqu'il faut une majorité hypothétique des deux tiers de chaque Chambre pour se réunir et que, de toute façon, la loi organique qui organise son fonctionnement n'est toujours pas adoptée.

1. Art. 68-1 C.

2. Ch. Crim., *Carignon*, 27 juin 1995.

9. Ce régime de responsabilité présidentielle montre bien les tendances récentes du droit de la responsabilité du personnel politique. D'un côté, il s'agit de supprimer progressivement ses privilèges juridictionnels en restreignant le champ des immunités, en donnant à tout le champ décisionnel un encadrement juridique, en confiant au juge de droit commun pleine compétence pour la plupart des fautes commises par les décideurs publics. Mais, de l'autre, en sens inverse, le constituant et le législateur veillent à ce que le politique bénéficie lui aussi des règles du procès équitable³, que sanction politique et sanction pénale soient nettement distinctes, que le droit pénal ne soit pas utilisé de façon abusive et que le principe de proportionnalité régit non seulement la sanction mais aussi la définition de la faute commise.

- 118 10. Ces oscillations entre pénalisation excessive et immunité systématique ne sont pas simplement dues aux évolutions du comportement du personnel politique, aux variations de l'opinion du citoyen et du juge, et aux réactions du législateur ; elles sont surtout la conséquence du déséquilibre créé par le système institutionnel français où la concentration du pouvoir entre les mains des exécutifs – nationaux ou locaux – n'est pas compensée par une véritable responsabilité politique. Au niveau local, l'exécutif monocéphale est aussi chef de la majorité politique et de l'administration : tout au long du mandat, l'assemblée délibérante lui est soumise et ne peut le sanctionner. Au niveau national, la responsabilité collégiale des gouvernants, eux aussi chefs politiques et administratifs, a conduit à l'irresponsabilité politique individuelle de chacun d'entre eux. La responsabilité pénale, qui est la seule, par sa dimension publique et passionnelle, à rivaliser avec la responsabilité politique défaillante, devient ainsi, chaque fois que cette impunité devient trop flagrante, le moyen de compenser ce déséquilibre.

3. Art. 6, CEDH.

R É S U M É

Faute de responsabilité politique effective des décideurs publics, l'encadrement juridique des différents aspects de la vie politique a eu pour conséquence de développer, parallèlement à la responsabilité civile devant le juge administratif, la responsabilité pénale pour les délits intentionnels ou non intentionnels. La définition de ceux-ci est devenue plus précise et la répression plus efficace au point d'entraîner, en retour, une intervention du législateur et du constituant : si le personnel politique relève désormais pour l'essentiel du droit commun, ce qui lui reste d'immunité et de privilège de juridiction concerne essentiellement l'exécutif de l'État.

LA PÉNALISATION À L'ÉPREUVE DU TEMPS, DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET POLITIQUES

121

Les juridictions pénales, si elles estiment établies une ou des infractions, prononcent contre le ou les auteurs une ou des sanctions qui doivent être exécutées. La loi fixe le degré de pénalisation souhaitable selon la conception qu'elle en a compte tenu de l'évolution de la société. Mais cette situation n'est pas figée; elle est soumise à l'épreuve du temps, à des initiatives judiciaires et à des décisions de l'autorité politique susceptibles de modifier la donne initiale.

LA PÉNALISATION À L'ÉPREUVE DU TEMPS

Au ^{xix}^e siècle, Faustin Hélie fait grief à Beccaria de faire « une regrettable concession » à la législation de son temps en reconnaissant que pour « les crimes atroces dont la mémoire subsiste longtemps parmi les hommes il ne doit y avoir aucune prescription », tandis que pour « les délits ignorés et peu considérables il faut fixer un temps après lequel le coupable [...] peut reparaitre ». Pour Faustin Hélie, partisan de l'application de la prescription pour tous, selon les « idées les plus vraies », après un grand nombre d'années d'abord « il est plus difficile à l'accusé de trouver les moyens de se justifier et l'angoisse qui a tourmenté sa vie est une sorte d'expiation », ensuite « les indices du crime comme ceux de l'innocence se sont peu à peu effacés » et enfin « le trouble social s'est éloigné, le temps amène l'oubli et

la miséricorde, et la peine trop longtemps attendue prend quelque chose de cruel et même d'injuste »¹.

Ces motivations ont été longtemps retenues dans un régime juridique de prescription uniforme selon les catégories d'infractions, tant en ce qui concerne l'exercice de l'action publique qu'ultérieurement l'exécution de la sanction, soit des durées fixées respectivement à un et deux ans pour les contraventions, trois et cinq ans pour les délits, dix et vingt ans pour les crimes. Les exceptions étaient rares (trois mois en matière de presse, six mois en matière électorale...). Toutefois, étant donné la particulière gravité de la situation pour la Nation, les crimes les plus graves de désertion en temps de guerre étaient imprescriptibles.

122 La situation n'est plus la même. La plus importante innovation est une conséquence des crimes contre l'humanité commis au cours de la Seconde Guerre mondiale. À l'unanimité le Parlement français a voté la loi du 26 décembre 1964 déclarant « imprescriptibles par nature » de telles infractions. Le paradoxe est que lors des débats les intervenants n'ont pas donné des crimes une définition uniforme². Si certains distinguent le crime de guerre qui ne porte « ni sur la nationalité ni sur la race ou la religion », d'autres invoquent « ceux qui ont souffert de la déportation ou qui ont lutté au sein de la résistance » ; il en est enfin qui sollicitent « un accord unanime pour que les crimes de guerre, les crimes contre la paix, le génocide soient considérés comme des crimes contre l'humanité ». La même confusion se retrouve dans l'article 212-2 du Code pénal comme dans l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1985 qui considèrent comme victimes de ce crime tous les opposants à la politique d'hégémonie idéologique, quelle que soit la forme de leur opposition, c'est-à-dire même des combattants alors que l'inculpation ne doit concerner que des populations civiles en droit international. La confusion provient de ce que la France, à la différence du droit international, ne considère pas comme imprescriptibles les crimes de guerre ; elle a même décliné de ce chef la compétence de la Cour pénale internationale³.

Sont donc actuellement imprescriptibles en droit français, tant en ce qui concerne l'engagement de l'action publique que l'exécution

1. Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (avec les commentaires de Faustin Hélie), Éditions d'Aujourd'hui, 1980.

2. JO, AN, 16 décembre 1964 ; et Sénat, 17 décembre.

3. JO, 11 juin 2002, p. 10354.

des peines, les crimes contre l'humanité et les cas spéciaux de désertion⁴.

Mais l'évolution s'est poursuivie dans d'autres directions; il n'était plus possible de conserver des durées de prescription uniformes qui montraient leurs limites dans des cas graves d'atteinte à l'ordre public et de protection des victimes. En matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants les durées des prescriptions de l'action publique et des peines sont de trente ans pour les crimes et de vingt ans pour les délits⁵. En cas d'infractions de nature sexuelle et relatives à la protection des mineurs, la durée de la prescription pour les crimes est de vingt ans et pour les délits de dix ou vingt ans selon les cas⁶.

La prescription n'est un droit à l'oubli pour l'auteur de l'infraction et un devoir pour les autorités que si celles-ci ont été inactives. Le délai ne commence donc à courir qu'à la date du dernier acte de poursuite ou d'instruction et qu'à compter du jugement définitif pour la prescription de la peine. La loi retarde le point de départ de la prescription à la majorité des victimes mineures et au moment où un insoumis ou un déserteur a atteint l'âge de 50 ans⁷. Il en est de même lorsque l'infraction dépend des constatations d'un premier jugement obtenu par un faux ou en matière de constatation d'insolvabilité ou de banqueroute. La jurisprudence est allée plus loin, particulièrement en matière d'abus de confiance; compte tenu de ces relations de confiance existant initialement, le propriétaire de l'objet confié peut ignorer longtemps qu'il a en fait été détourné; la prescription ne courra donc que lorsque le détournement pourra être établi. Cette jurisprudence a ensuite été étendue à l'abus de biens sociaux, mais un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 2001 a limité cette extension au cas où il y a eu dissimulation; dans le cas contraire le point de départ est fixé à la présentation annuelle des comptes se rapportant à l'opération contestée. Des propositions de textes récentes ne retiennent que ce point de départ mais souhaitent une augmentation du délai de prescription.

Des textes récents suspendent la prescription pendant les procédures d'alternative aux poursuites ou de composition pénale⁸.

123

4. Respectivement relatifs à l'article 213-5 du Code pénal et aux articles 94-1 et 375 du Code de justice militaire.

5. Art. 706-25-1 et 706-31 du Code de procédure pénale.

6. Art. 7, 8 et 706-47 du Code de procédure pénale, 222-30 et 227-26 du Code pénal.

7. Respectivement relatifs aux articles 7 et 8 du Code de procédure pénale et à l'article 94 du Code de justice militaire.

8. Art. 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale.

Toutes ces dispositions nouvelles ont-elles pour effet de rendre plus difficile la revendication de la prescription ? À l'occasion de la découverte d'une infraction il arrive qu'elle apparaisse comme ayant été précédée d'autres faits semblables commis dans le passé mais à une date trop éloignée pour qu'ils soient poursuivis ; la prescription reste acquise. En matière d'exécution de peine un condamné en fuite peut ne réapparaître qu'après la fin du délai de prescription ; la sanction ne peut être exécutée.

DES DÉCISIONS DE JUSTICE DE NON-PÉNALISATION

124

Classiquement on attend de la décision de justice qu'elle prononce des peines contre les auteurs d'infractions dont la preuve a été rapportée. Ce n'est plus toujours le cas. L'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs pose le principe que, contre ceux-ci reconnus coupables, une « peine » ne peut être qu'exceptionnellement prononcée. Doit être alors décidée une « mesure de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui semblera appropriée » ou « une sanction éducative ».

Depuis quelques décennies les sanctions contre les adultes ont été très diversifiées, mais ce sont toujours des peines qualifiées comme telles par l'article 131-3 du Code pénal, qu'elles soient privatives, restrictives de droits ou complémentaires. Par contre, depuis la loi du 11 juillet 1975, un délinquant reconnu coupable par le tribunal correctionnel peut être dispensé de peine⁹ ; c'est la juridiction qui dépénalise. De même, avant toute poursuite et donc sans l'intervention d'un juge, le procureur de la République saisi d'un délit peut prescrire des mesures de rappel à la loi, d'orientation vers une structure appropriée, demander la régularisation d'une situation, et surtout faire procéder à une médiation entre l'auteur des faits et la victime¹⁰ ; en cas de succès, l'affaire est classée sans pénalisation. La loi a ici transposé une pratique antérieure de parquets confrontés à des cas dans lesquels aucune sanction ne s'imposait compte tenu de la nature des faits, de la possibilité de réparer le dommage et des gages de reclassement fournis par l'auteur. De tout temps, d'ailleurs, le ministère public, qui tient de la loi le pouvoir d'apprécier la suite à donner aux procédures dont il est saisi, a classé sans suite des dossiers pourtant relatifs à des infractions constituées qui ne méritaient pas d'être soumises à la juridiction de jugement. Le progrès réside actuellement

9. Art. 469-1 du Code pénal.

10. Art. 41-1 du Code de procédure pénale.

dans la possibilité d'accompagner ce classement par les mesures précédemment citées.

C'est l'introduction dans la loi française d'une justice non violente en opposition à la justice violente qu'implique une pénalisation; elle suppose que s'instaure un dialogue entre les magistrats et le délinquant, ce qui était déjà le cas lorsque le tribunal correctionnel envisageait de prononcer une peine de travail d'intérêt général qui doit être expressément acceptée. C'est encore la règle aujourd'hui dans les procédures de composition pénale et de reconnaissance préalable de culpabilité qui supposent l'intervention du ministère public puis d'un juge.

Inspirée de l'évangéliste Matthieu – « Hâte-toi de t'accorder avec ton adversaire, tant que tu es encore avec lui sur le chemin, de peur que l'adversaire ne te livre au juge, et le juge au garde, et qu'on ne te jette en prison » (Mt 5,25) –, cette justice, qualifiée d'infrajudiciaire par Benoît Garnot, fut longtemps pratiquée sous l'Ancien Régime; par la publicité locale qui l'accompagnait comme par son fondement religieux, elle n'était pas considérée comme une sous-justice. Les médiations en ville et surtout en campagne, confiées au clergé, à des notables ou à la noblesse, étaient nombreuses non seulement au civil (grossesses illégitimes), mais aussi au pénal (injures, violences et mêmes meurtres lorsque le crime avait un motif honorable et qu'il s'agissait de favoriser un arrangement entre familles et d'éviter l'intervention du judiciaire).

125

Le dialogue peut maintenant s'instaurer entre les magistrats et le délinquant même lorsqu'il s'agit d'arriver à une entente sur une sanction. C'était déjà le cas lorsque le tribunal correctionnel envisageait de prononcer une peine de travail d'intérêt général qui devait être expressément acceptée¹¹. Maintenant les procédures de composition pénale et de reconnaissance préalable de culpabilité supposent aussi l'intervention du ministère public puis d'un juge dans un dialogue avec le délinquant¹².

Une infraction n'appelle donc pas toujours une pénalisation. Aux magistrats d'en décider dans le cadre de la loi.

LA PÉNALISATION FACE AUX DÉCISIONS POLITIQUES

Le pouvoir politique peut d'abord décider d'écarter toute pénalisation pour des raisons diverses.

11. Art. 131-8 du Code pénal.

12. Art. 41-2 du Code pénal et 495-7 du Code de procédure pénale.

Toute dictature entraîne une perversion de la hiérarchie des normes juridiques; la doctrine d'État prend une valeur supérieure à la loi. Ainsi, sous le nazisme, alors que l'assassinat était puni de mort, ceux qui furent sélectionnés pour leur fidélité au régime pouvaient en toute impunité massacrer hommes, femmes et enfants.

126 Dans un contexte ô combien opposé, après la fin de l'apartheid, l'Afrique du Sud s'est interrogée sur la répression des crimes commis; les preuves étaient difficiles à rapporter contre les auteurs et il n'était pas question d'amnistie, qualifiée d'amnésie. Le choix fait dans un post-scriptum de la Constitution intérimaire fut « de transcender les divisions et les dissensions du passé qui ont engendré des violations caractérisées des droits de l'homme, la transgression des principes humanitaires à l'occasion de violents conflits et transmis un héritage de haine, de peur, de culpabilité et de vengeance. Tout cela doit être abordé maintenant dans une optique de compréhension et non de vengeance, de réparation et non de revanche, d'*ubuntu* ("nous appartenons au même faisceau de vie") et non de représailles ». Fut instituée une commission Vérité et Réconciliation présidée par Mgr Desmond Tutu, prix Nobel de la paix qui a rendu compte de ces travaux dans un ouvrage au titre significatif: *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*¹³. Toute personne qui reconnaissait publiquement ses crimes devant la Commission était amnistiée. Les tribunaux n'intervenaient pas; la pénalisation était écartée dans un but de réconciliation, mais cela n'était valable que pour ceux qui acceptaient la démarche et avouaient.

Dans un but évident de protection de l'ordre public, est exempté de peine en France l'auteur d'une tentative de crime ou délit qui a au préalable averti l'autorité administrative ou judiciaire permettant ainsi d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices¹⁴.

Le pouvoir peut aussi dans notre pays mettre en œuvre une politique de réconciliation qui aura une influence sur la pénalisation. Ses deux instruments sont l'amnistie et la grâce. Ces deux mesures « empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine¹⁵ ». La première, en outre, « efface les condamnations prononcées¹⁶ ». Les circonstances de leur application ne sont pas semblables.

13. Albin Michel, 2000.

14. Art. 132-78 du Code pénal.

15. Art. 133-1 du Code pénal.

16. Art. 133-9 du Code pénal.

Après les atrocités commises au cours de la Seconde Guerre mondiale, il a fallu du temps avant que puissent intervenir des lois d'amnistie (lois du 5 janvier 1951, 6 août 1953, 9 juin 1958). L'article 1 de cette deuxième loi est très explicite sur le but recherché : il s'agit de « dispenser la clémence [...] dans la fidélité à l'esprit de résistance [...] qui n'est ni une réhabilitation ni une revanche ». C'est certes un droit à l'oubli pour celui qui en bénéficie mais un droit octroyé non par un texte général, comme en matière de prescription, mais par mesure de clémence.

L'amnistie peut encore intervenir dès la fin d'un conflit violent (comme en Algérie – décrets du 22 mars 1962 –, en Nouvelle-Calédonie – loi du 31 décembre 1985 – et en Guadeloupe et Martinique – loi du 10 juillet 1989). Il s'agit alors d'établir très vite de nouvelles relations ; cela signifie aussi que des faits récents, même graves, échappent à toute pénalisation. Pour ramener la paix sociale l'amnistie peut aussi être décidée à l'occasion de conflits collectifs du travail (lois du 6 août 1953 et du 21 décembre 1972) ou en faveur de certaines catégories de personnes participant au maintien de l'ordre hors métropole (loi du 31 janvier 1959), officiers de police judiciaire et agents des douanes recherchant des infractions à la législation sur les stupéfiants (loi du 19 décembre 1991). Enfin, toute nouvelle élection d'un président de la République jusqu'en 2002 a donné lieu à une loi d'amnistie générale.

127

Jusqu'en 2006, à l'occasion de la Fête nationale, un décret de grâce présidentiel a accordé des remises de peine aux détenus, ce qui avait pour effet de désencombrer les prisons.

De la certitude d'une peine à son exécution complète on mesure combien la voie est pleine d'imprévu. Le temps, les magistrats, le pouvoir politique ont leurs actions propres qui vont prolonger, écourter, voire interrompre le processus. Cette personnalisation de la pénalisation est la marque d'une justice moderne. La tendance, comme c'est le cas actuellement, peut être à l'aggravation de la pénalisation, mais cela ne saurait faire disparaître les multiples alternatives qui depuis quelques décennies sont ouvertes aux juridictions. Et surtout l'obligation de s'inscrire dans un contexte européen. La loi française est constitutionnellement soumise aux prescriptions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Comme le rappelle la Cour de Strasbourg, le principe en matière de sanction pénale est celui de la proportionnalité.

R É S U M É

Qu'attendre classiquement d'une justice pénale sinon qu'elle prononce des peines contre les auteurs d'infractions caractérisées ? Les règles ont largement évolué depuis la moitié du ^{xx}e siècle. D'abord, les conditions de prescription de l'action publique sont plus restrictives ; les crimes contre l'humanité ont même été déclarés imprescriptibles. Ensuite, après l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants, les magistrats peuvent dans certains cas, pour des majeurs, écarter toute pénalisation bien que soient caractérisés les délits dont ils sont saisis. Enfin, le pouvoir politique engagé dans la voie de l'oubli, du pardon, de la réconciliation a usé largement de l'amnistie et de la grâce.

CHRONIQUES

L'ÉLECTION DU 4 NOVEMBRE 2008 ET LA MARGE DE MANŒUVRE DU NOUVEAU PRÉSIDENT AMÉRICAIN

131

Le scrutin électoral du 4 novembre 2008 assure à Barack Obama la présidence des États-Unis d'Amérique, mais réformer le pays demande une compétence politique beaucoup plus importante dans un régime politique où le système de *checks and balances* s'applique avec une très grande efficacité.

Il est difficile de minimiser la victoire électorale de Barack Obama, que le monde entier a pu suivre grâce aux télévisions américaines – notamment CNN et MSNBC – émettant en direct sur leurs sites internet. De nombreux sites d'analyse d'une qualité exceptionnelle,

comme 270towin.com ou fivethirtyeight.com, ont immédiatement mis en perspective les résultats annoncés avec les sondages anticipés et les simulations électorales, qui donnaient Barack Obama vainqueur depuis plusieurs semaines¹. Enfin, des blogs comme dailykos.com ont assuré un suivi partisan mais néanmoins quasi professionnel de l'annonce des résultats.

La soirée électorale a d'abord été marquée par un taux record de participation, souvent évoqué par les médias montrant des files d'attente interminables devant les bureaux de vote. Associated

* Doctorant à l'Institut d'études politiques de Grenoble et visiteur à la Science Studies Unit de l'Université d'Édimbourg ; f.briatte@ed.ac.uk.

1. Pour un aperçu des sondages pré-électorales, cf. le site internet pollster.com ; pour un aperçu des simulations électorales, cf. le résumé par Josep Colomer des études et modèles présentés au dernier congrès annuel de l'American Political Science Association en août 2008 : <http://jcolomer.blogspot.com/2008/09/can-obama-win-in-american-political.html>. La simulation ayant donné la meilleure estimation du vote populaire se fondait en grande partie sur les indicateurs économiques, en accord avec le premier déterminant du vote (l'état de l'économie) donné par les électeurs dans les sondages « sortie des urnes » ; cf. Robert S. Erikson, Christopher Wlezien, « Leading Economic Indicators, the Polls and the Presidential Vote », *PS : Political Science and Politics*, vol. XLI, n° 4, octobre 2008, p. 703-708.

Press a diffusé le 5 novembre au matin des estimations indiquant un taux de participation supérieur à 64% des électeurs potentiels, score rarement atteint au cours du xx^e siècle et qui rapproche symboliquement l'événement électoral de 2008 de l'élection de John Fitzgerald Kennedy en 1960². Le premier discours prononcé par Barack Obama au cours de la nuit fait d'ailleurs allusion aux jeunes électeurs s'étant rendus aux urnes pour la première fois, et qui faisaient partie intégrante de sa stratégie électorale. Ce résultat est certainement encourageant dans une démocratie dont le système électoral est incompréhensible, voire corrompu, aux yeux d'une partie des citoyens.

La séquence des résultats État par État fut ensuite dominée par l'incertitude pendant plusieurs heures : aucun candidat ne s'est immédiatement détaché dans l'Indiana, alors que CNN annonçait dans un premier temps John McCain vainqueur en Virginie et en Floride. Une heure plus tard, Barack Obama remportait la Pennsylvanie et le New Hampshire, laissant pressentir une reproduction de la carte électorale de 2004 qui n'avait donné que 252 grands électeurs à John Kerry. Il fallut attendre encore une heure pour que Barack Obama entame un changement radical de démographie électorale en remportant l'Ohio et le Nouveau

Mexique. Le 5 novembre, les bureaux de vote donnaient finalement Barack Obama vainqueur dans huit États ayant voté pour George Bush Jr. en 2004³. Les estimations du même jour lui assuraient d'emblée 349 grands électeurs, auxquels il faut désormais rajouter ceux de la Caroline du Nord (15 grands électeurs, précédemment acquis au parti républicain depuis 1980) et un grand électeur du Nebraska, confirmant la supériorité écrasante de sa stratégie électorale⁴.

Le détail des résultats électoraux, qui s'établit en comparant les sondages « sortie des urnes » (*exit polls*) des élections présidentielles, révèle une victoire supplémentaire en ce qui concerne les déterminants du vote populaire⁵. Le vote « racial » s'est ainsi exprimé de manière fondamentalement positive pour Barack Obama, avec une forte progression du vote démocrate dans l'électorat hispanique, noir et asiatique ; à l'inverse, la menace de « l'effet Bradley » (qui aurait retenu certains électeurs de sélectionner un candidat noir) ne semble pas avoir empêché la progression du vote démocrate dans l'électorat blanc par rapport à l'élection précédente. D'autres comparaisons mettent également en évidence des évolutions intéressantes : la progression du vote sur le ticket démocrate est ainsi plus marquée aux deux extrémités de l'échelle des revenus. La dimension symbolique

2. Seth Borenstein, « Voter turnout best in generations, maybe a century », AP, 5 novembre 2008. Il s'agit des estimations de Michael McDonald, révisées à la baisse par la suite. L'estimation provisoire établie le 9 novembre se situe légèrement au-dessus de 61% : http://elections.gmu.edu/preliminary_vote_2008.html.

3. Pour voir ces résultats et le détail des votes, la carte électorale la plus lisible est certainement celle de CNN : <http://edition.cnn.com/ELECTION/2008/results/president/>.

4. Les résultats du Missouri n'étant pas connus au 11 novembre 2008, les estimations à cette date s'établissent à 365 grands électeurs pour le candidat démocrate.

5. Le tableau livré en fin d'article donne quelques résultats (âge, sexe, origine ethnique, revenus et niveau de diplôme) tirés des *exit polls* de CNN et du *New York Times* pour les années 2000, 2004 et 2008.

de ces évolutions ne manquera pas de susciter l'intérêt des commentateurs dans les semaines à venir.

La victoire de Barack Obama est enfin une victoire des idées : le soutien apporté par l'opinion à son analyse et à ses promesses électorales sur les grands dossiers d'affaires intérieures (avec, en premier lieu, la réforme du système de santé) l'ont rapidement désigné dans les sondages comme le candidat le plus apte à conduire la politique intérieure de la nation américaine, alors que John McCain restait favori sur les thèmes du terrorisme et de la guerre en Irak. De ce point de vue, la crise financière, qui constitue de loin la « *most important issue* » (« l'enjeu principal ») de l'élection, n'a pas vraiment révolutionné l'ensemble des préférences de l'opinion publique⁶, mais elle a certainement procuré un avantage décisif à Barack Obama en confortant sa position de leader d'opinion sur la conduite des affaires publiques captant le plus d'attention, comme le faisait remarquer son directeur de campagne David Axelrod dans un entretien télévisé à MSNBC. En parallèle, la nomination concomitante de Sarah Palin sur le ticket républicain a probablement permis à l'opinion publique de percevoir encore plus nettement cet « écart de compétence » déjà flagrant entre les deux camps.

Aucun de ces indicateurs prélimi-

naires ne doit faire oublier pour autant la position institutionnelle du président américain. Le régime politique américain est un régime présidentiel doté d'un système de *checks and balances* très avancé, qui limite drastiquement l'étendue du pouvoir exécutif par rapport à celui des chambres parlementaires⁷. En nette rupture avec son prédécesseur, Barack Obama semble également décidé à exercer un pouvoir moindre sur les nominations judiciaires, ce qui réduirait artificiellement la portée de son autorité politique. En conséquence, le sentiment de toute-puissance de la Maison-Blanche est une extrapolation des réalités pratiques de l'exercice du pouvoir outre-Atlantique. Sans doute ce biais de perception est-il particulièrement fort en France, où la vie politique gravite autour de la volonté d'un pouvoir exécutif élu au suffrage universel direct et disposant d'un pouvoir de contrôle étendu sur l'agenda parlementaire. Aux États-Unis, les règles fondamentales du régime politique et le calendrier électoral assurent à l'inverse un pouvoir de décision et de *veto* au moins aussi important au Congrès – ce que l'épisode législatif du « plan Paulson » a récemment rappelé : même en situation de crise aiguë, le président se trouve subordonné aux intérêts de la Chambre des Représentants, qui lui est rarement acquise par défaut⁸. Une

133

6. Les sondages effectués un mois avant la faillite de Lehman Brothers désignaient déjà Barack Obama comme le candidat le plus apte à conduire la politique économique ; cf. les données réunies sur <http://www.pollingreport.com/wh08b.htm>. Sur les « *most important issues* », cf. les données réunies sur <http://www.pollingreport.com/prioriti.htm>.

7. Pour un aperçu du fonctionnement de la présidence américaine, cf. Charles O. Jones, *The American Presidency: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Pour une comparaison détaillée des systèmes politiques américain et européens, cf. Yves Surel et Yves Mény, *Politique comparée*, Paris, Montchrestien, 2004, et en particulier les chapitres 5 et 6 sur les parlements et les exécutifs respectivement.

8. Une partie de l'histoire législative du « plan Paulson » est d'ores et déjà disponible sur Wikipedia : http://en.wikipedia.org/wiki/Emergency_Economic_Stabilization_Act_of_2008.

perspective réaliste de la vie politique américaine commence donc par une évaluation des contraintes institutionnelles qui affectent la présidence.

L'environnement politique contient naturellement d'autres données contraignantes, au premier plan desquelles l'état de l'économie. La conjoncture actuelle pèse très fortement sur l'agenda gouvernemental mais aussi sur le mode d'exercice immédiat du pouvoir présidentiel, dans la mesure où la résolution des crises financière et immobilière requiert à la fois un accord parlementaire sur les votes de crédits et un effort de coordination internationale, au moins à l'intérieur du G7/G8⁹. C'est ce que rappelait Peter Baker dans le *New York Times* dès la publication des résultats électoraux¹⁰, et c'est aussi ce que l'on pouvait percevoir dans l'interview donnée par Christine Lagarde à CNN en cours de soirée électorale : la ministre de l'Économie y rappelait (dans un anglais impeccable) que le prochain président américain était attendu au sommet du G20 à Washington afin de travailler sur un scénario de sortie de crise financière¹¹.

Quelle est alors la marge de manœuvre effective du 44^e président américain nouvellement élu ? On peut commencer par remarquer trivialement que son premier devoir consistera à ne pas reproduire les erreurs passées. Des événements comme la décision d'engager des troupes américaines en Irak à la poursuite d'hypothétiques « *Weapons of Mass Destruction* », ou bien la gestion du désastre intérieur causé par l'ouragan Katrina, ont clairement marqué les esprits¹². Ensuite, Barack Obama possède désormais un pouvoir de nomination relativement unilatéral sur un grand nombre de postes clés dans l'administration centrale, ce qui constitue peut-être le seul moment de contrôle effectif du président sur la bureaucratie fédérale, elle-même violemment attaquée pendant la campagne par les deux candidats dans leurs références amères à « *Washington and Wall Street* ». Enfin, et c'est là certainement la contrainte la plus difficile à maîtriser pour un président américain, il lui faudra éviter que ses projets de réforme, et notamment son *universal health care plan*, ne terminent leur existence dans le « cimetière législatif » que représente la

On remarquera le poids pris par l'opposition des républicains ultraconservateurs dans l'histoire du vote de ce plan, malgré leur position minoritaire au Congrès et leur affiliation partisane partagée avec la présidence de George Bush Jr.

9. On lira avec intérêt le recueil d'avis d'économistes publié par voxex.org et le Centre for Economic Policy Research à ce sujet ; cf. Barry Eichengreen et Richard Baldwin, *Rescuing our Jobs and Savings: What G7/8 Leaders Can Do To Solve the Global Credit Crisis*, octobre 2008 : http://www.voxex.org/reports/crisis/crisis_141008.pdf.

10. Peter Baker, « For Obama, No Time for Laurels; Now the Hard Part », *New York Times*, 4 novembre 2008.

11. Après son élection, Barack Obama a rapidement annoncé qu'il n'interviendrait pas dans les affaires courantes pendant la période de transition (qui s'étend jusqu'à début janvier), et que par conséquent il ne se rendrait pas au G20 ; cf. « Obama not to attend G20 summit », AFP, 8 novembre 2008.

12. Sur la dimension politique de l'ouragan Katrina, Wikipedia permet de se faire une bonne idée de la controverse publique déclenchée par l'intervention du pouvoir fédéral, vivement critiquée pour son manque d'anticipation et son caractère désorganisé : http://en.wikipedia.org/wiki/Criticism_of_government_response_to_Hurricane_Katrina.

Chambre des Représentants, où la majorité démocrate a également progressé¹³. Le folklore d'*Election Day* et l'investiture historique d'un *president-elect* aussi symbolique que Barack Obama ne feront disparaître que temporairement les rigidités institutionnelles de la vie politique américaine ; or c'est à

leur contact que le slogan de campagne du candidat démocrate démontrera sa portée réelle. Comme l'a fait remarquer Barack Obama lui-même dans son premier discours postélectoral, sa victoire dans les urnes est une condition nécessaire mais non suffisante du changement politique aux États-Unis¹⁴.

COMPARAISON DES *EXIT POLLS* 2000/2004/2008

Tableau 1. Sexe, origine ethnique et âge

en %	Bush 2000	Bush 2004	McCain 2008	2008- 2004	Gore 2000	Kerry 2004	Obama 2008	2008- 2004
Sexe								
Hommes	53	55	48	-7	42	44	49	5
Femmes	43	48	43	-5	54	51	56	5
Origine ethnique								
Blancs	54	58	55	-3	42	41	43	2
<i>Hommes</i>	60	62	57	-5	36	37	41	4
<i>Femmes</i>	49	55	53	-2	48	44	46	2
Noirs	9	11	4	-7	90	88	95	7
Hispaniques	35	44	32	-12	62	53	66	13
Asiatiques	41	44	35	-9	55	56	61	5
Âge								
18-29	46	45	32	-13	48	54	66	12
30-44	49	53	46	-7	48	46	52	6
45-59	49	51	49	-2	48	48	49	1
60+	47	54	51	-3	51	46	47	1

135

SOURCES : CNN, *The New York Times*, 2008.

13. Pour un historique des tentatives de réforme du système de santé américain, cf. Mark A. Peterson, « The Congressional Graveyard for Health Care Reform », in James A. Morone et Lawrence R. Jacobs (dir.), *Healthy, Wealthy, and Fair : Health Care and the Good Society*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 235-254. Sur la relation institutionnelle entre la présidence et le Congrès, cf. David Epstein et Sharyn O'Halloran, « The Institutional Face of Presidential Power: Congressional Delegation of Authority to the President », in Robert Y. Shapiro, Martha Joynt Kumar et Lawrence R. Jacobs, *Presidential Power*, New York, Columbia University Press, 2000, p. 311-338.

14. Discours retranscrit par le *New York Times* : <http://www.nytimes.com/2008/11/04/us/politics/04text-obama.html>.

Tableau 2. Niveau de revenu et niveau de diplôme

<i>en %</i>	<i>Bush 2000</i>	<i>Bush 2004</i>	<i>McCain 2008</i>	<i>2008- 2004</i>	<i>Gore 2000</i>	<i>Kerry 2004</i>	<i>Obama 2008</i>	
Revenu								
< \$15 000	37	36	25	-11	57	63	73	10
\$15 000- 30 000	41	42	37	-5	54	57	60	3
\$30 000- 50 000	48	49	43	-6	49	50	55	5
\$50 000- 75 000	51	56	49	-7	46	43	48	5
\$75 000- 100 000	52	55	48	-7	45	45	51	6
\$100 000- 150 000	—	57	51	-6	—	42	48	6
\$150 000- 200 000	—	58	50	-8	—	42	48	6
> \$200 000	—	63	46	-17	—	35	52	17
Diplôme								
Aucun	39	49	35	-14	59	50	63	13
Éducation secondaire	49	52	46	-6	48	47	52	5
Université non diplômé	51	54	47	-7	45	46	51	5
Université diplômé	51	52	48	-4	45	46	50	4
Troisième cycle	44	44	40	-4	52	55	58	3

SOURCES : CNN, *The New York Times*, 2008.

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} JUILLET – 30 SEPTEMBRE 2008)

137

AFRIQUE DU SUD

12, 21 et 23 septembre 2008. **Jacob Zuma**. Le procès de Jacob Zuma pour corruption s'ouvre devant le tribunal de Pietermaritzburg. Il est accusé d'avoir perçu en dix ans 782 pots-de-vin pour un total de plus de 4 millions de rands (350 000 €). Le procès est suspendu et ajourné au 12 septembre. Le tribunal accepte la requête en non-lieu de la défense. Il a désormais les mains libres pour conquérir la présidence en 2009. Mais, le 17 septembre, le procureur fait appel du non-lieu.

Malgré tout, ce non-lieu permet à Jacob Zuma de précipiter les choses en contraignant Thabo Mbeki, 66 ans, qui avait succédé le 16 juin 1999 à Nelson Mandela, à démissionner. Deux possibilités étaient envisageables. Soit une partie importante de l'African National Congress (ANC) se prononçait en faveur d'une démission, soit le président était démis par un vote des deux tiers des députés entraînant des élections anti-

cipées. Le comité exécutif de l'ANC se réunit le 19 septembre. Le président Mbeki est contraint à la démission le 21 septembre.

Cette démission est l'épilogue d'une crise commencée en 2005 opposant, au sein de l'ancien mouvement de libération qui dirige l'Afrique du Sud depuis la fin de l'apartheid, Thabo Mbeki à son vice-président Jacob Zuma qui avait été alors limogé. Soutenu par le parti communiste et la puissante centrale syndicale COSATU (Convention of South African Trade Unions), ce dernier a réussi en décembre 2007 à implanter ses partisans à tous les postes des instances dirigeantes de l'ANC et conquérir la tête du parti.

La vice-présidente Phumzile Mlambo-Ngcuka quitte aussi ses fonctions, ainsi que 10 ministres sur 29. Le Parlement élit un nouveau chef de l'État, ne pouvant élire Jacob Zuma car il n'est pas député.

L'ANC désigne le 22 septembre son vice-président, Kgalema Motlanthe,

* Université de Poitiers – UMR 6224 CECOJI.

proche de Jacob Zuma, ancien syndicaliste, 59 ans, emprisonné pendant dix ans avec Nelson Mandela, pour succéder à Thabo Mbeki jusqu'en avril 2009. Le 23 septembre, le Parlement décide que la démission de Thabo Mbeki sera effective le 25 septembre. Ce jour-là Kgalema Motlanthe est élu par l'Assemblée nationale par 269 voix sur 360. Le président Mbeki entend réagir, notamment en saisissant la Cour constitutionnelle.

ALLEMAGNE

138 7 septembre 2008. SPD. Le présidium du SPD se déroule de façon tendue à Potsdam, au bord du lac de Schwielowsee. Le président du parti, Kurt Beck, suite à une intrigue, est contraint à la démission et remplacé provisoirement par le ministre des Affaires étrangères Frank-Walter Steinmeier, 52 ans. Celui-ci présidera le parti jusqu'à un congrès extraordinaire le 18 octobre qui devrait élire celui qui a présidé le parti jusqu'en 2004, Franz Müntefering. Cela permet aux « schröderiens » de revenir en force

face à la gauche du parti. Le choix du chef de la diplomatie tient au fait qu'il est le favori des sondages pour le SPD. Il annonce qu'il sera candidat SPD à la chancellerie en 2009. Cependant Frank-Walter Steinmeier est contesté sur sa gauche pour son libéralisme, ce qui devrait lui valoir de fortes critiques de Die Linke.

28 septembre 2008. **Landtag de Bavière.** L'enjeu lors des élections au Landtag de Bavière est pour la CSU, alliée locale de la CDU, le maintien de la majorité absolue des suffrages qu'elle détient depuis 1962...

La CSU connaît une défaite historique. Non seulement elle perd pas moins de 17,3 % mais elle tombe au-dessous de la majorité absolue qu'elle recueillait régulièrement depuis 1962. Elle n'a plus que 92 élus, contre 124 en 2003, des 187 sièges et devra chercher des alliés. Le résultat du SPD n'est pas plus brillant puisque avec 18,6 % il recule d'un point et n'a que 39 députés.

Les déçus de la CSU se sont tournés vers les libéraux du FDP qui progres-

Élections au Landtag de Bavière

Inscrits 9296724
Votants 5402569 (58,1 %) (+1,0)

<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
CSU (Union chrétienne-sociale)	1 460 463	43,4 (-17,3)	92 (-32)
SPD (Sociaux-démocrates)	1 971 030	18,6 (-1,0)	39 (-2)
Verts	998 084	9,4 (+1,7)	19 (+4)
Électeurs libres (Fw)	1 085 596	10,2 (+10,2)	21 (+21)
FDP (Libéraux)	846 067	8,0 (+5,4)	16 (+16)
Die Linke (La Gauche)	461 131	4,4 (+4,4)	
Autres	641 243	6,0	

sent de 7,4 % et ont 16 députés, et surtout vers les « Électeurs libres » de Gabrielle Pauli, dissidente de la CSU qui recueille 10,2 % et 21 sièges. Avec 9,4 %, les Verts ont 19 élus et Die Linke, avec 4,3 %, ne peut franchir la barre fatidique des 5 % qui permet d'avoir des députés.

C'est la fin de la symbiose entre la CSU et la Bavière gouvernée sans partage par ce parti depuis 1962 grâce à sa majorité absolue au Landtag. Depuis 1957, tous les ministres-présidents ont été CSU. La CSU sera probablement contrainte de faire alliance avec les libéraux.

Au sein des chrétiens-démocrates certains remettent en cause la grande coalition.

AUTRICHE

1^{er} juillet 2008. **Gouvernement.** Le gouvernement a été remanié après le départ du ministre de l'Intérieur, Günther Platter (ÖVP), 54 ans, à ce poste depuis le 11 janvier 2007, qui devient chef du gouvernement tyrolien. Il est remplacé par Maria Fakter (ÖVP), 52 ans. Par ailleurs, Doris Bures (SPÖ), ministre chargée des femmes, a quitté le gouvernement pour assumer le poste de secrétaire général du SPÖ. Elle est remplacée par Heidrun Sichavy.

7 juillet 2008. **Coalition.** Le vice-chancelier Wilhelm Molterer, chef du parti conservateur ÖVP, demande des élections anticipées accusant le chancelier social-démocrate Alfred Gusenbauer d'avoir abandonné la politique commune en matière européenne, le chancelier ayant annoncé, sans avoir consulté les cadres du parti, que dorénavant les futurs traités européens seraient soumis à référendum, ou tout au moins lorsque les traités concerneront les intérêts de

l'Autriche. La reprise de cette revendication, qui était celle des populistes, par la gauche est inquiétante. En outre elle est exprimée dans une lettre ouverte au *Kronen Zeitung*, quotidien hostile à l'Union européenne, cosignée par le ministre des Infrastructures Werner Faymann qui doit remplacer le chancelier à la tête du SPÖ.

La coalition éclate et des élections anticipées sont convoquées pour le 28 septembre, deux ans avant la date prévue.

Le SPÖ, au plus bas dans les sondages, connaît des tensions. Le 16 juin, le ministre des Transports, Werner Faymann, a remplacé le chancelier Alfred Gusenbauer à la tête du parti.

Les conservateurs affichent plus de cohésion, mais les deux partis d'extrême droite et les Verts pourraient bénéficier de cette crise.

24 septembre 2008. **Référendum.** Le Parlement autrichien rejette le 24 septembre une révision constitutionnelle proposée par l'extrême droite avec le soutien des sociaux-démocrates, visant à rendre obligatoire le référendum pour tout nouveau traité qui apporterait un « changement fondamental » à l'Union européenne.

28 septembre 2008. **Élections législatives.** Pour la première fois les jeunes de 16 ans pourront voter à l'occasion des élections législatives anticipées. C'est le premier État européen à avoir adopté cette disposition, même si l'on vote à cet âge dans le canton de Glaris en Suisse et dans cinq Länder allemands (Basse-Saxe, Schleswig-Holstein, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Berlin, Saxe-Anhalt pour les élections locales), ainsi qu'au Brésil, à Cuba, au Nicaragua, à l'île de Man, Jersey et Guernesey...

L'extrême droite se trouve en situation

d'arbitre. Elle est pourtant divisée entre l'Alliance pour l'avenir de l'Autriche (Bzö), dirigée par Jörg Haider, *Landeshauptmann* (chef du gouvernement) de Carinthie, ancien leader du Parti libéral autrichien (FPÖ), fondée en 2005 suite à la scission du Fpö et qui fait son retour à cette occasion sur la scène nationale, et le FPÖ, dirigé par Heinz-Christian Strache. Les sociaux-démocrates ont le soutien inattendu du quotidien nationaliste et populiste *Die Neue Kronen Zeitung*, quotidien lu par 43 % des Autrichiens. Il est vrai que Werner Faymann, nouveau leader du SPÖ, a emprunté les thèmes populistes dans sa campagne.

Les membres du Conseil national

sont élus au scrutin proportionnel, un seuil de 4 % étant exigé pour être représenté, excepté à Vienne et dans le Land du Vorarlberg où s'applique le scrutin majoritaire.

Les deux grandes forces politiques du pays, le Parti social-démocrate (SPÖ) et le Parti populaire (ÖVP), toutes deux membres de la coalition gouvernementale sortante dirigée par Alfred Gusenbauer (SPÖ), ont été sévèrement sanctionnées par les électeurs.

Si les sociaux-démocrates arrivent en tête avec 29,71 % des suffrages, bien qu'en recul de plus de 6 %, ils perdent 10 sièges par rapport aux élections du 1^{er} octobre 2005 (58 sièges). Ils sont suivis du Parti populaire conduit par

140

Élections législatives en Autriche

Inscrits	6 332 921
Votants	4 990 947 (78,8 %) (+0,3)
Nuls	103 643
Suffrages exprimés	4 887 304

<i>Partis</i>	<i>votants</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
SPÖ (sociaux-démocrates)	1 430 202	29,7 (-6,0)	68 (-10)
ÖVP (parti populaire)	1 269 655	25,6 (-8,3)	66 (-16)
FPÖ (Populistes)	857 028	18 (+7)	34 (+13)
Bzö (populistes Haider)	522 933	11,9 (+6,6)	21 (+14)
Grüne (Verts)	509 937	10,4 (-1)	20 (-1)
LiF (Forum libéral)	102 249	2,1 (+2,1)	
Fritz (Liste Fritz Dinkhauser)	86 194	1,8 (+1,8)	
KPÖ (Parti communiste d'Autriche)	37 362	0,8 (-0,2)	
RETTÖ (Initiative citoyenne, Sauvez l'Autriche)	35 718	0,7 (+0,7)	
Dc (Die Christen, les Citoyens)	31 080	0,6 (+0,6)	
TRP (Tierrechtspartei, Parti droit des animaux)	2 224	0,0 (+0,0)	
Linke (Tyrol)	1 789	0,0 (+0,0)	
Linke (Gauche)	349	0,0 (+0,0)	
KHK	347	0,0 (+0,0)	
STARK	237	0,0 (+0,0)	

le ministre des Finances sortant Wilhelm Molterer qui obtient 25,61 % des voix et 50 sièges (-16). Le Parti social-démocrate réalise ses résultats les plus élevés dans le Burgenland (40,42 %) et à Vienne (35,78 %), le Parti populaire dépasse les 30 % dans le Vorarlberg (31,07 %), au Tyrol (30,87 %) et en Basse-Autriche (31,84 %).

Il s'agit du plus mauvais résultat des deux partis gouvernementaux depuis la Seconde Guerre mondiale.

L'événement de ce scrutin est la forte poussée de l'extrême droite qui, malgré ses divisions, réussit à talonner les sociaux-démocrates si l'on additionne les voix recueillies par le FPÖ et le BZÖ de Jörg Haider. Le FPÖ, avec 18 % des suffrages, gagne plus de 7 points. Le parti populiste BZÖ de Jörg Haider, avec 11,9 % des voix, double son score de 2006. Le total des partis dépasse le score historique de 1999 lorsque le parti de Jörg Haider avait atteint 26,9 % des voix, à égalité avec les conservateurs. L'extrême droite redevient la troisième force politique du pays. Les Verts, avec 10 % des voix, sont en léger recul par rapport aux 11,5 % d'il y a deux ans.

BOLIVIE

8 mai et 10 août 2008. **Référendum.** Le Sénat vote un projet de loi visant à convoquer un référendum sur l'éventuelle révocation des mandats de chef de l'État, du vice-président de la République et des neuf préfets dont sept appartiennent à l'opposition. Le nombre de voix nécessaire doit dépasser le nombre des voix obtenu lors des élections de 2005, soit 53,5 %. Le référendum révocatoire a lieu le 10 août même si ce type de consultation n'est pas prévu par la Constitution. C'est un succès personnel pour le président Morales, au pouvoir depuis

le 22 janvier 2006, qui obtient 69 % des voix. Mais les principaux préfets opposants à Evo Morales sont également réélus. Cela ne résout donc en rien la crise politique et les manifestations se radicalisent dans les provinces sécessionnistes. Des affrontements font huit morts.

Le 19 août, cinq *prefectos* (gouverneurs régionaux) organisent une grève générale en raison de la création d'une pension annuelle pour les Boliviens de plus de 60 ans, dite «rente dignité», financée par l'impôt direct sur les hydrocarbures qui jusqu'à maintenant allait dans les caisses des régions. Ce mouvement est marqué par de violents incidents qui font dix-huit morts et ravivent les tensions ethniques en opposant les paysans pauvres des Andes d'origine indienne, partisans du président Morales, et la population métisse ou blanche de l'Est et du Sud où sont terres fertiles et hydrocarbures. Cette situation inquiète le Brésil et l'Argentine en ce qui concerne leur approvisionnement en gaz.

Le président Morales déclare l'état de siège dans la province de Pando le 12 septembre. Le gouverneur est arrêté le 16 septembre pour avoir violé l'état de siège et est accusé d'avoir recruté des hommes de main qui ont tué seize paysans le 11 septembre à Porvenir.

Cependant les gouverneurs des provinces sécessionnistes acceptent de reprendre le dialogue le 16 septembre. Celui-ci est reporté au 5 octobre.

CÔTE D'IVOIRE

Juillet 2008. **Journaliste.** Dans l'affaire Guy-André Kieffer, le juge Patrick Ramaël décide le 10 juillet de convoquer comme témoin Simone Gbagbo, épouse du président ivoirien. Elle ne défère

pas à la convocation, ni Paul Antoine Bohoun Babré, ministre du Plan.

Le procureur de la République d'Abidjan annonce le 11 juillet avoir demandé l'inculpation de quatre Français « comme auteurs ou complices de l'enlèvement, de la séquestration ou de l'assassinat » du journaliste. Membres d'une société de consultants sur le cacao pour laquelle avait travaillé Guy-André Kieffer, ils auraient menacé celui-ci.

Juillet 2008. Situation. Le 29 juillet, le Conseil de sécurité approuve à l'unanimité une résolution de la France prolongeant de six mois le mandat des 8 000 casques bleus et des 1 800 soldats français de la force Licorne afin de sécuriser les élections.

Le président Gbagbo lance le 15 septembre, à Yamoussoukro, le processus d'identification permettant de réviser les listes électorales et de délivrer les cartes d'électeur.

29 septembre 2008. Environnement. Douze personnes comparaissent devant la cour d'assises d'Abidjan pour la mort de seize personnes et l'intoxication de cent mille personnes dans l'affaire du cargo *Probo Koala* dont les déchets toxiques ont été déversés sauvagement dans la lagune Ébrié, bien connue des spécialistes de droit administratif. Il semble, selon *Libération*, que l'État s'est adjugé la moitié des indemnités de l'affrètement. Ce dernier n'est pas présent car, en février 2007, la société Trafigura s'était engagée à verser 100 milliards de francs CFA en contrepartie de l'abandon de poursuites judiciaires.

ÉTATS-UNIS

Juillet-septembre 2008. Élection présidentielle. Le 10 juillet, le pasteur Jesse

Jackson présente ses excuses à Barack Obama suite à des « propos grossiers » enregistrés à son insu par une télévision.

Du 18 au 25 juillet, Barack Obama effectue une tournée en Europe. Il souhaitait tenir un meeting électoral devant la porte de Brandebourg, ce à quoi s'est opposée la chancelière Angela Merkel alors que le ministre SPD des Affaires étrangères, Frank-Walter Steinmeier, y était favorable. Il prononce un discours à Berlin devant deux cent mille personnes.

À Paris, fin de sa tournée, il est reçu chaleureusement par le président Sarkozy pendant une heure, alors qu'en mars l'accueil réservé à John McCain avait été plus sobre.

Août 2008. Convention nationale démocrate à Denver. Cette convention réunit 4 322 délégués au centre de congrès Pepsi. Deux jours avant, Barack Obama révèle le choix de son colistier pour le poste de vice-président. Il s'agit du sénateur du Delaware Joseph Biden, 65 ans, catholique, président de la commission des affaires étrangères, parlementaire chevronné siégeant depuis 1972. Il s'était rapidement retiré des primaires démocrates. Le choix de Barack Obama apparaît judicieux.

Le 25 août, le discours du sénateur Edward Kennedy est un grand moment d'émotion. L'épouse de Barack Obama prononce un discours qui était très attendu.

La police arrête à Denver trois hommes soupçonnés de vouloir commettre un attentat contre Barack Obama.

Le 26 août, dans un discours remarqué, Hillary Clinton apporte son soutien à Barack Obama. Le 27 août, Barack Obama est proclamé candidat du Parti démocrate après avoir été élu par

acclamations sur proposition d'Hillary Clinton, ce qui évite de manifester des divisions.

Septembre. **Convention républicaine à Minneapolis-Saint-Paul.** Au moment où s'achève la convention démocrate, John McCain annonce le choix de la candidate à la vice-présidence. C'est une surprise. Il propose la gouverneure de l'Alaska, Sarah Palin, 44 ans, représentante de l'aile conservatrice, considérée comme appartenant au christianisme « post-confessionnel ». Première femme gouverneure de cet État, elle a été aussi la plus jeune candidate à accéder à ce poste. Hostile à l'avortement, elle est favorable à des forages pétroliers dans la réserve arctique, membre de la National Rifle Association (NRA), mère d'un fils qui va être envoyé en Irak. En 1984, Walter Mondale, candidat démocrate, avait choisi une femme, Geraldine Ferraro.

Cette convention est perturbée par l'ouragan Gustav. Le président Bush et le vice-président Cheney annulent leurs discours prévus le premier jour. Il est vrai que cet ouragan rappelle fâcheusement l'inaction ou l'indifférence de George W. Bush lors de l'ouragan Katrina en 2005. L'annonce que la fille de la candidate à la vice-présidence, célibataire et âgée de 17 ans, est enceinte alors que sa mère prône l'abstinence sexuelle suscite quelques débats.

La convention désigne sans surprise le 3 septembre John McCain comme candidat avec Sarah Palin pour la vice-présidence. Le lendemain John McCain accepte la proposition. Il se présente comme le candidat du changement et moins à droite que sa colistière.

L'image de Sarah Palin se brouille car elle est soupçonnée d'avoir licencié abusivement le chef de la sécurité publique

d'Alaska pour des raisons privées et de nommer des proches au sein de son administration.

Le 24 septembre, en raison de la crise financière, John McCain annonce la suspension de sa campagne et demande un report du débat du 26 septembre. Les deux candidats ont publié un communiqué commun sur la crise.

Le 26 septembre, le premier débat entre les candidats démocrate et républicain a lieu malgré tout à Oxford (Mississippi). Il semble qu'aucun candidat n'ait réussi à prendre l'avantage même si un sondage Gallup estime que Barack Obama l'a emporté.

143

20 juin et 10 juillet 2008. **Écoutes téléphoniques.** Un compromis intervient à la Chambre des représentants sur les écoutes antiterroristes. L'opposition dénonçait l'immunité accordée aux sociétés de télécommunications ayant collaboré avec le gouvernement sans intervention d'un juge, suite aux événements du 11 septembre 2001.

La loi accorde l'immunité aux compagnies qui ont contribué ou contribuent aux écoutes sur instruction du gouvernement. Pour obtenir cette immunité, les autorités disposent désormais d'une semaine après le début d'une surveillance et non plus de soixante-douze heures.

15 juillet 2008. **Guantanamo.** La diffusion d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire d'Omar Khadr par ses avocats suscite un débat au Canada. Citoyen canadien, arrêté en 2002 en Afghanistan, accusé du meurtre d'un soldat américain, il avait reçu, à Guantanamo, des agents des services de renseignement canadiens qu'il croyait venus l'aider. Or ceux-ci l'avaient interrogé de façon humiliante sur Al-Qaïda

et sur sa foi. L'opposition canadienne demande le rapatriement du prisonnier au Canada.

16 juillet 2008. **CJ.** La CJ ordonne aux États-Unis de suspendre l'exécution de cinq ressortissants mexicains qu'ils ont condamnés à mort. Cependant le Texas estime que la décision de la CJ ne s'impose pas à lui car la Cour suprême a estimé que même le président ne pouvait imposer aux États de respecter le droit international. Si le Texas procédait à des exécutions, cela placerait les autorités fédérales dans une situation scandaleuse sur le plan international.

Le 5 août, en visite à Mexico, le secrétaire général de l'ONU exige le respect de la décision de la CJ de surseoir à l'exécution de José Ernesto Meddlin, condamné à mort pour viol et meurtre en 1993 au Texas, prévue ce même jour. Il est pourtant exécuté en violation du droit international.

Le 7 août, un Hondurien, Heliberto Chi, condamné pour un meurtre au cours d'un braquage, est exécuté après le rejet d'un recours de dernière minute par la Cour suprême où avait été invoqué un traité honduro-américain.

28 juillet 2008. **Peine de mort.** On pouvait espérer que la peine disparaîtrait au moins au niveau fédéral. Malheureusement il n'en est rien. Le 28 juillet, le président Bush autorise l'exécution d'un soldat condamné à la peine de mort il y a vingt ans (!) par une cour martiale de Fort Bragg en Caroline du Nord pour deux meurtres, une tentative de meurtre et trois viols. Les membres des forces armées condamnés à mort par une juridiction militaire ne peuvent être exécutés qu'après autorisation du président. Le dernier cas d'exécution remontait à 1961. En 1957, le président

Eisenhower avait autorisé l'exécution d'un homme condamné pour avoir violé et tenté de tuer une fillette en Autriche; le soldat John Bennett avait été pendu quatre ans après. Confronté au même problème, John Kennedy avait préféré commuer en 1962 la peine de mort prononcée contre un marin de la Navy en prison à perpétuité.

Juillet 2008. **Afro-Américains.** Les parlementaires américains présentent les premières excuses formelles pour «la fondamentale injustice, la cruauté, la brutalité et l'inhumanité» de l'esclavage et de la ségrégation raciale envers les Afro-Américains.

Juillet-septembre 2008. **Économie.** La crise grave qui affecte l'économie américaine, et notamment le secteur immobilier, conduit le président Bush à décider un plan de sauvetage. Les propriétaires dans l'incapacité de rembourser leurs emprunts vont pouvoir les refinancer. L'administration du logement bénéficiera d'un fonds d'un maximum de 300 milliards de dollars. Les deux grands organismes privés de refinancement hypothécaire Fannie Mae et Freddie Mac sont placés le 7 septembre sous l'autorité d'une nouvelle structure publique. Ce sont les démocrates qui ont imposé ce plan approuvé par ailleurs par le FMI.

Mais l'administration Bush se refuse à intervenir dans le sauvetage de la banque Lehman Brothers, quatrième banque d'affaires américaine. Le 15 septembre, elle se place sous Chapter 11, loi américaine de protection sur les faillites. Le même jour, la banque Merrill Lynch est rachetée par Bank of America pour 50 milliards de dollars. Le 16 septembre, la FED et le gouvernement des États-Unis décident de sauver l'assureur AIG

menacé de faillite en échange de 79,9 % de son capital.

Le 19 septembre, George W. Bush et le secrétaire au Trésor Henry Paulson confirment qu'ils sont prêts à dépenser « des centaines de milliards de dollars du contribuable » pour aider les investisseurs (banques, assurances, etc.) à se débarrasser de leurs actifs « toxiques ».

Les marchés réagissent de façon très positive aux mesures américaines. Le plan de sauvetage se monte à 700 milliards de dollars... Il suscite des réserves de la part de certains parlementaires quant à sa mise en œuvre. Le 21 septembre, le Trésor précise son plan de rachat des actifs toxiques des banques à hauteur de 700 milliards de dollars.

Inhabituel, George W. Bush invite les deux candidats à la Maison-Blanche le 25 septembre pour discuter de son plan. Ceux-ci lancent un appel commun.

Le 26 septembre, le transfert, avec l'aide des autorités fédérales, à la banque JP Morgan Chase & Co pour 1,9 milliard de dollars des actifs de la caisse d'épargne Washington Mutual est la marque de la plus importante faillite jamais survenue dans le secteur bancaire.

Le 28 septembre, le plan de sauvetage semble faire l'objet d'un accord au Congrès. Pourtant c'est la stupeur le 29 septembre lorsque la Chambre des représentants refuse le plan Paulson par 228 voix contre 205 favorables. La proximité des élections explique le comportement prudent des *congressmen* car l'opinion publique est hostile au plan.

Le 29 septembre, Citigroup prend le contrôle de Wachovia.

La crise touche à son tour l'Europe. La grande banque belgo-néerlandaise-luxembourgeoise Fortis connaît de grandes difficultés et son directeur démissionne le 26 septembre, la banque ayant succombé aux subprimes. La banque est ren-

flouée le 28 pour 11,2 milliards d'euros par les autorités belges, néerlandaises et luxembourgeoises. L'inquiétude est également forte au Royaume-Uni où le 28 septembre la banque Bradford et Bingley est nationalisée.

L'État fédéral s'allie le 29 septembre à un consortium de banques allemandes pour aider la banque Hypo Real Estate. 35 milliards d'euros sont accordés en urgence.

Les députés belges veulent enquêter sur les responsabilités dans la situation de Fortis et de Dexia.

GRANDE-BRETAGNE

145

20-24 septembre 2008. **Parti travailliste.** Le congrès du Parti travailliste a lieu à Manchester dans un climat difficile pour Gordon Brown. La contestation est montée au sein du Labour. Le 13 septembre, Joan Ryan, vice-président du Labour, qui a appelé à une élection primaire pour la direction du parti, a été démise de ses fonctions. Siobhain McDonagh, adjointe du *whip*, chargée de faire respecter la discipline de vote auprès des élus travaillistes, a subi le même sort pour avoir émis la même idée. Deux autres membres du gouvernement ont eux démissionné, dont Barry Gardiner. La fronde n'a néanmoins pas atteint le cabinet. Le Premier ministre a voulu par ces manœuvres éviter un vote de confiance au congrès du labour. Face à une popularité au plus bas, Gordon Brown essaie de convaincre qu'il est le meilleur leader et de désamorcer la fronde au sein de son parti. Son discours lui a donné un « ballon d'oxygène » politique face aux rebelles de son parti même si l'annonce surprise le 24 septembre du départ prochain de Ruth Kelly a jeté une ombre au tableau. Cette dernière a pourtant

déclaré quitter le gouvernement non pour des raisons politiques mais strictement personnelles.

ISRAËL

22 septembre 2008. **Premier ministre.** Outre les soupçons de corruption s'ajoutent maintenant ceux d'escroquerie. Le 11 juillet, Ehoud Olmert est soupçonné d'avoir escroqué l'État israélien dans une affaire de billets d'avion.

Le 30 juillet, il annonce sa décision de renoncer au pouvoir.

146 Tzipi Livni, ministre des Affaires étrangères, avocate, mère de deux enfants, ancienne attachée du Mossad à Paris, jouissant d'une forte réputation d'intégrité, est candidate, ainsi que Shaoul Mofaz, 60 ans, ancien chef d'état-major et ancien ministre de la Défense, ministre des Transports, général, partisan de la manière forte. Les chances de Meir Sheerit, ministre de l'Intérieur, et d'Avi Dichter, ministre de la Sécurité intérieure, sont très réduites.

Le 8 septembre, la police recommande d'inculper le Premier ministre pour corruption.

Tzipi Livni est élue à la tête du parti Kadima et va donc devenir Premier ministre. Elle obtient avec 16 936 voix 43,1 % des suffrages, contre 16 505 (42 %) à Shaoul Mofaz. Il n'y a que 431 voix d'écart entre les deux candidats. Les deux autres candidats n'obtiennent que 8,5 % pour Meir Sheerit et 6,5 % pour Avi Dichter. La participation, avec 53,7 %, a sans doute gêné Tzipi Livni car elle partait largement favorite dans les sondages. C'est la première femme à occuper ce poste depuis Golda Meir. Sa grande difficulté sera de former un gouvernement avec des partis qui ont l'habitude de faire monter les enchères.

Le chef du Likoud, Benyamin Netanyahu, demande des élections anticipées.

Ehoud Olmert annonce sa démission le 21 septembre. Le lendemain, Tzipi Livni est officiellement chargée de former le gouvernement.

JAPON

24 septembre 2008. **Premier ministre.** Ayant déjà une très faible popularité, le Premier ministre Yasuo Fukuda affronte de nouvelles difficultés. Le 1^{er} août, il annonce un remaniement de son gouvernement alors que celui-ci est touché par un scandale relatif au ministère de la Défense. Naoki Akiyama, au cœur des réseaux entre monde politique et industries de la défense, est arrêté. L'affaire met en cause Yamada Corp., société jouant le rôle d'intermédiaire entre les entreprises de défense et le ministère. Déjà en novembre 2007 le vice-ministre de la défense Takemasa Moriya avait été arrêté pour avoir touché des pots-de-vin d'un ancien haut responsable de Tamada. Les noms de l'ancien ministre de la Défense, Fumio Kyuma, et du ministre des Finances, Fukushima Nukaga, sont cités.

Pour s'assurer du soutien de toutes les factions de son parti, il nomme son rival Taro Aso au poste de numéro deux du Parti libéral démocrate (PLD). C'est un bouleversement. Quatre ministres seulement conservent leur poste dont le ministre des Affaires étrangères Masahiko Koumura. Diverses personnalités reviennent dont l'ancien ministre de la Politique économique et fiscale, Kaoru Yosano, qui retrouve ce portefeuille. L'ex-secrétaire général du PLD, Bunmei Ibuki, devient ministre des Finances. Deux femmes très populaires sont nommées. Seiko Soda prend la tête de

l'Agence de protection des consommateurs et Kyoko Nakayama sera en charge du dossier des enlèvements de Japonais par des agents nord-coréens. Enfin, le ministre de la Défense, par lequel le scandale est arrivé, échoit à Yoshimasa Hayashi, 47 ans, ce qui est jeune au Japon. L'objectif est à la fois de mener à bien les réformes et de préparer les élections de 2009.

Le 1^{er} septembre, Yasuo Fukuda démissionne, estimant ne pas pouvoir mener les réformes promises en raison de l'effondrement de sa popularité. Le secrétaire général du Parti libéral démocrate, Taro Aso, 68 ans, petit-fils du Premier ministre au lendemain de la reddition du Japon, intransigeant à l'égard de Pékin et Séoul, appartenant à une famille catholique, se dit prêt, mais on évoque aussi la candidature d'une ancienne ministre de la Défense, Yuriko Koike, 56 ans, proche de l'ancien Premier ministre Koizumi et de ses positions néolibérales. Elle serait la première femme Premier ministre au Japon. Il y a trois autres candidats, ce qui est un record. Parmi ceux-ci, Kaoru Yosano, 60 ans, chrétien, favorable au déplacement des restes des criminels de guerre du sanctuaire Yasukuni, objet de tension avec la Chine et la Corée du Sud.

Le 22 septembre, Taro Francisco Aso, ancien ministre des Affaires étrangères, est désigné à une large majorité par le PLD par 351 voix sur 527. L'élection est faite par les parlementaires et les représentants des instances régionales. Le 24 septembre, Yasuo Fukuda formalise sa démission. La Chambre des représentants élit Taro Aso par 337 voix contre 117 à Ichiro Ozawa (Parti démocratique du Japon). La Chambre des conseillers accorde 125 voix à Ichiro Ozawa contre 108 à Taro Aso, mais c'est le vote des représentants qui s'impose.

Le cabinet comporte 17 membres parmi lesquels deux femmes dont Yuko Obuchi, 34 ans, ministre des Affaires sociales, fille d'un ancien Premier ministre.

La vie politique connaît un tournant. Junichiro Koizumi, 66 ans, ancien Premier ministre de 2001 à 2006, populiste, qui a engagé le Japon en Afghanistan et qui fréquentait régulièrement le sanctuaire Yasukuni, quitte la scène politique. La politique qu'il a menée est critiquée par Taro Aso.

MAURITANIE

147

6 août 2008. **Coup d'État.** La démocratie n'aura guère duré en Mauritanie.

Le président Sidi Mohamed Ould Cheikh Abdallah, élu démocratiquement en mars 2007 lors du premier scrutin transparent et pluraliste après le coup d'État militaire du 3 août 2005, est renversé par un autre coup d'État militaire. Le président est arrêté ainsi que le Premier ministre Yahia Ould Ahmed Waghf par la garde présidentielle. Un haut Conseil d'État est formé, dirigé par le général Mohamed Ould Abdel Aziz. Il était chef d'état-major particulier du président et commandant de la garde présidentielle et venait d'être démis de ses fonctions par un décret du même jour.

Cette crise survient après une période de tension marquée par la démission le 4 août de 25 députés et 23 sénateurs qui critiquaient la dérive autoritaire et l'affairisme du président. Déjà les parlementaires avaient obtenu la démission du gouvernement et la mise en place d'une nouvelle équipe. Fin juillet, une cinquantaine de parlementaires avaient demandé la tenue d'une session extraordinaire demandant la création d'une commission d'enquête sur la gestion du

programme lancé en avril pour lutter contre la crise alimentaire.

Le 14 août, Moulaye Ould Mohamed Laghdaf est nommé Premier ministre.

L'Union européenne suspend son aide financière et la France fait de même.

Le Premier ministre destitué est libéré le 11 août.

Le Conseil de sécurité condamne le coup d'État le 19 août.

Un gouvernement est mis en place le 1^{er} septembre sous la direction du diplomate Moulaye Ould Mohamed Laghdaf.

148 C'est le quatrième coup d'État depuis l'indépendance. En 1978, Moktar Ould Daddah, père de l'indépendance, avait été renversé. En 1984, c'est le président Mohamed Khouna Ould Haïdda qui l'avait été par le colonel Maaouiya Ould Taya. Enfin le 3 août 2005, celui-ci avait à son tour été renversé par un groupe d'officiers dirigé par le colonel Ely Ould Mohamed Vall, qui avait entamé un processus démocratique conduisant aux premières élections libres remportées par Sidi Ould Cheikh Abdallahi en avril 2007.

NÉPAL

19 et 21 juillet; 15 août 2008. **Président de la République.** Suite à l'abolition de la monarchie qui avait 239 ans d'âge, le Népal peine à élire un président de la République.

Il réussit à élire le 19 juillet un vice-président par 305 voix à Paramananda Jha, Forum Madhesi des droits du peuple, contre 243 à Shanta Shrestha, Parti communiste du Népal (maoïste).

Ce même jour, pour l'élection du président, Ram Baran Yadav, Congrès du Népal, obtient 283 voix contre 270 à Ram Raja Prasad Singh, Parti commu-

niste du Népal. La majorité nécessaire de 298 voix n'ayant pas été atteinte, un second tour a lieu le 21 juillet. Ram Baran Yadav est élu avec 308 voix contre 282 à son adversaire. Il prête serment le 23 juillet.

Suite à ce revers, le Parti communiste du Népal refuse de former un gouvernement. Pourtant, Pushpa Kamal Dahal, dit Prachanda, 53 ans, Parti communiste du Népal, dans la clandestinité pendant 25 ans dont 10 à mener la lutte armée dans les maquis et montagnes, est élu premier ministre par l'Assemblée constituante avec 464 voix contre 113 à Sher Bahadur Deuba, Congrès népalais. Il entre en fonction le 18 août. Il termine la formation de son gouvernement le 31 août. Le premier voyage du nouveau Premier ministre, à la différence de ses prédécesseurs, n'est pas pour l'Inde mais pour la Chine. Il ne vient à New Delhi que le 14 septembre. Un signe.

PAKISTAN

18 août 2008. **Président de la République.** La coalition gouvernementale, après cinq mois de tension entre le Parlement et le chef de l'État, amorce une procédure de destitution contre le président Pervez Musharraf, 65 ans, au pouvoir depuis le 20 juin 2001. Il est accusé de « mauvaise administration » et de « violation de la Constitution ».

Cette procédure s'inscrit dans un climat de violences. C'est ainsi que le 12 août un attentat fait 12 morts à Peshawar. Le lendemain, un attentat-suicide à Lahore fait au moins 8 morts. Un double attentat contre une usine d'armement près d'Islamabad fait 64 tués le 21 août. Il est attribué à Al-Qaïda.

Plutôt que de subir l'humiliation d'une destitution, le président Musharraf

préfère démissionner le 18 août. C'est le président du Sénat, Mohammadmian Soomro, 58 ans, qui assure l'intérim.

Dès le 23 août, Asif Ali Zardari, 53 ans, veuf de Benazir Bhutto assassinée le 27 décembre 2007, chef du Parti du peuple pakistanais (PPP), se porte candidat.

L'élection se déroule dans un climat très tendu. Le Premier ministre Yousuf Raza Gilani échappe à un attentat dans la banlieue d'Islamabad le 3 septembre 2008.

Asif Ali Zardari est élu. Il ne jouit pas d'une grande popularité, étant considéré comme un personnage corrompu. Il a passé onze années en prison, accusé de corruption (il est surnommé M. 10 %), extorsion de fonds et même de l'assassinat d'un des frères de son épouse. Il n'inspire que peu de confiance à Washington qui a pourtant lâché Pervez Musharraf. Il est élu par les députés et les membres des assemblées provin-

ciales. Il l'emporte avec plus de 70 % des voix par 481 voix contre 153 à Saeed Uz Zaman Siddiqui, soutenu par le parti de Nawaz Sharif qui a rompu la coalition avec le PPP, et 44 à Mushahid Hussain, proche de Pervez Musharraf. Il entre en fonction le 9 septembre.

ROUMANIE

9 juillet 2008. **Audiovisuel.** L'amendement à la loi roumaine sur l'audiovisuel contraignant les télévisions et les radios à diffuser à part égale des informations « positives » et « négatives » est déclaré non constitutionnel par la Cour constitutionnelle (décision n° 857).

149

SLOVÉNIE

21 septembre 2008. **Élections législatives.** Plus de mille candidats s'affron-

Élections législatives en Slovénie

Inscrits	1 696 437
Votants	1 070 424 (63,1) (+2,6)
Nuls	18 597
Suffrages exprimés	1 051 827

<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
Sociaux-démocrates (Sd)	316 783	30,5 (+20,3)	29 (+19)
Parti démocratique slovène (SDs)	304 181	29,3 (+0,2)	28 (-1)
Zares (Réalités) (social-libéral)	97 554	9,4 (+9,4)	9 (+9)
Parti démocratique des retraités de Slovénie (centriste) (DeSus)	77 612	7,5 (+3,5)	7 (+3)
Parti national slovène (nationaliste) (SNS)	56 601	5,5 (-0,8)	5 (-1)
Parti populaire slovène (chrétien démocrate) (SLs) et Parti de la Jeunesse de Slovénie (Verts) (Sms)	54 328	5,2 (-3,7)	5 (-2)
Démocratie libérale de Slovénie (Lds)	53 975	5,2 (-17,6)	5 (-18)
Nouvelle Slovénie-Parti populaire chrétien (Nsi)	33 420	3,4 (-5,7)	0 (-9)
Autres		4,2 (-5,4)	
Minorités			2 (=)

taient aux cinquièmes élections depuis l'indépendance de la Slovénie, dont un tiers de femmes, la loi électorale obligeant chaque liste à présenter un minimum de 25 % de candidates.

Le Parti social-démocrate (ex-communistes) conduit par l'ancien communiste Borut Pahor, 45 ans, remporte les élections législatives face au Parti démocratique slovène, centre droit du Premier ministre Janez Jansa. Il obtient 30,50 % des voix et 29 des 90 sièges contre 29,32 % et 28 sièges au parti au pouvoir. Zares-Nouvelle politique de Gregor Golobic obtient 9,4 % (9 élus), le Parti démocratique des retraités de Slovénie de Karl Erjavec, ministre sortant de la Défense, 7,45 % (7 élus), le Parti national slovène de Zmago Jelencic 5,46 % (5 élus), le Parti populaire slovène et Parti de la jeunesse de Slovénie 5,24 % (5 élus) et la Démocratie libérale de Slovénie de Katarina Kresal 5,19 % (5 élus). La participation a été de 62,3 %.

2 des 90 sièges de la Drzavni Zbor (Assemblée nationale) vont aux minorités italienne et hongroise.

Ces élections mettent ainsi fin à quatre ans de pouvoir du gouvernement de centre droit de Janez Jansa.

TURKMÉNISTAN

26 septembre 2008. **Constitution.** Une nouvelle Constitution, visant à « démocratiser » le système politique, autorisant le multipartisme et proclamant l'économie de marché, a été adoptée.

TURQUIE

30 juillet 2008. **AKP.** Accusé d'atteinte aux fondements laïques de la République turque, l'AKP, parti au pouvoir, risquait l'interdiction. Depuis 1960, plus de vingt partis ont ainsi été interdits. Mais c'est la première fois qu'un tel recours portait contre un parti au pouvoir qui a obtenu 47 % des suffrages en 2007.

Par 5 voix contre 4 la Cour constitutionnelle rejette la demande du procureur général qui demandait qu'il soit interdit à 71 personnes membres de l'AKP d'appartenir à un parti politique. La Cour décide de ne pas dissoudre le parti (il aurait fallu un accord de sept juges pour la dissolution). Elle choisit une voie moyenne en décidant de priver l'AKP d'une partie de son soutien financier.

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1^{er} JUILLET – 30 SEPTEMBRE 2008)

151

REPÈRES

2 juillet. M. de Carolis, président de France Télévisions, qualifie sur RTL de « stupide » l'appréciation portée par le chef de l'État sur cette chaîne publique.

4 juillet. Le président Sarkozy et sa conjointe accueillent à l'aéroport de Villacoublay Mme Ingrid Betancourt, prisonnière des FARC, libérée deux jours plus tôt.

5 juillet. Un décret nomme M. Frédéric Mitterrand président de l'Académie de France (la « Villa Médicis ») à Rome. Au conseil national de l'UMP, réuni à Paris, M. Sarkozy observe : « La France est en train de bouger [...] désormais, quand il y a une grève en France, personne ne s'en aperçoit. »

8 juillet. Invitée sur France 2, Mme Royal établit un rapport entre la nouvelle mise à sac de son domicile et son affirmation de « la mainmise du clan Sarkozy sur la France ».

10 juillet. Dans un entretien au *Figaro*, M. Bayrou affirme : « Le président de la République cesse d'être le prési-

dent de tous les Français dès l'instant où il s'affiche comme chef de parti. Au lieu d'être l'homme de la nation, il se fait le porte-parole d'un clan [...] C'est la fonction elle-même qui est ainsi mise en cause. »

11 juillet. Mme Carla Bruni publie son troisième album : *Comme si de rien n'était*.

Le tribunal arbitral tranche en faveur de M. Tapie dans le conflit qui l'oppose au Crédit lyonnais.

Le secrétaire d'État au Vatican attend un « assouplissement » de la laïcité à la française.

16 juillet. Dans une lettre au président de la République publiée dans *Le Monde*, M. Lang estime que « le rééquilibrage des institutions visé par la réforme constitutionnelle va dans le bon sens, mais n'est pas encore suffisant ».

17 juillet. Le président Sarkozy préconise de réduire le seuil de constitution d'un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale à 15 membres, dans un entretien au *Monde*.

23 juillet. Au lendemain de l'adoption

de la révision constitutionnelle, le chef de l'État, recevant les élus de la majorité, fustige le Ps: « Nous avons le parti d'opposition le plus sectaire d'Europe. »

« Occasion manquée par le Parti socialiste »: quatre députés socialistes publient cet article dans *Le Monde*.

24 juillet. Le Premier ministre présente la nouvelle carte militaire de la France; 83 sites sont supprimés.

5 août. Le Rwanda publie un rapport accusant les responsables civils et militaires français en 1994 (cohabitation François Mitterrand-Édouard Balladur) d'avoir participé au massacre des Tutsis.

8 août. M. Sarkozy assiste à l'ouverture des Jeux olympiques de Pékin.

13 août. Le dalaï-lama rencontre des parlementaires au Sénat.

22 août. Le dalaï-lama reçoit Mme Carla Bruni-Sarkozy au temple de la Roquebronde (Hérault), accompagnée de M. Kouchner et de Mme Yade.

26 août. M. Delanoë annonce sa candidature au poste de premier secrétaire du Ps.

29 août. À l'université d'été du Ps à La Rochelle, Mme Royal lance, à l'unisson de Juliette Gréco: « Aimez-vous les uns les autres ou disparaïssez! »

30 août. « Le rôle du Parti radical, déclare M. Borloo à Montélimar (Drôme), c'est de remettre en cause certaines idées reçues et pas seulement d'organiser la quête du pouvoir. »

1^{er} septembre. M. Dominique Rossi, coordonnateur de la sécurité en Corse, est révoqué de ses fonctions, à la suite de l'occupation de la villa de M. Clavier, par des nationalistes à Porto-Vecchio.

7 septembre. Mme Carla Bruni-Sarkozy

est l'invitée de M. Drucker dans son émission *Vivement dimanche* sur France 2.

À Agay (Var), M. Bayrou estime: « Le jour où la question de l'alternance sera à l'ordre du jour, la question sera celle de l'efficacité [...] Nous avons besoin les uns des autres le jour où il s'agira de construire ensemble. »

13 septembre. Mme Albanel, ministre de la Culture, est invitée à la fête de l'Humanité, à l'opposé de M. Besancenot.

18 septembre. Mme Carla Bruni-Sarkozy présente le journal de Canal +.

23 septembre. Devant l'Assemblée générale des Nations unies, M. Sarkozy se prononce en faveur d'un « capitalisme régulier et régulé ».

24 septembre. Le président Accoyer se déclare favorable à sanctionner pécuniairement l'absentéisme des députés.

M. Larcher remporte la primaire, au premier tour, au sein du groupe UMP, en vue de la présidence du Sénat, face à MM. Raffarin et Mariani.

En vue du congrès socialiste de Reims, six motions sont déposées.

26 septembre. En réponse à la crise bancaire et financière, M. Fillon lance un appel à l'union nationale.

27 septembre. Mme Royal présente, au Zénith à Paris, un « one-woman show ».

AMENDEMENT

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Cinquante ans de droit d'amendement », *LPA*, 10-7.

– *Exercice*. La nouvelle rédaction de l'article 44 C, alinéa 1^{er} précise que le droit d'amendement « s'exerce en séance

ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées dans le cadre déterminé par une loi organique». L'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, qui vise la jurisprudence du Conseil constitutionnel exigeant la discussion en séance de tous les amendements recevables, est subordonnée à l'intervention de la loi organique.

– *Recevabilité.* La nouvelle rédaction de l'article 45 C, alinéa 1^{er}, qui précise que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis », tend à assouplir la jurisprudence sur les cavaliers législatifs.

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bureau.* Mme Vautrin (Marne) (UMP) a été nommée vice-présidente, à compter du 25 septembre, en remplacement de M. Daubresse (Nord) (UMP) démissionnaire (JO, 27-9).

– *Circonscriptions électorales.* Le Conseil constitutionnel a été enfin entendu (cette *Chronique*, n° 127, p. 186) : le nouvel article 25 (rédaction de la LC du 23 juillet 2008) dispose : « Une commission indépendante [...] se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs. »

– *Circonscriptions électorales (suite).* La ministre de l'Intérieur en dresse la liste dans lesquelles le ratio entre le nombre des inscrits aux dernières élections législatives et la population, issue du

recensement général de 1999, est supérieur à 20 % (2 : Bouches-du-Rhône, 10^e; Gironde, 8^e); inférieur à 20 % (12, dont Bouches-du-Rhône, 7^e; Haute-Garonne, 4^e; Bas-Rhin, 1^{re}); supérieur à 10 % (48, dont Bouches-du-Rhône, 15^e; Loire-Atlantique, 7^e; Seine-Saint-Denis, 13^e) et inférieur à 10 % (56, dont Alpes-Maritimes, 1^{re}; Haute-Garonne, 3^e; Val-d'Oise, 5^e) (AN, Q, 1^{er}-7).

Un tableau général par département est inséré (*ibid.*, 15-7). Au surplus, il est indiqué le nombre de députés attribué à chaque département métropolitain depuis 1876 en fonction de règles appropriées (*ibid.*, 1^{er}-7).

– *Composition.* Au scrutin de ballottage, M. Gorges (UMP) a retrouvé son siège, à la suite de la seconde annulation de l'élection de la première circonscription d'Eure-et-Loir, le 14 septembre (JO, 16-9) (cette *Chronique*, n° 127, p. 187). M. Dutreil (Marne, 1^{re}) (UMP) a démissionné, le 16 septembre (JO, 17-9), après que le président Accoyer lui eut rappelé que, nommé le 1^{er} septembre président de la filiale américaine d'une entreprise de luxe, il n'était « plus à même de remplir de façon acceptable » son mandat, le 12 septembre (*Le Figaro*, 13/14-9).

Mme des Esgaulx (Gironde, 8^e) (UMP) a été élue sénatrice le 21 septembre. À l'opposé, M. Roustan (Gard, 4^e) (UMP) a échoué dans son dessein (*Le Monde*, 23-9).

Les Français expatriés seront représentés à l'Assemblée nationale, comme traditionnellement au Sénat (nouvel art. 24 C). En dernière analyse, le nombre des députés est dorénavant plafonné à 577, tout comme celui des sénateurs (*ibid.*).

V. *Droit communautaire et européen. Élections législatives. Parlement. Parle-*

mentaires en mission. Partis politiques. Session extraordinaire.

AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie.* V. Lamenda, « La Convention européenne et la Cour de cassation », *RIDC*, 2008, p. 325 ; J.-L. Nadal, *ibid.*, p. 337 ; P. Jan, « Justice, juges et pouvoir », in *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, 2008, p. 153.

V. Conseil constitutionnel.

154

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Bibliographie.* J.-M. Sauvé (présentation), « L'influence de la CEDH sur les cours suprêmes », *RIDC*, 2008, p. 329 ; B. Stirn, « La position du Conseil d'État », *ibid.*, p. 309 ; O. Schrameck, « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », in *Constitutions et Pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 545.

– *Avis du Conseil d'État.* Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis audit Conseil une proposition de loi, sauf opposition de son auteur (nouvel art. 39, al. 5 C). À ce jour, seule une proposition de loi de pays calédonien bénéficiait de cette expertise juridique.

V. Conseil constitutionnel.

BICAMÉRISME

– *Bibliographie.* *Le Bicamérisme et la Représentation des régions et des collectivités locales : le rôle des secondes chambres en Europe*, Les Colloques du Sénat, 2008.

– *Commission mixte paritaire (CMP).* Si le désaccord entre les deux assemblées concerne une proposition de loi, la réunion d'une CMP peut désormais être décidée par les présidents de celles-ci « agissant conjointement », ainsi que le prévoit l'article 45 C, alinéa 2 ; la nouvelle rédaction, qui substitue la « procédure accélérée » à l'urgence pour la réunion d'une CMP après une seule lecture, limite également la prérogative du gouvernement qui ne peut y recourir qu'à la condition que les conférences des présidents des deux assemblées ne s'y soient pas « conjointement opposées ».

– *Fin d'une priorité.* Les Français établis hors de France étant désormais représentés à l'Assemblée nationale (art. 24 C, al. 5), les projets de loi les concernant ne sont plus soumis en premier lieu au Sénat (art. 39 C, al. 2).

V. Ordre du jour.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie.* A. Roux, « L'autonomie financière des collectivités territoriales dans les constitutions européennes », in *Mélanges Jean Gicquel, op. cit.*, p. 483.

– *Commission consultative d'évaluation des normes.* Le Premier ministre a adressé une circulaire, en date du 22 septembre, aux membres du gouvernement relative aux relations entre l'État et les collectivités territoriales, tant du point de vue législatif que réglementaire. L'avis concernera l'impact financier et technique sur lesdites collectivités et leurs établissements publics. Cette démarche est étendue au droit communautaire (JO, 23-9).

– *Départements*. Le plus grand nombre d'arrondissements se situent en Moselle (8); Pas-de-Calais (7) et dans le Nord (6). L'arrondissement le plus peuplé est celui de Palaiseau (Essonne) avec 537 600 habitants, et le moins peuplé, celui de Calvi (Haute-Corse) avec 17 800 habitants (AN, Q, 16-9).

– *Départements et régions d'outre-mer*. Le nouvel article 73 C confère à leur assemblée délibérante une habilitation réglementaire en vue de modifier des dispositions de nature réglementaire, dans un nombre limité de matières, parallèlement à celle ressortissant au domaine de la loi.

– *Droit local alsacien-mosellan*. La loi de séparation de l'État et des églises n'ayant pas été introduite dans les départements concernés, un culte reconnu ou non reconnu peut se voir accorder une aide financière par une commune, au sens de l'article L 2541-12 (10^e) CGCT, «dès lors que la subvention répond à une finalité d'intérêt général ou de bienfaisance», déclare la ministre de l'Intérieur. La CAA de Nancy (6 mars 2008, *Commune de Sultz*) a cependant considéré que l'attribution d'une subvention à une association religieuse locale destinée à couvrir, en partie, les dépenses exposées à l'occasion d'un pèlerinage n'était pas justifiée par un intérêt général suffisant (AN, Q, 15-7).

– *Droit local alsacien-mosellan et droit concordaire*. Le décret du 18 septembre, le Conseil d'État entendu, porte réception de la bulle papale du 18 juillet précédent, nommant l'abbé Jordy évêque auxiliaire de l'archevêque de Strasbourg (JO, 19-9).

– *Énumération*. Les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ont été visées à l'article 72-3,

alinéa 2 C (rédaction de la LC du 23 juillet 2008). L'île de Clipperton n'a pas été oubliée: la loi détermine son régime législatif et son organisation particulière (cette *Chronique*, n° 122, p. 206) (art. 72-3, *in fine*).

– *Libre administration*. La loi instituant un droit d'accueil pour les élèves, en cas de grève des enseignants, n'affecte pas ce principe, a estimé le Conseil constitutionnel (569 DC): le législateur a accompagné la nouvelle compétence des communes de ressources qui ne le dénaturent pas (cons. 13), au terme d'une jurisprudence classique. De même, la libre administration a été préservée en matière de contrat de partenariat, au terme «d'une évaluation qui a pour but de fournir une aide» à leur décision. En l'occurrence, il s'agit d'une modalité de mise en œuvre dudit principe (567 DC, cons. 6). En revanche, celui-ci est méconnu lorsqu'une collectivité, chef de file, est investie d'un pouvoir de décision. Ce transfert de compétences est contraire à l'article 72, alinéa 5 C (567 DC).

– *Nouveau roi de Wallis*. M. Faupala, retraité de la fonction publique, désigné par la chefferie, a été intronisé le 25 juillet en qualité de *lavelua* (*Le Monde*, 3-9).

– *TAAF*. Le décret 2008-919 du 11 septembre relatif au statut des dites terres a été adopté (JO, 13-9@7). Un préfet, administrateur supérieur, a été nommé (décret du 3 septembre, *ibid.*, 5-9@32).

V. Conseil constitutionnel. Droit d'outre-mer. Élections. Élections locales. Gouvernement. Habilitation législative. Loi. Pouvoir réglementaire.

COMMISSIONS

– *Affaires européennes.* Le nouvel article 88-4 C dispose en son dernier alinéa qu'une « commission chargée des affaires européennes » est instituée dans chaque assemblée. Cette dénomination, préférée à celle de comité, retenue par le projet de LC, constitutionnalise les délégations pour l'Union européenne.

– *Auditions communes.* Les commissions des affaires étrangères et de la défense de l'Assemblée nationale ont procédé, les 26 août, 10 et 17 septembre, à une série d'auditions communes sur la situation en Afghanistan après la mort de dix soldats français : les ministres des Affaires étrangères et de la Défense, les responsables militaires, etc.

– *Innovations.* La LC du 23 juillet a sensiblement modifié la situation des commissions permanentes. Outre l'inversion des deux alinéas de l'article 43 en vertu desquels le renvoi des textes à une commission permanente devient la règle conformément à la pratique, sauf demande de commission spéciale, et leur nombre, porté de six à huit, leur rôle est surtout revalorisé par une autre inversion, celle qu'introduit la nouvelle rédaction de l'article 42 C, alinéas 1 et 2 : la discussion des projets en séance ne porte plus sur le texte du gouvernement mais sur celui qu'a adopté la commission (à l'exception des projets de révision, de loi de finances et de financement de la sécurité sociale) ; d'autre part, un délai de six semaines entre le dépôt et la discussion en séance en première lecture doit permettre un examen plus approfondi. Enfin, de nouvelles prérogatives leur sont conférées en matière de nominations par l'article 13 C : l'avis de la commission compétente de chaque

assemblée est requis pour les nominations par le président de la République aux emplois ou fonctions déterminés par une loi organique en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale (c'est notamment le cas pour le Conseil constitutionnel – art. 56 – et pour le Conseil supérieur de la magistrature – art. 65), cet avis pouvant faire obstacle à la nomination s'il réunit les trois cinquièmes de leurs membres.

V. *Conseil constitutionnel. Conseil supérieur de la magistrature. Ordre du jour.*

COMMISSIONS D'ENQUÊTE

– *Constitutionnalisation.* Jusque-là prévues par l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, les commissions d'enquête « formées pour recueillir des éléments d'information » sont désormais reconnues par l'article 51-2 C, lequel renvoie à la loi pour leurs règles de fonctionnement et aux règlements des assemblées pour les conditions de leur création : une disposition déclaratoire sans portée effective.

CONGRÈS DU PARLEMENT

– *Convocation.* Le Congrès a été convoqué le 21 juillet par le décret du président de la République du 17 (JO, 18-7) pour le vote du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République adopté en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat.

– *Réunions.* Outre l'achèvement de la révision de la Constitution (art. 89 C), il peut également être réuni pour autoriser

la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne, à défaut du recours au référendum (nouvel art. 88-5 C).

– *Vote*. Après que le président Accoyer eut rituellement constaté que le règlement du 20 décembre 1963, modifié le 28 juin 1999, était applicable, le Premier ministre a présenté le projet de révision, suivi des explications de vote; le scrutin public a eu lieu dans huit bureaux de vote à proximité de l'hémicycle; les résultats du vote électronique ont donné lieu, par décision du bureau, à un comptage manuel des bulletins. La loi constitutionnelle a été adoptée par 539 voix contre 357, la majorité des trois cinquièmes requise étant de 538 voix. Le président a pris part au scrutin et voté pour, à l'instar de M. Laurent Fabius, le 28 juin 1999 sur les deux LC relatives à la parité femmes-hommes et à la Cour pénale internationale.

La répartition des suffrages par groupe a été la suivante:

. UMP: 310 députés pour, 6 contre (MM. Cuq, Geoffroy, Goulard, Grand, Jacques Le Guen et Myard), 1 abstention (M. Wojciechowski); 158 sénateurs pour et 1 contre (M. Lardeux).

. Socialiste, Radical, Citoyen et divers gauche: 10 députés pour (les radicaux de gauche et M. Jack Lang) et 194 contre; les 95 sénateurs socialistes contre.

. Gauche démocrate et républicaine: les 24 députés contre, ainsi que les 23 sénateurs du groupe Communiste républicain et citoyen.

. Nouveau Centre: 23 députés pour, et 1 abstention (M. Folliot).

. Rassemblement démocratique social et européen: 11 sénateurs pour, 4 contre et 2 abstentions (MM. Michel Charasse et François Fortassin).

. Non inscrits: 1 député pour et 6 contre (dont MM. François Bayrou et Dupont-Aignan); 2 sénateurs pour, 1 abstention et 1 non-votant.

– *Congrès bis*. Le terme de Congrès désigne traditionnellement la réunion des députés et des sénateurs à Versailles; depuis 1958, cette réunion n'intervenait qu'à l'occasion d'une révision de la Constitution, alors qu'auparavant elle avait aussi pour objet l'élection du président de la République. Désormais, elle se tiendra également pour entendre ce dernier, dont la déclaration «peut donner lieu, hors de sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote», ainsi que le prévoit le 2^e alinéa de l'article 18 C. La procédure du message «qu'il fait lire», héritée de la loi de Broglie du 13 mars 1873 et curieusement perpétuée – bien qu'elle fût d'inspiration antirépublicaine – est cependant conservée par le 1^{er} alinéa.

157

V. Droit communautaire et européen. Président de la République. Révision de la Constitution.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. O. Dutheillet de Lamothe, «La Convention européenne et le Conseil constitutionnel», *RIDC*, 2008, p. 293; L. Burgorgue-Larsen, «L'influence de la Convention européenne sur le fonctionnement des cours constitutionnelles», *ibid.*, p. 265; A. Roux, «Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française?», *La Semaine juridique*, 30 juillet, I. 175; C. Lepage, «L'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir», *LPA*, 19-9; Chr. Guettier, «De l'incompétence du Conseil d'État à

l'égard du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 191 ; H. Portelli, « Le règlement du Sénat, l'article 40 de la Constitution et le Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 431 ; Th. S. Renoux, « La doctrine Gicquel : le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel », *ibid.*, p. 437 ; D. Rousseau, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », *ibid.*, p. 465 ; J.-É. Schoettl, « Jusqu'où formaliser la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel ? », *ibid.*, p. 537.

158 – *Rec.* 2007, *Dalloz*, 2008.

– *Chr. RFDC*, 2008, p. 601 ; *RFFP*, n° 103, 2008, p. 201.

– *Notes*. Fl. Chaltiel sous 2008-569 DC, *LPA*, 5-9 ; J.-P. Camby, 2008-566 DC, *ibid.*, 24-9 ; 29 novembre 2007, « AN, Eure-et-Loir, 1^{re} » et « AN, Hauts-de-Seine, 12^e », *RDP*, 2008 p. 1217 ; O. Dord, 2008-564 DC, *AJDA*, 2008, p. 1614 ; B. Maligner, 27 mars 2008, « AN, Rhône, 11^e », *ibid.*, p. 1496 ; H. Mouannès, 2008-567 DC, *LPA*, 7-8.

– *Archives*. En l'absence de texte pertinent, le régime des archives du Conseil avait été pragmatiquement réglé par une décision du 27 juin 2001 portant règlement intérieur (cette *Chronique*, n° 99, p. 204), décision à l'égard de laquelle le Conseil d'État avait décliné sa compétence (CE, 25 octobre 2002, *Brouant*) (cette *Chronique*, n° 105, p. 189). La loi organique 2008-695 promulguée le 15 juillet, qui comble cette lacune en complétant l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil, rend applicables aux archives du Conseil les dispositions de la loi ordinaire sur les archives adoptée le même jour : le délai de consultation est de vingt-cinq ans et la consultation anticipée peut être autorisée avec son accord. Pour apprécier lesdites dispositions, la décision 566 DC du 9 juillet reprend la motivation de l'arrêt *Brouant* en considérant que le régime de ses archives « n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil exerce ses missions » ; il est donc de nature organique et doit respecter son indépendance (v. *ci-dessous*). L'ensemble est déclaré

9-7 2008-566 DC. LO relative aux archives du CC (*JO*, 16-7).
 V. *ci-dessus*.
 2008-567 DC. Loi relative aux contrats de partenariat (*JO*, 29-7).
 V. *Collectivités territoriales. Libertés publiques. Lois et ci-dessous*.

7-8 2008-568 DC. Loi portant rénovation de la démocratie sociale (*JO*, 21-8).
 V. *Loi*.
 2008-569 DC. Loi relative au droit d'accueil pour les élèves (*JO*, 21-8).
 V. *Collectivités territoriales. Libertés publiques et ci-dessous*.

18-9 2008-211 L. Délégation (*JO*, 21-9). V. *Pouvoir réglementaire*.
 2008-212 L. Délégation (*JO*, 21-9). V. *Pouvoir réglementaire*.

conforme, avec une réserve concernant les décrets d'application sur lesquels il exige d'être consulté.

– « *Cour* » ou « *Conseil* » ? À la demande du gouvernement, l'Assemblée nationale a repoussé, en seconde lecture, le 9 juillet, l'amendement Badinter (S) adopté par le Sénat, le 24 juin, favorable à un changement de dénomination, au motif que le Conseil n'est pas qu'une juridiction. Il dispose de pouvoirs consultatifs accrus, en l'occurrence, au titre de l'article 16 C modifié. Mais ces derniers sont accessoires autant qu'exceptionnels.

– *Décisions*. V. *tableau* ci-dessus.

– *Indépendance*. Découlant implicitement de sa mission, l'indépendance du Conseil a été explicitement affirmée, pour la première fois, par la décision 566 DC du 9 juillet sur ses archives : « Il résulte de l'ensemble des dispositions du titre VII de la Constitution que le constituant a entendu garantir l'indépendance du Conseil constitutionnel » (cons. 6). Il complète cette affirmation en constatant, pour apprécier la loi organique dont il est saisi (v. *ci-dessus*), que celle-ci ne porte pas atteinte à son indépendance, « ni au principe de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (cons. 8); la référence à la séparation, courante en matière juridictionnelle (en particulier à l'occasion des validations législatives), s'inscrit ici dans la jurisprudence concernant l'autonomie des pouvoirs publics déjà intervenue en matière budgétaire (456 DC du 27 décembre 2001) (cette *Chronique*, n° 101, p. 147). L'indépendance du Conseil se fonde donc sur sa qualité de

pouvoir public constitutionnel et non de juridiction (qualification d'ailleurs controversée).

– *Logo*. La commémoration du 50^e anniversaire de la Constitution a été à l'origine de l'adoption d'un nouveau logo : une Marianne stylisée. Il a appartenu aux membres de choisir parmi les modèles retenus par le président Debré.

– *Membres de droit*. M. Chirac n'a participé à aucune séance de la période de référence, à l'opposé de M. Giscard d'Estaing, présent, en dehors de celle du 9 juillet (556 DC). Cette catégorie de membres a survécu, par ailleurs, à la révision de 2008; l'Assemblée nationale s'opposant, en seconde lecture, le 9 juillet, à l'amendement Badinter (S)-Portelli (UMP), voté par le Sénat, en première lecture, le 24 juin.

– *Nomination des membres*. Le pouvoir des autorités de nomination est désormais encadré. Un droit de veto est reconnu aux instances parlementaires; le président de la République ne peut procéder, après audition et avis publics, à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission permanente compétente représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente (nouveaux art. 13, al. 5, et 56 C). Le seuil étant manifestement surélevé, la majorité ne pouvant se désolidariser du choix effectué, la vertu de ce dispositif résidera essentiellement dans sa dissuasion, en dehors de l'erreur manifeste d'appréciation difficilement concevable.

– *Nouveaux attributs*. En matière juridictionnelle, l'exception d'inconstitutionnalité, en vérité la question préjudicielle, ressortit à sa compétence, mais sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (art. 61-1 C, rédaction de la LC du 23 juillet 2008). Il en détermine la portée en cas d'inconstitutionnalité (nouvel art. 62, al. 2). Sur saisine du Premier ministre ou du président d'une assemblée, il se prononce sur l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de loi (nouvel art. 39, al. 3 C). Une proposition de loi référendaire lui est

160

En matière consultative, à défaut pour le chef de l'État de renoncer à l'exercice des pouvoirs de crise de l'article 16, le Conseil se prononce, après trente jours d'exercice, sur saisine d'un président d'assemblée ou de 60 députés ou 60 sénateurs. Au-delà de soixante jours, il procède de plein droit à cet examen ou l'autosaisine, cas unique.

Au-delà, le renvoi par la loi de modernisation des institutions à quinze LO, à une dizaine de lois et à de nombreuses modifications des règlements intérieurs des assemblées confèrera au Conseil un rôle déterminant, nonobstant le fait que sa jurisprudence ait été altérée, en matière d'amendement ou de parité, par exemple. Vers un pouvoir constituant *bis* ?

– *Procédure*. Le Conseil constitutionnel a précisé, au bénéfice d'une réserve d'interprétation, l'exercice du droit de grève (569 DC). Les requérants s'appuyant sur une réserve antérieure ont renforcé sa vigilance (567 DC). De la même manière, à propos de ses archives (566 DC), le Conseil a précisé que le renvoi à un décret en Conseil d'État pour fixer des modalités d'application devra donner lieu à sa consultation et à une délibération du conseil des ministres, en appli-

cation de l'article 55 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (cons. 11).

Concernant l'examen de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (568 DC), de manière inédite, à notre connaissance, le président Debré, le rapporteur et des conseillers ont reçu les partenaires sociaux, pour une audition de trente minutes chacun, le 30 juillet (*Le Figaro*, 8-8).

– *Site internet*. À l'occasion du 50^e anniversaire de la Constitution, la présentation du site du Conseil constitutionnel a été renouvelée afin de faciliter l'accessibilité et la navigation entre les rubriques.

V. Collectivités territoriales. Libertés publiques. Lois.

CONSEIL DES MINISTRES

– *Bibliographie*. J.-M. Sauvé, « Le conseil des ministres », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 497.

– *Ordre du jour: partie D*. En réponse à la question de Mme Karamanli (S) (Sarthe), le Premier ministre indique la liste des sujets de discussion inscrits, mentionnés en principe dans le communiqué de presse, pour faire suite à l'initiative du chef de l'État (cette *Chronique*, n° 123, p. 184). « Toutefois, il peut arriver que soit abordée une question dont le gouvernement souhaite débattre en toute confidentialité. » Ainsi, le conseil des ministres peut « redevenir l'enceinte naturelle de la délibération collégiale du gouvernement » (AN, Q, 30-9).

– *Périodicité estivale*. Le conseil a été réuni le 28 juillet, puis le 21 août (cette *Chronique*, n° 124, p. 181).

CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

– *Compétences*. V. *Pétitions*.

– *Composition*. Le nombre de ses membres est figé à 233 (nouvel art. 71 C).

– *Dénomination*. Pour faire suite à une demande présentée lors du Grenelle de l'environnement, l'assemblée du palais d'Iéna intègre l'écologie (nouveau titre XI de la Constitution).

V. *Loi*.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

– *Bibliographie*. J. Gicquel, «Le nouveau Conseil supérieur de la magistrature», *La Semaine juridique*, 30 juillet 2008, I. 176.

– *Compétences*. L'exercice du pouvoir disciplinaire demeure inchangé (art. 65, al. 6 et 7). Le pouvoir de nomination est amélioré, s'agissant des magistrats du parquet, l'avis étant généralisé aux procureurs généraux, dont le choix relevait à ce jour du conseil des ministres (nouvel al. 5). Quant au pouvoir consultatif, il est refoulé : il n'intervient qu'à la demande d'avis formulé par le président de la République ou le garde des Sceaux (al. 8). À la suite du scandale d'Outreau, le CSM pourra être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une LO (al. 10).

– *Composition*. Le président de la République, tout en demeurant garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (art. 64 C), cesse de présider le CSM ; ce qui était déjà la situation en matière disciplinaire, en application du prin-

cipe de la séparation des pouvoirs. À l'unisson, le garde des Sceaux renonce à sa qualité de vice-président. Il lui sera loisible, tout au plus, de participer aux séances consacrées au déroulement de la carrière des magistrats, à titre informatif. La dualité des formations subsiste, selon une composition renouvelée. La présidence est de droit confiée respectivement au premier président de la Cour de cassation, au siège (art. 65, al. 2) et au procureur général près ladite cour, au parquet (al. 3).

Les magistrats y deviennent minoritaires, sauf dans le cadre de la formation disciplinaire (al. 6 et 7). En application du principe de l'unité du corps judiciaire, chaque formation se compose, en outre, de cinq magistrats du siège et un magistrat du siège (et *vice versa*) ; d'un conseiller d'État ; d'un avocat et de six personnalités qualifiées, n'appartenant ni au Parlement ni à la justice, désignées, à parité, selon la procédure encadrée de l'article 13 C nouveau, par le président de la République et chaque président d'assemblée parlementaire. La formation plénière est consacrée, mais sous forme miniaturisée (al. 8)

CONSTITUTION

– *Bibliographie*. *La Constitution de la V^e République. Texte intégral et officiel après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Guaino, 2008 ; *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, 2008 ; Association française de droit constitutionnel, *Cinquantième Anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008 ; Commission des archives constitutionnelles de la V^e République, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. I (4 octobre 1958-30 novembre

1958), vol. II (1^{er} décembre 1958-7 janvier 1959), La Documentation française, 2008; M. Verpeaux, *La Constitution*, Dalloz, 2008; J.-P. Camby, «La Constitution de 1958: les limites inhérentes à l'action des pouvoirs publics», in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 61; J.-L. Pezant, «De la mise en œuvre des Constitutions: l'exception française», *ibid.*, p. 409.

– *Bon emploi des deniers publics*. Cette «exigence de valeur constitutionnelle» découle, selon le Conseil constitutionnel, des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 (567 DC).

V. Révision de la Constitution.

COUR DES COMPTES

– *Rôle constitutionnel*. Le nouvel article 47-2 (rédaction de la LC du 23 juillet 2008) l'étend à l'«évaluation des politiques publiques». Au surplus, «par ses rapports, elle contribue à l'information des citoyens», au moment même où les orientations pluriannuelles des finances publiques «s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques» (nouvel art. 34, al. 5).

DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

– *Bibliographie*. G. Canivet, «Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux», in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 73; L. Dubouis, «L'intrusion du CDI dans le droit de la fonction publique ou l'art de transposer les directives communautaires», *ibid.*, p. 175; J. Rossetto, «L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France», *ibid.*, p. 447;

J. Waline, «Le rejet par la France de la Constitution européenne», *ibid.*, p. 611; J. Dutheil de la Rochère, «Le traité de Lisbonne», *Regards sur l'actualité*, n°342, juillet, La Documentation française, 2008, p. 59; J. Rideau, «La place de l'Europe dans la révision constitutionnelle», *La Semaine juridique*, I. 178.

– *Chr.* Jurisprudence CEDH, 2007, RDP, 2008, p. 937.

– *Traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne*. La procédure d'autorisation de ratification est dédoublée, aux termes du nouvel article 88-5 C («l'article turc»): soit le recours au référendum; soit le vote du Congrès du Parlement, d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée, à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés.

– *Recours parlementaire devant la Cour de justice de l'Union européenne*. À la demande de 60 députés ou de 60 sénateurs, le recours est de droit, en cas de violation du principe de subsidiarité (nouvel art. 88-6 C) (cette *Chronique*, n°126, p. 215).

V. *Assemblée nationale. Commissions. Référendum. Sénat.*

DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*; B. Chantebout, «Sur la coutume. Deux contes et un proverbe», *ibid.*, p. 107; J.-Cl. Colliard, «Le droit constitutionnel d'André Hauriou», *ibid.*, p. 135; P. Jan, «Les séparations du pouvoir», *ibid.*, p. 255; D.G. Lavroff, «Réflexions sur la notion de gouvernement modéré», *ibid.*, p. 305; S. Milacic,

« L'État de droit pour quoi faire ? », *ibid.*, p. 375 ; J.-Cl. Acquaviva, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 11^e éd., Gualino, « Memento », 2008 ; A.-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Economica, 2008 ; J.-Cl. Zarka, *Introduction au droit constitutionnel*, 3^e éd., Ellipses, 2008 ; M. Verpeaux, « Les principes en droit constitutionnel », in *Les Principes en droit*, Economica, 2008, p. 149.

DROIT D'OUTRE-MER

– *Adaptation*. Trois ordonnances du 28 août (2008-858, 859 et 860), prises en application de la loi du 21 février 2007 (art. 38 C) (cette *Chronique*, n° 122, p. 206) ont été publiées (*JO*, 29-8).

DROIT PARLEMENTAIRE

– *Intégration constitutionnelle*. La LC du 23 juillet fait entrer dans la Constitution des institutions traditionnelles du droit parlementaire qu'elle ignorait jusque-là, tels les commissions d'enquête, la conférence des présidents et les groupes.

ÉLECTIONS

– *Bibliographie*. A. Levade, « La démocratie en mutation ? Brève chronique d'une année électorale française », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 329.

– *Droit local alsacien-mosellan et professions de foi bilingues*. À propos de cet usage non prévu par le Code électoral dans les départements recouverts en 1918, la ministre de l'Intérieur précise que l'affichage en allemand était de plus en plus abandonné. La suppression a été décidée par une circulaire aux préfets en date du 4 janvier 2008. Désormais, une

seule circulaire électorale par candidat pourra être acheminée par la commission de propagande et remboursée dans le cadre des dépenses de propagande. La présence de mentions en allemand dans la circulaire ou l'affiche demeure possible dès lors qu'y figure leur traduction en français. Au reste, « le principe d'égalité entre les candidats s'oppose à ce que les candidats de certains départements bénéficient d'une prise en charge d'un nombre de documents supérieurs à celui des autres départements » (AN, Q, 19-8).

– *Financement d'une campagne électorale*. Aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à un candidat, précise la ministre de l'Intérieur, de contracter un emprunt auprès d'une personne physique à cette fin, hormis le cas de la campagne présidentielle (art. 2 de la LO du 5 février 2001). L'emprunt peut être souscrit avec ou sans intérêt. Seuls les intérêts payés avant la date limite du dépôt du compte de campagne peuvent figurer dans les dépenses remboursables. Par ailleurs, l'article L 52-8 du Code électoral prohibe les dons desdites personnes supérieurs à 4600 euros par donateur et pour une même élection. En conséquence, si le montant du prêt dépasse cette somme, la CFPP est appelée à vérifier le remboursement effectif de l'emprunt afin de s'assurer que ce dernier n'a pas été transformé en don illicite. À défaut, la CFPP peut transmettre le dossier au parquet (art. L 52-15) (AN, Q, 26-8).

– *Liste électorale*. Un électeur radié de la liste électorale d'une commune, à la requête d'un tiers, peut demander au TI compétent de prononcer son inscription, et ce, même si la révision des listes électorales est close (C. cass., civ.

2^e ch. 9 mars 2001) indique la ministre de l'Intérieur (AN, Q, 29-7).

ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

– *Élection partielle*. M. Gorges (UMP) a ravi le siège au Ps, le 14 septembre (Eure-et-Loir, 1^{re}) (cette *Chronique*, n° 126, p. 194).

– *Parité*. Aux élections législatives de 2007, 6 915 candidats sont entrés en lice, dont 44 % de femmes, indique la ministre de l'Intérieur : l'UMP en a présenté 26 % ; le Ps 45 % ; le PCF 46 % ; le FN 49 % ; tandis que Lutte ouvrière et Chasse, pêche, nature et traditions atteignent la barre des 50 %. Concernant les élues (101), soit 18 %, sont présentes au Palais-Bourbon : 14 % à l'UMP ; 26 au Ps ; 18 au PCF, 25 chez les Verts et 50 au PRG (AN, Q, 26-8).

V. *Assemblée nationale. Partis politiques*.

ÉLECTIONS LOCALES

– *Bibliographie*. B. Dolez et A. Laurent, « Les élections municipales des 9 et 16 mars 2008 : des élections intermédiaires d'un nouveau genre », *Regards sur l'actualité*, n° 342, juillet, La Documentation française, p. 68 ; P. Martin, « Les élections cantonales des 9 et 16 mars 2008 », *ibid.*, p. 78 ; D. Caroli, « Divorce ou décalage ? Retour sur les élections locales du printemps 2008 », *Commentaire*, n° 123, 2008, p. 807.

– *Élus communautaires*. Aux élections de mars 2008, on dénombre 1 198 ressortissants de l'Union européenne élus dans les communes de moins de 3 500 habitants et 239 dans celles de plus de 3 500 habitants, soit un total de 1 437.

Un tableau par département est inséré (AN, Q, 15-7).

– *Résultats*. La ministre de l'Intérieur dresse par département les communes de plus de 30 000 habitants, et comprises entre 9 000 et 30 000 habitants gagnées et perdues par nuance politique de la tête de liste (AN, Q, 17-7).

ÉLECTIONS SÉNATORIALES

– *Collège électoral*. « Les membres du Parlement européen élus en France le sont en tant que représentants des citoyens de l'Union européenne résidant en France », selon le Conseil constitutionnel (468 DC). Ils ne possèdent pas la qualité d'électeur sénatorial, selon la ministre de l'Intérieur. « Le Parlement européen appartient à l'ordre juridique communautaire [...] n'a pas vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale » (AN, Q, 9-9). Les conseillers municipaux qui ne possèdent pas la nationalité française se trouvent dans la même situation (art. LO 286-1 du Code électoral) (*ibid.*).

– *Répartition politique des communes de plus de 3 500 habitants*. En vue du renouvellement, la ministre de l'Intérieur indique cette répartition dans les départements concernés, à partir des résultats des élections municipales de 2001 et de 2008 (AN, Q, 16-9).

– *Résultats*. Pour la dernière fois, selon le rythme triennal (cette *Chronique*, n° 112, p. 197), la Haute Assemblée a été renouvelée, le 21 septembre.

I. La série A, dont le mandat des membres avait été prorogé par la LO du 15 décembre 2005, était concernée (cette *Chronique*, n° 127, p. 198). Avec la créa-

tion de 12 sièges, 114 étaient à pourvoir, au total: 74 au scrutin majoritaire et 40 à la RR par 50 720 grands électeurs, dont 48 453 délégués des conseils municipaux. L'île de Saint-Barthélemy dispose du collège le plus modeste (19), suivie de ceux de Wallis-et-Futuna (21) et de Saint-Martin (23). Le rêve...

II. Le Ps a remporté cette élection, avec un gain de 21 sièges, conséquence quasi mécanique de ses succès aux élections municipales de l'année écoulée (cette *Chronique*, n° 126, p. 194), tandis que l'UMP renonçait à 9 sièges. Le Parti communiste reste stable avec 23 sièges; l'Union centriste (29) en perd un. La RDSE accueille 15 élus (*Le Monde*, 23-9).

III. Autre aspect significatif, la féminisation du scrutin: 18 sénatrices ont été élues, soit un nombre de 75 sur un effectif de 343 membres ou 21,8 % contre 18,5 % à l'Assemblée nationale. Sans doute, la RP n'y est pas étrangère, mais on relève que le scrutin majoritaire y a également contribué (Ain; Allier; Aveyron; Charente; Corrèze; Côtes-d'Armor, notamment). Une élue, d'origine maghrébine (Mme Ghali) (S) (Bouches-du-Rhône) en rejoint deux autres, élues en 2004.

IV. Le rajeunissement progresse avec M. Tuheiva (Polynésie française) (S), 34 ans. Tel père, tel fils, M. Serge Dassault (Essonne) (UMP) devient, à 83 ans, le doyen d'âge; Mme Brisepierre (Français de l'étranger) (UMP), 91 ans, n'ayant pas sollicité le renouvellement de son mandat.

V. Une députée (Mme des Esgaulx) (Gironde) (UMP) rejoint le Sénat à l'inverse de M. Roustan (Gard) (UMP) qui a échoué dans sa démarche.

VI. Par ailleurs, le Sénat accueille, selon la pratique observée, d'anciens ministres: MM. Chevènement (Belfort); Hervé (Ille-et-Vilaine); Teulade (Corrèze) et Patriat (Côte-d'Or). En revanche, certains ne sont pas parvenus à leur fin: MM. Millon (Ain); Godfrain (Aveyron) et Léon Bertrand (Guyane), à l'égal d'anciens députés: MM. Paillé (Français de l'étranger) et de Roux (Charente-Maritime).

VII. En dernière analyse, M. Magras (Saint-Barthélemy) (UMP) était candidat unique (*Le Monde*, 23-9). Quant à M. Ackermann (Belfort) (S), il n'aura été sénateur que trois semaines, après avoir succédé, le 8 septembre, à Michel Dreyfus-Schmidt décédé.

165

V. *Sénat. Session extraordinaire.*

GOUVERNEMENT

– *Bibliographie.* M. Lascombe, «Le gouvernement et la révision constitutionnelle: un oublié très présent», *La Semaine juridique*, 30 juillet 2008, I. 173; J. Massot, «Le gouvernement, un simple exécutant?» in *La Constitution de la V^e République*, La Documentation française, 2008, p. 75; J. Chevallier, *L'Administration subordonnée?* *ibid.*, p. 87.

– *Autorisation.* Première application de la révision du 23 juillet, le gouvernement a soumis au Parlement, réuni en session extraordinaire, le 22 septembre, la prolongation de l'intervention des forces armées en Afghanistan (nouvel art. 35, al. 2 C) (cette *Chronique*, n° 101, p. 137). L'Assemblée a voté le maintien des troupes françaises par 343 voix contre 210 et le Sénat par 209 voix contre 119 (*Le Monde*, 24-9) (v. *Président de la République*).

– *Comité économique*. En prélude au conseil des ministres de la rentrée, le Premier ministre a réuni, le 18 août, autour de Mme Lagarde et de M. Woerth, leurs secrétaires d'État (*Le Monde*, 20-8).

– *Inspections générales*. Un tableau relatif à la désignation de ses membres dans les ministères est présenté par le Premier ministre (AN, Q, 16-9).

– *Organisation de l'administration départementale de l'État*. Une circulaire du Premier ministre, en date du 7 juillet (JO, 9-7), en détermine les modalités, partant du principe que «le niveau régional est le niveau de pilotage de droit commun des politiques publiques de l'État sur le territoire».

V. *Collectivités territoriales. Habilitation législative. Ministres. Premier ministre. Président de la République*.

GROUPES

– *Réception constitutionnelle et prérogatives*. Le nouvel article 51-1 C, qui dispose que «le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires», introduit à cette occasion une discrimination qu'avait censurée le Conseil constitutionnel (534 DC du 22 juin 2006; cette *Chronique*, n° 119, p. 157) en prévoyant la reconnaissance de «droits spécifiques aux groupes de l'opposition de l'assemblée concernée ainsi qu'aux groupes minoritaires». Ainsi trois catégories de groupes sont déterminées, dont seul celui de la majorité relève du droit commun parlementaire...

À ce titre, l'article 48 C, alinéa 5 réserve un jour de séance par mois à l'initiative des groupes d'opposition

de l'assemblée concernée et à celle des groupes minoritaires.

– *Rencontre présidentielle*. Les députés UMP ont été reçus à l'Élysée, le 15 juillet, où le chef de l'État les a exhortés à voter massivement la révision constitutionnelle: «chaque voix négative de la majorité comptera triple» (BQ, 16-7).

V. *Majorité, Opposition, Ordre du jour*.

HABILITATION LÉGISLATIVE

– *Ordonnances ultra-marines (art. 74-1 C)*. La révision constitutionnelle étend leur champ d'application. Il est loisible au gouvernement «d'adapter les dispositions législatives en vigueur à l'organisation particulière» des collectivités intéressées.

– *Ratification expresse*. Seul ce mode de ratification des ordonnances est désormais admis, à la suite de la révision de 2008 (nouvelle rédaction de l'art. 38, al. 2 C).

V. *Collectivités territoriales. Gouvernement*.

IRRECEVABILITÉS

– *Bibliographie*. H. Portelli, «Le règlement du Sénat, l'article 40 de la Constitution et le Conseil constitutionnel», in *Mélanges Jean Gicquel, op. cit.*, p. 431.

– *Article 41 C*. La nouvelle rédaction de l'article 41 ouvre au président de chaque assemblée la prérogative jusque-là réservée au gouvernement d'opposer l'irrecevabilité aux propositions et amendements étrangers au domaine de la loi ou contraires à une habilitation de l'article 38 C, le renvoi au Conseil

constitutionnel d'un éventuel désaccord entre eux restant inchangé. On peut conjecturer que les motifs de la relative désuétude de cette irrecevabilité n'en seront pas affectés.

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie.* J.-P. Costa, « La CEDH est-elle une cour constitutionnelle ? », in *Mélanges Jean Gicquel, op. cit.*, p. 145 ; M. Guillaume, « Amnistie et grâce : ordre, contrordre, désordre », *ibid.*, p. 215 ; A. Haquet, « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », *ibid.*, p. 233 ; F. Mélin-Soucramanien, « Les limites de l'Empire des droits. L'exemple de la non-discrimination à raison du handicap », *ibid.*, p. 365 ; H. Roussillon, « Éloge de la démocratie réactive », *ibid.*, p. 475 ; D. Turpin, « Démocratie représentative et démocratie participative », *ibid.*, p. 565 ; X. Vandendriessche, « Démocratie participative et légitimité : quelques interrogations », *ibid.*, p. 581 ; M. de Villiers, « L'avenir incertain du principe de dignité », *ibid.*, p. 603 ; « L'influence de la CEDH sur les cours suprêmes », présentation, J.-M. Sauvé, *RIDC*, 2008, p. 239 ; Y. Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *RDP*, 2008, p. 680 ; F. Melleray, « Quel avenir pour les corps universitaires ? Brèves remarques sur les évolutions prévisibles de la condition des universitaires », *ibid.*, p. 701 ; M. Mathieu, « Faculté de droit et réforme universitaire au XIX^e siècle : la conquête d'un statut », *ibid.*, p. 999 ; P. Mbongo, « Liberté et interdits dans la communication politique », *LPA*, 17-9 ; B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *La Semaine juridique*, 30 juillet 2008, I. 177 ; D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit

européen des droits de l'homme », *D*, 2008, p. 1840 ; G. Canivet, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », *Mélanges Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 213.

– *Défenseur des droits.* Sur le modèle espagnol, un nouveau protecteur des droits a été créé par la révision de 2008 (titre XI *bis* de la Constitution). Une LO déterminera les conditions de sa saisine, ses attributions et ses modalités d'intervention (art. 71-1 C).

– *Droit d'accueil des enfants scolarisés dans les écoles maternelles et élémentaires.* 167
Annoncée par le chef de l'État (cette *Chronique*, n° 127, p. 196), la loi 2008-790 du 20 août a été promulguée (*JO*, 21-8), après déclaration de conformité du Conseil constitutionnel (569 DC). Outre son application aux écoles privées sous contrat, les élèves sont accueillis « pendant le temps scolaire pour y suivre les enseignements prévus par les programmes » (nouvel art. L 133-1 du Code de l'éducation).

– *Droit d'asile.* Un décret 2008-702 du 15 juillet en précise l'exercice, au vu notamment de la directive communautaire du 1^{er} décembre 2005 (*JO*, 17-7).

– *Droit de grève.* Il revêt un caractère personnel a précisé, à toutes fins utiles, le Conseil constitutionnel (569 DC). Un accord entre l'État et les syndicats relatif aux déclarations préalables portées à la connaissance de l'autorité administrative ne saurait aboutir à ce que cette transmission soit assurée par ceux-ci, « ni avoir pour effet d'entraver la liberté de chaque enseignant de décider personnellement de participer ou non à la grève » (cons. 17).

– *Droit de grève et continuité du service public.* À l'unisson de sa décision 556 DC (« Service minimum dans les transports terrestres ») (cette *Chronique*, n° 124, p. 185), le Conseil constitutionnel a jugé que la création d'un droit d'accueil des enfants scolarisés dans les écoles maternelles ou élémentaires, publiques ou privées sous contrat, trouve son fondement dans la continuité du service public. Le législateur a opéré la nécessaire conciliation avec l'exercice du droit de grève, entre deux principes de valeur constitutionnelle (cons. 7 et 8).

168 Un préavis de grève ne peut être déposé qu'à l'issue d'une négociation préalable entre l'État et les organisations syndicales. Une déclaration est portée à la connaissance de l'autorité administrative, au plus tard 48 heures avant le début de la grève. Dès lors qu'au moins 25 % d'enseignants participent à cette dernière, le maire met en place le service d'accueil (nouvel art. L 133-2 et 133-4 du Code de l'éducation modifié).

– *Égalité des sexes et port de la burqa.* Le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 27 juin (*Faiza M.*), a justifié le refus d'accorder la nationalité française à une femme d'origine marocaine, mariée à un Français, « qui a adopté, au nom d'une pratique radicale de sa religion, un comportement en société incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment le principe de l'égalité des sexes » (*Le Monde*, 15-7).

– *Égalité devant le suffrage.* Consécration tardive d'un engagement de François Mitterrand en 1981, les Français établis hors de France seront représentés dorénavant à l'Assemblée nationale. Le Sénat renonce à son privilège (nou-

vel art. 24 C, rédaction de la LC du 23 juillet).

– *Égalité devant les commandes publiques.* Le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer sur cette modalité du principe-gigogne, à propos des contrats de partenariat (567 DC) (cette *Chronique*, n° 113, p. 232). La généralisation de ceux-ci, au motif d'urgence, a été censurée, en ce qu'elle portait atteinte à ladite égalité, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics (cons. 14 et 25).

– « *Initiative citoyenne* ». V. *Président de la République*.

– *Liberté d'association.* Le Premier ministre indique la liste des 75 fondations et associations subventionnées par ses services : montant de la subvention et de la réserve parlementaire, le cas échéant. En application de la circulaire du 24 décembre 2002, ces subventions visent « les actions en faveur des droits de l'homme et du développement de la citoyenneté » (AN, Q, 8-7).

– *Liberté, pluralisme et indépendance des médias.* V. *Loi*.

– *Parité.* À rebours de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (18 janvier 2002, *Modernisation sociale*) (cette *Chronique*, n° 102, p. 158), la loi favorise désormais l'égal accès des femmes et des hommes « aux responsabilités professionnelles et sociales » (nouvel art. 1^{er} C, rédaction de la LC du 23 juillet).

V. *Collectivités territoriales. Conseil constitutionnel. Élections législatives.*

LOI

– *Bibliographie.* Ch.-Éd. Sénac, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, 2008, p. 1081; M. Bouvier, « Programmation pluriannuelle et équilibre des finances publiques: les conditions du succès », *RFFP*, n° 103, 2008, p. 3; B. Mathieu, « La qualité du travail parlementaire: une exigence constitutionnelle », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 355; G. Drago, « Le Parlement et les traités internationaux. Considérations sur l'autorisation parlementaire de ratification des engagements internationaux », *ibid.*, p. 157; J.-P. Camby, « La désacralisation de la loi », in *La Constitution de la V^e République*, La Documentation française, 2008, p. 107.

– *Abrogation.* Une disposition déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel (nouvel art. 61-1 C) est abrogée à compter de la publication de sa décision. Ce dernier en détermine les effets (nouvel art. 62, al. 2).

– *Champ d'application.* Le domaine de la loi ordinaire a été élargi par la révision de 2008 « à la liberté, au pluralisme et à l'indépendance des médias », à titre illustratif.

– *Incompétence négative et liberté contractuelle.* Le législateur aurait dû préciser les conditions de la négociation collective à laquelle il renvoyait la détermination du repos compensateur des heures supplémentaires, dès lors qu'il supprimait l'encadrement actuel de celui-ci, estime la décision 568 DC du 7 août; d'autre part, elle soulève d'office la suppression des clauses des conventions en cours prévue par le même article 18 de la loi portant rénova-

tion de la démocratie sociale et réforme du temps de travail: cette atteinte à la liberté contractuelle n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant comme l'exige la jurisprudence. La loi 2008-789 du 20 août portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a été promulguée (*JO*, 21-8).

– *Intelligibilité et accessibilité.* Le législateur doit « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » a rappelé le Conseil constitutionnel, à propos de la loi relative aux contrats de partenariat (567 DC). Pour l'avoir ignoré, l'article 16 a été censuré (cons. 40). La loi 2008-735 du 28 juillet a été promulguée, sur ces entrefaites (*JO*, 29-7).

– *Lois de programmation.* Elles se substituent aux lois de programme. Leur champ d'application est généralisé, à rebours de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (512 DC), en ce qu'elles « déterminent les objectifs de l'action de l'État » (nouvel art. 34, al. 4 C). Elles définissent, en particulier, « les orientations pluriannuelles des finances publiques. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques » (al. 5). Le CESE peut être consulté (art. 70 C).

– *Lois votées en début de législature.* « Le volontarisme politique », selon le secrétaire d'État chargé des relations avec le Parlement se manifeste: au cours de la première année des X^e (1993); XI^e (1997) et XII^e législatures (2002), 43, 30 et 44 lois ont été respectivement adoptées. Au 30 juin 2008, 84 textes l'ont été par la XIII^e législature ouverte l'année précédente (AN, Q, 15-7).

– *Présentation.* Une LO en fixe les conditions (impact, entre autres), s'agissant des projets de loi (nouvel art. 39, al. 3 C). La conférence des présidents peut, sur ce fondement, s'opposer à son inscription à l'ordre du jour. En cas de désaccord avec le gouvernement, le CC se prononce (al. 4).

– *Projet et proposition « caméléons ».* De nature référendaire à l'origine, ils peuvent devenir parlementaires : à preuve, le projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion à l'Union européenne (nouvel art. 88-5 C) et la proposition de loi référendaire examinée par le Parlement (nouvel art. 11, al. 4 C).

– *Promulgation.* Trois lois du 1^{er} août ont été promulguées au Lavandou (Var), lieu de vacances du chef de l'État : responsabilité environnementale (2008-757), droits et devoirs des demandeurs d'emploi (2008-758) et règlement des comptes pour l'année 2007 (2008-759) (JO, 2-8).

– *Propositions.* Outre le bénéfice de l'expertise du Conseil d'État (nouvel art. 39, al. 5 C), en matière référendaire, la saisine obligatoire du Conseil constitutionnel (nouvel art. 11, al. 4) se présente.

LOI DE FINANCEMENT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

V. Responsabilité du gouvernement.

LOI DE FINANCES

– *Bibliographie.* A. Mangiavillano, « L'injusticiabilité des lois de finances », *RFFP*, n° 103, 2008, p. 133 ; V. Dussart, « L'exécution de la loi de finances pour 2007 », *ibid.*, p. 159.

V. *Conseil constitutionnel. Cour des comptes. Loi. Loi organique. Responsabilité du gouvernement.*

MAJORITÉ

– *Réception à l'Élysée.* Les parlementaires de la majorité, auxquels s'étaient joints des radicaux de gauche, qui avaient voté en faveur de la révision constitutionnelle ont été reçus à l'Élysée le 23 juillet. Le chef de l'État s'est d'ailleurs félicité que l'UMP n'ait pris aucune sanction à l'encontre des sept parlementaires qui avaient voté contre. « La démocratie souffre d'une opposition sectaire et d'un certain esprit de clan », a-t-il ajouté en exprimant son « respect » pour M. Jack Lang, seul parlementaire socialiste à avoir voté la révision (BQ, 24-7).

V. Congrès du Parlement. Opposition.

MINISTRES

– « *Évaluation et entretien de gestion* ». Au nom du « renforcement de l'efficacité et de la crédibilité de l'action politique », selon le Premier ministre répondant à une question écrite, l'action des ministères est soumise à évaluation sur la base de critères chiffrés, suivant sa communication au Conseil des ministres, le 8 novembre 2007. « À cette fin, des tableaux de suivi et de pilotage des priorités ont été élaborés », après consultation d'un cabinet privé. Les entretiens de gestion ont concerné les seuls ministres de plein exercice à partir de fin août (v. *Le Monde*, 5-9).

Selon M. Fillon, « il s'est agi de vérifier que les objectifs contenus dans les lettres de mission sont tenus et suivre la mise en œuvre des réformes de la RGPP » (AN, Q, 30-9).

– *Retour au Parlement.* Le projet de LC du président Giscard d'Estaing, jadis écarté de l'ordre du jour du Congrès, ressuscite : le nouvel article 25, al. 2 C, prévoit le retour automatique des anciens ministres dans leur assemblée d'origine. À ce compte, la suppléance parlementaire a cessé d'être une question maudite après le double échec de 1974 et de 1977.

– *Solidarité.* Nonobstant les mises en garde du chef de l'État et du Premier ministre (cette *Chronique*, n° 126, p. 210), des différends ont surgi entre les membres du gouvernement. Mme Lagarde, ayant évoqué une réforme de l'Isf, a été démentie sur-le-champ par M. Fillon, le 1^{er} septembre (*Le Figaro*, 2-9). M. Morin a mis en cause le fichier informatisé de renseignements (« Edvige »), tandis que M. Borloo réclamait une mission d'information parlementaire afin d'apporter des « garanties supplémentaires ». Mme Alliot-Marie a réagi le 7 septembre, recevant le lendemain l'appui du Premier ministre (*ibid.*, 8 et 9-9).

Le bonus-malus écologique de M. Borloo et de Mme Kosciusko-Morizet a été refusé par M. Fillon, le 18 septembre, avant que les intéressés ne soient convoqués le lendemain par le chef de l'État (*ibid.*, 19 et 20-9).

V. Collectivités territoriales. Gouvernement. Habilitation générale. Président de la République. Responsabilité du gouvernement.

MISSION D'INFORMATION

– *Article 145 RAN.* La mission d'information sur la révision des lois bioéthiques, créée le 19 juin par la conférence des présidents sur la proposition du président Accoyer, a élu président M. Jean Leonetti

(UMP) et M. Alain Clayes (S) rapporteur (*BQ*, 23-7).

OPPOSITION

– *Notion.* La notion d'opposition, telle qu'elle résulte de l'article 51-1 C, ne se définit pas par rapport au gouvernement mais par rapport à la majorité de l'assemblée concernée, c'est-à-dire pratiquement du Sénat lorsque celui-ci est hostile au gouvernement, puisque la majorité de l'Assemblée nationale soutient nécessairement celui-ci.

V. Groupes. Majorité. Ordre du jour. 171

ORDRE DU JOUR

– *Bibliographie.* J.-L. Héryn, « Une procédure spécifique au Sénat : la discussion immédiate ou le train de sénateur à grande vitesse », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 245.

– *Conditions.* Selon l'article 39 C nouveau, la conférence des présidents de la première assemblée saisie peut s'opposer à l'inscription à l'ordre du jour des projets de loi dont elle constate qu'ils ont méconnu les règles fixées par la loi organique prévue par ledit article pour leur présentation ; en cas de désaccord, le Conseil constitutionnel statue dans les huit jours.

– *Délai d'inscription.* La nouvelle rédaction de l'article 42 C, alinéas 3 et 4 dispose qu'en première lecture la discussion en séance d'un projet ou d'une proposition ne peut intervenir devant la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de six semaines et de quatre semaines à compter de la transmission à la seconde assemblée (sauf en cas de procédure accélérée – nouvelle appellation

de l'urgence – et pour les lois de finances et de financement de la sécurité sociale ou les projets relatifs aux états de crise).

– *Partage de l'ordre du jour*. La nouvelle rédaction de l'article 48 C supprime la priorité générale du gouvernement à laquelle est substitué un partage: deux semaines sur quatre sont réservées au gouvernement et deux semaines aux assemblées, dont une au contrôle de l'action du gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques; le gouvernement peut cependant demander la priorité pour les lois de finances, de financement de la sécurité sociale, etc.

V. *Délais d'inscription* ci-dessus.

V. *Bicamérisme. Groupes. Loi*.

PARLEMENT

– *Bibliographie*. G. Carcassonne, « Que reste-t-il du parlementarisme rationalisé? », in *La Constitution de la V^e République*, La Documentation française, 2008, p. 97; X. Vandendriessche, « Une revalorisation parlementaire à principes constitutionnels constants », *La Semaine juridique*, 30 juillet 2008, I. 174.

– *Missions*. De manière inédite, suivant une préconisation du comité Vedel, en 1993, le nouvel article 24 C, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction de la LC du 23 juillet 2008 dispose: « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du gouvernement. Il évalue les politiques publiques. »

– *Présidents des assemblées*. La révision de 2008 accroît leurs compétences: saisine du Conseil constitutionnel après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels (nouvel art. 16, al. 6 C); ou au titre de l'exception d'irrecevabilité de l'article 41 C, en cas de désac-

cord du gouvernement, sachant qu'au préalable ils ont eu la possibilité de la soulever; ou en cas de non-respect de la présentation d'un projet de loi (nouvel art. 39, al. 3 C); soumission pour avis au Conseil d'État, sauf opposition de son auteur, d'une proposition de loi (nouvel art. 39, al. 4); en dernier lieu, au terme d'une démarche conjointe, convocation d'une CMP relative à une proposition de loi (nouvel art. 45, al. 2). En revanche, leur pouvoir est encadré, s'agissant de la nomination de membres du Conseil constitutionnel et du Conseil supérieur de la magistrature (art. 13, 56 et 65 C).

– *Suppléance parlementaire*. V. *Ministres*.

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations*. Trois sénateurs ont été chargés d'une mission: Mmes Briseperrière (Français de l'étranger) (UMP) auprès du ministre des Affaires étrangères (décret du 7 juillet) (JO, 8-7), bien que ne sollicitant le renouvellement de son mandat, le 21 septembre, et Keller (Bas-Rhin) (UMP), une mission conjointe à l'écologie et à l'économie (décret du 25 septembre) (JO, 27-9), et M. Fouché (Vienne) (UMP) également à l'économie (*ibid.*), comme M. Charié, député (Loiret) (UMP) (décret du 1^{er} septembre) (JO, 2-9).

PARTIS POLITIQUES

– *Bibliographie*. Chr. Bidégaray et Cl. Émeri, « Entre droit politique et droit des affaires: les partis politiques en quête d'un statut », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 43.

– *Aide publique*. Le décret 2008-701 du 15 juillet modifie celui du 15 mai 2008 (2008-465) concernant la première frac-

tion pour cette année, compte tenu de la loi sur la parité (JO, 17-7).

Un tableau détermine pour chacun d'entre eux, au titre des élections législatives de 2007, le nombre de ses candidats ayant obtenu 1 % et plus et moins de 1 % (AN, Q, 26-8). Dans le même ordre d'idées, 8 partis n'ont pu bénéficier de ce dispositif; leurs candidats n'ayant pas atteint plus de 1 % des suffrages exprimés dans 50 circonscriptions (Mouvement national républicain; Génération Écologie; Parti des travailleurs, entre autres) (*ibid.*) (v. *Libertés publiques*).

– *Intervention présidentielle*. C'est devant le conseil national de l'UMP que le président Sarkozy, qu'entouraient les présidents de la Commission et du Parlement européen, MM. Barroso et Pöhl, s'est exprimé le 5 juillet à l'occasion du début de la présidence française de l'Union européenne (*Le Monde*, 8-7).

– *Pluralisme*. Le 3^e alinéa ajouté à l'article 4 C déclare que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la nation ».

V. Assemblée nationale.

PÉTITIONS

– *Domaine*. Le Conseil économique, social et environnemental peut être saisi par cette voie dans les conditions fixées par une LO. « Après examen, il fait connaître au gouvernement et au Parlement les suites qu'il propose d'y donner » (nouvel art. 69 C).

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Délégation*. Le nombre de représentants de chacune des catégories

de membres du Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire, autres que parlementaires (art. 23 de la loi du 13 juin 2006), a un caractère réglementaire, dès lors qu'il ne met en cause ni les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement (art. 34 C), ni la Charte de l'environnement, a jugé le Conseil constitutionnel (2008-211 L). Il en est de même à propos d'une compétence consultative donnée au Haut Conseil du secteur public et au Haut Conseil du secteur financier qui n'affecte pas les nationalisations d'entreprises visées à l'article 34 C (2008-212 L).

173

V. Collectivités territoriales. Conseil constitutionnel.

PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie*. R. Bacqué, *L'Enfer de Matignon*, Albin Michel, 2008.

– *Autorité*. Sur Europe 1, le 1^{er} septembre, M. Fillon a réagi à la création du « septuor » (cette *Chronique*, n° 127, p. 196) : « Le président de la République reçoit qui il veut, le premier ministre reçoit qui il veut, ce que je conseille simplement à ceux qui se rendent à ces rendez-vous, c'est d'éviter une trop grande publicité parce que ce n'est pas sain pour le fonctionnement du gouvernement. » D'autant que... ces ministres « n'échappent pas à l'autorité du Premier ministre, notamment dans les arbitrages budgétaires ». « J'ai dit au président que je désapprouvais, mais c'est lui qui décide », précisa-t-il ultérieurement. En réaction, le chef de l'État demandera aux membres du « G7 » d'être ses « messagers », de porter la bonne parole : « N'hésitez pas à dire que vous êtes mes proches » (*Le Figaro*, 2 et 6/7-9).

– *Fin du domaine réservé?* Devant la conférence des ambassadeurs, le 28 août, le premier ministre les a invités à prendre en considération « le changement institutionnel considérable » découlant de la révision constitutionnelle : « Désormais, le domaine réservé n'est plus d'actualité [...] Il faut considérer dorénavant le Parlement comme l'un des acteurs de notre diplomatie » (*Le Figaro*, 30-8).

– *Immeubles historiques.* Les services du Premier ministre occupent à Paris divers immeubles domaniaux présentant un intérêt historique ou artistique. La liste est dressée (AN, Q, 26-8).

– *Parc automobile.* Le Premier ministre indique à M. Dosière (Aisne) (S) le mouvement enregistré, en 2007, entre cessions et achats (AN, Q, 22-7).

– « *Révolution tranquille* ». Lors d'un déjeuner réunissant les parlementaires UMP à Matignon, le 9 juillet, M. Fillon a affirmé : « En un an, on a débloqué la France [...] Nous avons ensemble la fierté d'avoir accompli ce qu'on pourrait appeler une révolution tranquille » (*Le Figaro*, 10-7).

V. *Gouvernement. Libertés publiques. Président de la République. Responsabilité du gouvernement.*

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie.* F. Bottini, *La Protection des décideurs publics face au droit pénal*, préface de G. Lebreton, LGDJ, 2008; G. Bergounous, « La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible? Réflexion sur une exception française », in *Mélanges Jean Gicquel, op. cit.*, p. 25; J. Gicquel, « Un président qui gouverne », in

La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire, La Documentation française, 2008, p. 65; A. Vidal-Naquet, « Un président de la République plus encadré », *La Semaine juridique*, 30 juillet 2008, I. 172; R. Badinter, « Non à l'hyperprésident », *Le Monde*, 20/21-7; N. Sarkozy, « La Russie doit se retirer de Géorgie », *Le Figaro*, 18-8.

– *Ancien président.* Le TA de Paris a condamné, le 14 mai, l'État à verser une indemnité aux enfants de l'écrivain Jean-Édern Hallier et à son frère pour préjudice consécutif aux écoutes illégales de l'Élysée (*Le Figaro*, 26/27-7).

Par un arrêt du 30 septembre, la Cour de cassation a mis un terme à cette affaire, lors du premier septennat de François Mitterrand, en confirmant les condamnations des prévenus (*Le Monde*, 2-10).

– *Annonces et engagements.* Le président a présenté, le 28 août, le RSA (revenu de solidarité active) à Changé (Mayenne) (*Le Monde*, 30-8).

« L'État garantira la sécurité et la continuité du système bancaire et financier français », a proclamé à Toulon (Var), le 25 septembre, le président (*Le Monde*, 27-9). Il s'est prononcé, au surplus, pour une réforme des administrations locales, mettant en cause les départements.

– *Autorité.* Le chef de l'État a mis un terme, le 9 septembre, à la polémique née du décret 2008-632 du 27 juin portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé Edvige (JO, 1^{er}-7@3) en demandant à la ministre de l'Intérieur, qui avait reçu l'appui du Premier ministre (v. *Ministres*), de retirer

les rubriques contestées (fichage des personnalités; de mineurs de 13 ans; sexualité ou santé, notamment). Une concertation avec des personnalités qualifiées sera menée « en vue de protéger les libertés ». Un projet de loi sera déposé (*Le Monde*, 11-9).

Tirant les leçons de ce nouveau couac, le chef de l'État a appelé tous les ministres à « la cohésion et au sang-froid » lors du conseil des ministres, le lendemain (*Le Figaro*, 11-9). Déplorant une mauvaise communication gouvernementale concernant la fiscalité écologique, M. Sarkozy s'est rallié à l'opinion du Premier ministre, cette fois-ci, le 19 septembre, en recevant M. Borloo et Mme Kosciusko-Morizet (*ibid.*, 20/21-9). Enfin, Mme Péresse, MM. Karoutchi et Jégo, concurrents pour la tête de liste aux élections régionales en Île-de-France, ont été convoqués à l'Élysée, le 5 septembre. Le président a désigné un *superviseur* (Chr. Estrosi) appelé à jouer le rôle d'arbitre. M. Jégo a renoncé ultérieurement à sa démarche (*Le Monde*, 5-9).

– *Chef de la diplomatie.* À l'initiative du président Sarkozy, 44 chefs d'État et de gouvernement ont approuvé, le 13 juillet à Paris, la création de l'Union pour la Méditerranée (UPM) (*Le Monde*, 15-7). Il a réuni, le 27 août, la conférence des ambassadeurs (*ibid.*, 29-9). En sa qualité de président de l'Union européenne, il s'est rendu le 12 août successivement à Moscou et à Tbilissi dans le cadre d'une médiation afin de mettre un terme au conflit entre la Russie et la Géorgie (*Le Figaro*, 13-8). Il devait réunir, le 1^{er} septembre, un Conseil européen extraordinaire pour en examiner les suites.

– *Chef des armées.* À l'exemple du *War Power Act* de 1973, aux États-Unis, le

nouvel article 35 C associe le Parlement aux interventions militaires sur un théâtre d'opérations étranger. Le gouvernement l'informe de sa décision, au plus tard trois jours après le début, et autorise sa prolongation au-delà de quatre mois. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort. Il a été fait application de cette disposition, le 22 septembre (v. *Gouvernement*).

Au lendemain de la perte de dix militaires en Afghanistan, le président s'est rendu à Kaboul, le 20 août: « Ici se joue une partie de la liberté du monde. Ici se mène le combat contre le terrorisme » (*Le Figaro*, 21-8). Lors de la cérémonie organisée aux Invalides, à Paris, il ajoutera: « Nous n'avons pas le droit de renoncer à nos valeurs. Nous n'avons pas le droit de laisser les barbares triompher. Car la défaite à l'autre bout du monde se paiera d'une défaite sur le territoire de la République française » (*ibid.*, 22-8).

Les forces spéciales de la marine française ont libéré, le 16 septembre, deux Français retenus en otage par des pirates somaliens dans l'océan Indien (cette *Chronique*, n° 126, p. 207). Le chef de l'État a affirmé, à ce propos: « La France n'acceptera pas que le crime paye » (*Le Figaro*, 17-9).

– *Collaborateurs.* M. Christian Frémont, précédemment conseiller, remplace Mme Emmanuelle Mignon, directeur de cabinet, laquelle a été nommée conseiller auprès du président de la République, chargée notamment de la préparation des états généraux de la presse (*JO*, 29-7). Le colonel de gendarmerie Pascal Champion a été nommé commandant militaire de la présidence en remplacement du colonel de gendarmerie Pierre Sauvegrain (*JO*, 2-8).

M. Bernard Bajolet, ministre plénipotentiaire, a été nommé coordonnateur national au renseignement et, auprès de lui, MM. Pierre Lieutaud, contrôleur général de la police, et Christophe Gomart, colonel de l'armée de terre (JO, 6-8), ainsi que MM. Nacer Meddah, conseiller référendaire à la Cour des comptes, et Denis Carabin, agent sous contrat du ministère de la Défense (JO, 27-8). Enfin, un arrêté du 26 septembre met fin aux fonctions de M. Bernard Martinot, conseiller, et nomme conseillers techniques Mmes Marguerite Bérard et Sibyle Veil (JO, 4-10).

176 Les collaborateurs du chef de l'État poursuivent leurs interventions dans les médias, par exemple le secrétaire général de la présidence (*Le Figaro*, 25-8, *France Soir*, 9-9, et sur ITV le 28-9).

– *Expression*. V. *Congrès du Parlement*.

– *Garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*. Bien qu'ayant renoncé à présider le Csm (nouvel art. 65 C), le chef de l'État conserve ce rôle (art. 64) (v. *Conseil supérieur de la magistrature*).

– *Grand Maître des ordres nationaux*. Le chef de l'État a adressé une lettre au Premier ministre, en date du 11 juillet. Au-delà de la mise en œuvre de la parité (cette *Chronique*, n° 126, p. 209), les femmes ne représentant, à ce jour, que 16 % des effectifs civils de la Légion d'honneur et 23 % de ceux du Mérite, le président a annoncé qu'il avait créé une promotion du bénévolat associatif et mis en place une procédure nouvelle : « l'initiative citoyenne ». Tout citoyen pourra proposer une personne qu'il estime méritante pour une première nomination. Si cette proposition est soutenue par cent personnes dans

le même département, elle sera obligatoirement examinée par le préfet (JO, 13-7).

– *Irresponsabilité*. La juge d'instruction chargée de l'affaire Borrel, Mme Fabienne Pous, s'est fait remettre des documents et télégrammes diplomatiques à l'occasion d'un « transport sur les lieux » le 6 août à l'Élysée, et non d'une perquisition comme celle à laquelle elle avait vainement tenté de procéder le 2 mai 2007 en contradiction avec l'article 67 C (cette *Chronique*, n° 122, p. 223) (BQ, 20-8).

– *Mandat*. Le nouvel alinéa 2 de l'article 6 C énonce que « nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs » (hypothèse qui ne s'est d'ailleurs jamais présentée).

– « *Mendésiste ?* ». « En sept mois et quatre jours, Pierre Mendès France a réussi quelque chose de fantastique. Je me sens mendésiste dans l'idée que faire n'est pas forcément durer », a observé M. Sarkozy (entretien du 17 juillet au *Monde*).

– *Pour « une démocratie exemplaire »*. Le président a déclaré au *Monde*, le 17 juillet : « Je veux dégager la pratique du pouvoir de l'esprit de clan, de secte et de *partisanerie* en donnant plus de pouvoir au Parlement, plus de possibilités de recours aux citoyens et en encadrant les pouvoirs du président de la République. »

– *Pratique du pouvoir*. « J'ai été élu pour cinq ans, j'assume le fait que je fixe le cap, parce que les Français m'ont accordé leur confiance, parce que j'ai fait campagne sur un projet présidentiel et que je le mets en œuvre » (entretien au *Monde*, 17-7).

– *Président et Premier ministre.* M. Sarkozy s'est réclamé de la logique de la V^e République, dans l'entretien précité: « Il est normal que celui qui a été élu fixe le cap par rapport à celui qui est nommé. »

– *Réunions de crise.* À propos de la situation financière, le chef de l'État s'est entretenu, le 30 septembre, tour à tour, dès 5 heures du matin, avec le Premier ministre, la ministre de l'Économie, le gouverneur de la Banque de France et le directeur du Trésor, puis avec les dirigeants des banques et des compagnies d'assurances, et des chefs d'entreprise (*Le Monde*, 2-10).

– « *Réunions ministérielles* ». Pour calmer la contestation du fichier Edvige, le chef de l'État a convoqué d'urgence, le 9 septembre, une réunion à laquelle participaient le Premier ministre, la ministre de l'Intérieur et son directeur de cabinet, le secrétaire général de la présidence, ainsi que le directeur général de la police nationale et celui des renseignements généraux (*Le Monde*, 11-9). Il a convoqué, le 19 suivant, M. Borloo et Mme Kosciusko-Morizet, afin de mettre un terme aux difficultés nées d'une fiscalité écologique (*Le Figaro*, 10 et 20/21-9).

– *Solitude.* À propos de l'engagement militaire en Afghanistan, le président a confessé, le 21 août, avoir « mesuré ce que peut être la solitude d'un chef de l'État face aux décisions qu'il doit assumer [...] J'ai pris mes responsabilités, j'en mesure la gravité » (*Le Figaro*, 22-8).

– *Utilité d'un Premier ministre.* « La fonction [...] dans un pays de 64 millions d'habitants est utile, observe

M. Sarkozy. Le Premier ministre peut soulager le président de la République dans les arbitrages entre ministres, dans la gestion des problèmes du pays et dans la dimension internationale de la fonction. Je ne crois pas au domaine réservé. J'ai été content de pouvoir compter sur François Fillon pour préparer la présidence française de l'Union européenne » (entretien au *Monde*, 17-7) (cette *Chronique*, n° 127, p. 194).

– *Vacances méditerranéennes.* Le président a séjourné au cap Nègre, sur la commune du Lavandou (Var), dans la propriété de son épouse. Quant au Premier ministre, il est demeuré fidèle à l'Italie, en se rendant dans les Pouilles (cette *Chronique*, n° 124, p. 195).

V. Congrès du Parlement. Conseil constitutionnel. Conseil supérieur de la magistrature. Groupes. Partis politiques.

QUORUM

– *Vérification.* Pendant l'examen du projet de loi en faveur des revenus du travail, la vérification du quorum a été demandée en séance de nuit, le 24 septembre, par le président du groupe socialiste. Le vote des amendements concernés a été renvoyé au lendemain (p. 5107).

RÉFÉRENDUM

– « *Initiative populaire* ». L'article 11 C a de nouveau été complété: un référendum portant sur l'un des objets mentionnés au 1^{er} alinéa peut être organisé à l'initiative de 1/5^e des membres du Parlement soutenue par 1/10^e des électeurs inscrits. Cette initiative, qui prend la forme d'une proposition de

loi, ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an; une loi organique détermine sa présentation, laquelle est contrôlée par le Conseil constitutionnel. La proposition de loi n'est soumise au référendum par le président de la République que si elle n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique. Voilà une initiative bien encadrée...

– *Nouvelle adhésion à l'Union européenne*. Le feuillet turc se poursuit. L'obligation prescrite par la LC du 1^{er} mars 2005 de soumettre au référendum l'autorisation de ratifier un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'UE est désormais tempérée par un alinéa ajouté à l'article 88-5 C: aux termes de celui-ci le Parlement peut autoriser la ratification en adoptant une motion, selon la procédure prévue à l'article 89 C, en termes identiques et à la majorité des trois cinquièmes.

V. *Droit communautaire et européen*.

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. P. Jan (sous dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, 2008, AFDC; 1958-2008. *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008; Fl. Chaltiel et B. François (sous dir.), *Les 50 ans de la V^e République*, n^o spécial, LPA, 10-7; B. Basdevant-Gaudemet, « Centenaire de la loi du 9 décembre 1905 », *RDP*, 2008, p. 970; J. Lacouture et B. Baconnier, *Les Grands Moments de la V^e République. 50 ans en images*, Flammarion, 2008; P. Avril, « L'irresponsabilité des pouvoirs », in *La Constitution de la V^e République*, La

Documentation française, 2008, p. 119; J.-É. Gicquel, « Ruptures et continuité de la V^e République. À propos de l'*Essai sur la pratique de la V^e République* », in *Mélanges Jean Gicquel*, op. cit., p. 191; M. Lascombe, « La V^e République se meurt, la V^e République est morte », *ibid.*, p. 291; J.-P. Machelon, « La République ne subventionne aucun culte. À propos de quelques décisions juridictionnelles récentes », *ibid.*, p. 341; P. Pactet, « La III^e République et la mise en œuvre de l'héritage républicain », *ibid.*, p. 409; L. Philip, « Pour une rationalisation des pouvoirs dans le cadre des institutions de la V^e République », *ibid.*, p. 419; P. Mazeaud, « La V^e République: 50 ans de bons et loyaux services », *Le Figaro*, 29-9.

– « *Faute morale de la France* ». Le président Sarkozy s'est rendu, le 25 août, à Maillé (Indre-et-Loire) afin de commémorer, pour la première fois, le massacre perpétré en 1944 par des soldats allemands: « La France a commis une faute morale. C'est cette faute qu'au nom de la nation tout entière je suis venu reconnaître et réparer aujourd'hui » (*Le Figaro*, 26-8).

– *Fête nationale*. Le défilé, ouvert par un détachement de Casques bleus présents au Liban, s'est déroulé en présence du secrétaire général de l'ONU et de nombreux chefs d'État et de gouvernement qui, la veille, avaient participé à la création de l'Union pour la Méditerranée. Mme Ingrid Betancourt était conviée par ailleurs. Un extrait de la Déclaration universelle des droits de l'homme a été lu devant la tribune (*Le Monde*, 16-7).

– *Langue*. La francophonie a été constitutionnalisée (nouveau titre XIV de la

Constitution). En ce qui concerne les langues régionales, elles appartiennent au « patrimoine de la France » (nouvel art. 75-1 C) (cette *Chronique*, n° 127, p. 197).

– « *Laïcité positive* ». Le président Sarkozy et le pape Benoît XVI ont dialogué sur ce thème, au Palais de l'Élysée, lors de la visite officielle de celui-ci, le 12 septembre (*Le Figaro*, 13-9). Accueilli à son arrivée à l'aéroport d'Orly par le chef de l'État, le Premier ministre a pris congé du Saint Père à Lourdes le 15 septembre, conformément au protocole.

RÉSOLUTIONS

– *Résurrection*. L'article 34-1 C ouvre aux assemblées le droit, que leur refusait la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de voter des résolutions dans les conditions fixées par une loi organique, étant irrecevables celles dont le gouvernement estime qu'elles mettent en cause sa responsabilité ou constituent des injonctions (seules, jusque-là, pouvaient être votées les résolutions européennes de l'article 88-4 C).

RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT

– *Bibliographie*. P. Avril, « Une convention *contra legem*: la disparition du programme de l'article 49 de la Constitution », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 9.

– *Limitation de l'article 49 al. 3 C*. L'efficacité de cette disposition emblématique de la V^e République en est à l'origine. Suivant la préconisation du comité Balladur, son usage est désormais restreint au vote du projet de finances et à celui de financement de la sécurité sociale, nonobstant leur caractère obligatoire.

Au surplus, le Premier ministre peut y recourir pour un autre projet ou une proposition de loi par session (rédaction de la LC du 23 juillet 2008). Est-ce bien raisonnable ?

V. Résolutions.

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie*. M. Verpeaux (sous dir.), « Révision de la Constitution. La V^e République rénovée ? À propos de la LC du 23 juillet 2008 », *La Semaine juridique*, 30-7, I. 169-170; B. Mathieu, « Du comité Balladur au Congrès de Versailles. Genèse et logiques d'une réforme », *ibid.*, I. 168; Rapports Warsmann, AN, n° 892 et 1009; Hyest, S., n° 387 et 463; *La V^e République. La révision permanente* (dossier), *Le Monde* 2, 20-9; G. Carcassonne, « Réformettes », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 97; A.-M. Le Pourhiet, « Les débats parlementaires sur la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *ibid.*, p. 319; M. Verpeaux, « Constitution et lois constitutionnelles. Brèves réflexions à l'occasion de quelques révisions récentes », *ibid.*, p. 593.

– *Entrée en vigueur*. L'article 47 précise que l'entrée en vigueur d'un certain nombre de dispositions est déterminée par les lois et lois organiques nécessaires à leur application, pour d'autres au 1^{er} mars 2009, et que l'article 25 nouveau relatif au remplacement temporaire des députés et sénateurs nommés au gouvernement s'applique à ceux qui ont accepté ces fonctions antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi organique prévue à cet article.

– *Entrée en vigueur conditionnelle*. À l'instar de la LC du 1^{er} mars 2005

(cette *Chronique*, n° 114, p. 193), les articles 88-4, 88-5 et 88-6 seront modifiés à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, tandis qu'il est précisé que l'article 88-5 n'est pas applicable aux adhésions à l'UE en cours.

– *Importance*. La 24^e révision de la Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet (JO, 24-7) compte 47 articles qui modifient 37 articles sur 89 (dont certains sont entièrement réécrits), en rétablit 1, en ajoute 6 et introduit un titre XI *bis*, « Le défenseur des droits ».

– *Procédure*. La seconde lecture du projet de modernisation des institutions de la V^e République (cette *Chronique*, n° 127, p. 198) a été précédée d'une concertation de la majorité qui a permis l'adoption d'un texte conforme par l'Assemblée nationale, le 9 juillet, et par le Sénat, le 16, avant la réunion du Congrès, le 21.

V. Congrès du Parlement.

SÉANCE

– *Bibliographie*. M. Ameller, « Plaidoyer pour une organisation rationnelle des débats à l'Assemblée nationale », in *Mélanges Jean Gicquel*, *op. cit.*, p. 1 ; P. Gélard, « Remarques impertinentes sur la séance publique au Sénat », *ibid.*, p. 185.

SÉNAT

– *Bibliographie*. Sénat, « Le scrutin du 21 septembre 2008. Données essentielles », 2008, et « Recueil des analyses des discussions législatives et des scrutins publics, 2007-2008 II », 2008 ; P. Roger, « Sénat : une République dans

la République », *Le Monde*, 20-9 ; *Le Bicamérisme et la Représentation des régions et des collectivités locales : le rôle des secondes chambres*, Les Colloques du Sénat, 2008.

– *Composition*. Avec la révision constitutionnelle du 23 juillet, le Sénat perd l'exclusivité de représenter les Français de l'étranger (nouvel art. 24, al. 5 C). Le chiffre de ses membres (348), qui sera atteint lors du prochain renouvellement en 2011, est figé (al. 4), permettant ainsi de dissimuler le problème pendant de sa représentativité.

– *Renouvellement*. La série A a été la dernière de l'histoire du Sénat, renouvelée selon le rythme triennal, mais pour un mandat de six ans. À partir de 2011, ce dernier le sera par moitié, comme sous la IV^e République. La progression du Ps permet d'envisager un renversement de majorité à cette date. Vers le Sénat de l'alternance ? (*Le Figaro*, 22-9).

V. Bicamérisme. Droit communautaire et européen. Élections sénatoriales. Gouvernement. Parlement. Parlementaires en mission. Session extraordinaire.

SESSION EXTRAORDINAIRE

– *Clôture*. La session ouverte le 1^{er} juillet (cette *Chronique*, n° 127, p. 199) a été close par le décret du 23 juillet (JO, 24-7).

– *Convocation*. Une nouvelle session extraordinaire a été convoquée par le décret « fait au Lavandou » le 1^{er} août pour l'examen des projets sur les revenus du travail et sur la généralisation du RSA (JO, 2-8), complété le

27 suivant par l'autorisation de la prolongation de l'intervention des forces armées en Afghanistan (*JO*, 28-8). À cet égard, les sénateurs non réélus le 21 septembre ont siégé le lendemain, à l'opposé des nouveaux sénateurs dont le mandat commençait le 1^{er} octobre,

suivant le précédent de septembre 1968. V. notre *Droit parlementaire*, Montchrestien, 3^e éd., 2004, n° 47.

– *Clôture*. La nouvelle session a été close par le décret du 30 septembre (*JO*, 1-10).

SUMMARIES

JEAN-MARIE COULON

The New Scope of Criminalization: Excesses and Loopholes

The criminalization of business activities is characterized by both excesses and loopholes. The article is based on the report handed in to the Attorney General in February 2008 and presents an analysis of some of the most controversial points: the consecutive execution of criminal and administrative penalties; the statute of limitation; the instrumentalisation of criminal justice; class action.

183

EMMANUEL BARBE

Criminalization Abroad

Based on comparative law, it is not easy to determine whether a process of criminalization similar to the one that is currently being criticized in France exists in other democratic countries. Yet, a number of characteristics of national judicial systems could stifle such a development. However, for many countries the trends towards the imposition of similar norms at the international level seems to be an external source of the criminalization of social life.

DANIEL SOULEZ LARIVIÈRE

About Victimization and Many Other Actions

Since the 1980s, victimization has developed in many areas and, in most democratic countries, the rights of victims have been considerably extended. Given its very particular penal system, which grants victims real power in starting and conducting a trial, France has become the country whose penal system is most affected by this general trend.

THIERRY LÉVY

Is There Still Room for Criminal Liability?

The Penal Code is not just a book that lists legal penalties; it is also a code of liberty. Indeed, no charge can be brought without the existence of a legal text anterior to the offence. In other words, what is not forbidden is allowed. The right to punish is not unlimited. It can only repress the breach of liberty and therefore assumes that the latter existed at the time the offence was carried out by the person sued. The recent laws undermine these principles, taint penal law and lead to its destruction.

DIDIER REBUT

Civil Law and Criminal Law: Evolution, Instrumentalisation, Negative Side Effects

184

The recourse to criminal law instead of civil law is often presented as one of the manifestations of the process of criminalization. It is true that criminal law offers more advantages than civil law, which explains why litigants prefer the former. Lawmakers have acknowledged this situation and have tried to limit access to criminal justice and to reduce its advantages. Yet, these restrictions can only be limited, given the fact that access to criminal justice, which is a fundamental right, cannot be prohibited. It follows that access to criminal justice will diminish in favour of civil justice only if the latter is reformed so as to present similar advantages.

JEAN VEIL

Administrative and Criminal Penalties

Over the last thirty years, in the wake of independent administrative authorities, administrative penalties have experienced an unprecedented development in France as well as in other countries. Prompted by the European Court of Human Rights, French law has finally granted the targets of administrative repression the guaranties required by the penal character of such procedures. The combination of criminal and administrative sanctions, which is a creation of the practice of law rather than of legal thought, remains problematic. The law of decriminalization proposes new ways of linking these two types of punishment, and its completion requires the incorporation of the notion of “repressive negotiation” in our law.

COLINE CARDI

The "Feminine-maternal" or the Criminal Treatment of Women

The under-representation of women in criminal statistics has seldom been studied by sociologists. Yet, it masks the gendered nature of normative systems. In this regard, prisons offer a perfect field of study, provided they are not considered as autonomous institutions distinct from the broader social universe, but rather as a magnifying glass which informs us about the screening operated by the criminal channels and, more generally, about social relations. As single-sex spaces, they clearly highlight the relationship between social order and gendered order, and allow us to grasp the gendered norms which preside over the construction of feminine deviance beyond the penitentiary system.

185

YVES CHAPUT

The Criminalization of Business Law: Reality and Hearsay

Some highly publicized politico-financial cases have increased the feeling, for some, that business law is being criminalized and, for others, that markets have lost their ethical bearings. Yet, two trends that are more complementary than contradictory may be observed in the recent evolution of French law. On the one hand, there is a more determined struggle against organized crime and the hope for a better regulation of markets; on the other hand, we are witnessing a rational decriminalization of obsolete passages of the trade, monetary and financial codes, of which the recent Coulon report about the decriminalization of business law is the latest expression.

JACQUES-HENRI ROBERT

Criminal Policy Motivations and Evolution

The motivations behind criminal policy legislation are, on the one hand, a public opinion that requires increased security and, on the other, a scholarly doctrine concerned with the protection of human rights in front of the legal system and the penitentiary administration. The latter motivation is by far the strongest and most constant; the former inspires sporadic bouts of repression.

HUGUES PORTELLI

The Criminalization of Political Life

Given the lack of effective political accountability of public decision-makers, the legal framework governing various aspects of political life has led, together with a system of civil accountability to the administrative judge, to the development of a system of penal accountability for intentional and unintentional offences. The definition of the latter has become more precise and their repression more efficient to the point that it has triggered a response from both law-makers and constituents. While for the most part political personnel is now governed by common law, only members of the Executive retain some degree of immunity and jurisdictional privilege.

186 PIERRE TRUCHE

Criminalization, Right to Oblivion and Statute of limitation

What should we usually expect from penal justice other than it should impose penalties on the authors of proven offences? Rules have profoundly changed since the middle of the twentieth century. First, the conditions of limitations of public action have become more restrictive and crimes against humanity have been declared imprescriptible. Second, in the wake of the ordinance of 2 February 1945 regarding underage offenders, magistrates may, in certain circumstances, reject criminalization for adults even though the offences they are accused of are proven. Finally, political authorities, being committed to oblivion, forgiveness and reconciliation, have extensively resorted to amnesty and pardon.

CHRONICLES

FRANÇOIS BRIATTE

**The 4 November 2008 Election and the Margins of manoeuvre
of the New American President**

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
AND CÉLINE LAGEOT

Foreign Chronicles
(July 1st – September 30, 2008)

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL

French Constitutional Chronicle
(July 1st – September 30, 2008)

187

VOTRE REVUE **POUVOIRS** EST DÉSORMAIS EN LIGNE !

www.revue-pouvoirs.fr, c'est :

En accès libre

- l'intégralité de plus de 50 numéros de 1994 à 2005
- l'ensemble des sommaires et des résumés (français et anglais) depuis 1994
- un accès intégral aux chroniques régulières
- plus de 10 000 pages (800 documents) à télécharger, imprimer et conserver
- un moteur de recherche, un index, des auteurs, etc.

Pour les abonnés

- l'accès à l'intégralité des numéros les plus récents dès le jour de parution

BULLETIN D'ABONNEMENT

Photocopiez ce formulaire d'abonnement ou recopiez-le sur papier libre
et adressez-le à :

Alternatives économiques
12, rue du Cap-Vert
21800 QUETIGNY

Tél. : 03.80.48.10.33

Fax : 03.80.48.10.34

e-mail : cpettinaroli@alternatives-economiques.fr

Veuillez m'inscrire pour :

- ☐ un abonnement de 1 an
(4 numéros papier et l'intégralité du site en libre accès)
- ☐ un réabonnement à partir du numéro :
(avec l'intégralité du site en libre accès)

Tarif : 65 €

☐ M. ☐ Mme ☐ Mlle

NOM :

PRÉNOM :

Adresse :

Code postal : Ville :

Pays :

Téléphone : Fax :

e-mail :

(obligatoire si vous voulez bénéficier de l'accès intégral au site)

© « POUVOIRS », JANVIER 2009

ISSN 0152-0768

ISBN 978-2-02-098673-1

CPPAP 59-303

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUIL
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : JANVIER 2009. N°98673 (09-XXXX).
IMPRIMÉ EN FRANCE

