

**مؤلف الأساسيات
والضروريات في مختلف
المناحي توثيق وتصحيحا**

**Annexe
Les thématiques**

**Preparé par Alloui
Mustapha
Consseillé auprès du
tribunal de 2
instance Fes Maroc**

Les thématiques

ARTS

MUSIQUES

LITTÉRATURES

PHILOSOPHIE

RELIGIONS SCIENCES

HUMAINES ET

SOCIALES

SPORTS ET LOISIRS DROIT ET

INSTITUTIONS

ÉCONOMIE ET GESTION

GÉOGRAPHIE HISTOIRE SCIENCES:

GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DES SCIENCES

MATHÉMATIQUES

PHYSIQUE

CHIMIE

ASTRONOMIE ET

ASTROPHYSIQUE

SCIENCES DE LA TERRE

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE TECHNIQUES:

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques

ARTS

MUSIQUES

LITTÉRATURES

PHILOSOPHIE

RELIGIONS SCIENCES

HUMAINES ET

SOCIALES

SPORTS ET LOISIRS DROIT ET

INSTITUTIONS

ÉCONOMIE ET

GESTION

GÉOGRAPHIE HISTOIRE SCIENCES:

GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DES SCIENCES

MATHÉMATIQUES

PHYSIQUE

CHIMIE

ASTRONOMIE ET

ASTROPHYSIQUE

SCIENCES DE LA TERRE

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE TECHNIQUES:

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques DROIT ET INSTITUTIONS
ARTS DROIT:
MUSIQUES GÉNÉRALITÉS
LITTÉRATURES HISTOIRE DU DROIT
PHILOSOPHIE DROITS NATIONAUX RELIGIONS
CONTEMPORAINS
SCIENCES JURISTES
HUMAINES ET THÉORIE DU DROIT
SOCIALES JUSTICE
SPORTS ET LOISIRS DROIT CIVIL
DROIT ET DROIT DE
INSTITUTIONS L'ÉCONOMIE
ÉCONOMIE ET DROIT PÉNAL
GESTION DROIT SOCIAL GÉOGRAPHIE
DROIT
HISTOIRE CONSTITUTIONNEL
SCIENCES: ADMINISTRATION ET
GÉNÉRALITÉS DROIT
HISTOIRE DES ADMINISTRATIF
SCIENCES DROITS DE L'HOMME
MATHÉMATIQUES DROIT
PHYSIQUE INTERNATIONAL
CHIMIE INSTITUTIONS ET
ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS
ASTROPHYSIQUE DROIT RELIGIEUX
SCIENCES DE LA DROITS SPÉCIAUX

TERRE

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE

TECHNIQUES:

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques

ARTS

MUSIQUES

LITTÉRATURES

PHILOSOPHIE

RELIGIONS

SCIENCES

HUMAINES ET

SOCIALES

SPORTS ET LOISIRS

DROIT ET

INSTITUTIONS

ÉCONOMIE ET GESTION

**GÉOGRAPHIE □ HISTOIRE □
SCIENCES:**

GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DES SCIENCES

MATHÉMATIQUES

PHYSIQUE

CHIMIE

ASTRONOMIE ET

ASTROPHYSIQUE

SCIENCES DE LA TERRE

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE □ TECHNIQUES:

GÉNÉRALITÉS

DROIT ET INSTITUTIONS

DROIT:

GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DU DROIT

**DROITS NATIONAUX
CONTEMPORAINS**

JURISTES

THÉORIE DU DROIT

JUSTICE

DROIT CIVIL □ DROIT DE

L'ÉCONOMIE

DROIT PÉNAL

DROIT SOCIAL □ DROIT

CONSTITUTIONNEL

INTERNATIONAL

ADMINISTRATION ET

INSTITUTIONS ET

DROIT

DROIT EUROPÉENS

ADMINISTRATIF

DROIT RELIGIEUX

DROITS DE L'HOMME **DROIT**

DROITS SPÉCIAUX

Les thématiques

DROIT ET INSTITUTIONS

DROIT PÉNAL

ARTS

DROIT: **INFRACTIONS PÉNALES**

MUSIQUES

GÉNÉRALITÉS

RESPONSABILITÉ PÉNALE

LITTÉRATURES
PHILOSOPHIE

HISTOIRE DU DROIT

PROCÉDURE PÉNALE

DROITS NATIONAUX

PEINE DE MORT

CONTEMPORAINS

DROIT PÉNAL

RELIGIONS

JURISTES INTERNATIONAL

SCIENCES

THÉORIE DU DROIT

COOPÉRATION

HUMAINES ET

JUSTICE INTERNATIONALE EN

SOCIALES

DROIT CIVIL

MATIÈRE PÉNALE

SPORTS ET LOISIRS

DROIT DE

DROIT ET

Les thématiques

DROIT ET INSTITUTIONS

JUSTICE

ARTS **DROIT:**
GÉNÉRALITÉS

ORGANISATION DE LA
JUSTICE

MUSIQUES

LITTÉRATURES

HISTOIRE DU DROIT

PROCÉDURE JUDICIAIRE

PHILOSOPHIE

DROITS NATIONAUX

AFFAIRES ET PROCÈS

RELIGIONS CONTEMPORAINS

MÉDIATION JURIDIQUE

SCIENCES **JURISTES**

HUMAINES ET

THÉORIE DU DROIT

JUSTICE

SOCIALES

JUSTICE

SPORTS ET LOISIRS

DROIT CIVIL

INSTITUTIONS	L'ÉCONOMIE	AMNISTIE
ÉCONOMIE ET GESTION	DROIT PÉNAL	CASIER JUDICIAIRE
GÉOGRAPHIE □	DROIT SOCIAL □ DROIT	GRÂCE DES CONDAMNÉS
HISTOIRE □	CONSTITUTIONNEL	LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES
SCIENCES: GÉNÉRALITÉS	ADMINISTRATION ET	LÉGITIME DÉFENSE
HISTOIRE DES SCIENCES	DROIT	PÉNAL (DROIT)
MATHÉMATIQUES	ADMINISTRATIF	PRESCRIPTION
PHYSIQUE	DROITS DE L'HOMME	RECOMMANDATION
CHIMIE	DROIT	
ASTRONOMIE ET ASTROPHYSIQUE	INTERNATIONAL	
SCIENCES DE LA TERRE	INSTITUTIONS ET DROIT EUROPÉENS	
ENVIRONNEMENT	DROIT RELIGIEUX	
SCIENCES DE LA VIE	DROITS SPÉCIAUX	
MÉDECINE □		
TECHNIQUES: GÉNÉRALITÉS		
DROIT ET □ DROIT DE		
INSTITUTIONS	L'ÉCONOMIE	
ÉCONOMIE ET □ DROIT PÉNAL		
GESTION □ DROIT SOCIAL		
GÉOGRAPHIE □ DROIT		
HISTOIRE CONSTITUTIONNEL		
SCIENCES: □ ADMINISTRATION ET		
GÉNÉRALITÉS DROIT		

HISTOIRE DES ADMINISTRATIF
SCIENCES **DROITS DE L'HOMME**
MATHÉMATIQUES **DROIT**
PHYSIQUE INTERNATIONAL
CHIMIE **INSTITUTIONS ET**
ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS ASTROPHYSIQUE **DROIT**
RELIGIEUX
SCIENCES DE LA **DROITS SPÉCIAUX TERRE**
ENVIRONNEMENT
SCIENCES DE LA VIE
MÉDECINE **TECHNIQUES:**
GÉNÉRALITÉS
Les thématiques **DROIT ET INSTITUTIONS** **DROIT CIVIL**
ARTS **DROIT:** **DROIT DES PERSONNES**
MUSIQUES GÉNÉRALITÉS **DROIT DES BIENS**
LITTÉRATURES **HISTOIRE DU DROIT** **RESPONSABILITÉ CIVILE**
PHILOSOPHIE **DROITS NATIONAUX**
RELIGIONS CONTEMPORAINS **ACTE JURIDIQUE** **SCIENCES**
JURISTES **CIVIL (DROIT) HUMAINES ET** **THÉORIE DU DROIT**
 CONTRAT
SOCIALES **JUSTICE** **DÉLIT**
SPORTS ET LOISIRS **DROIT CIVIL** **MARIAGE**
DROIT ET **DROIT DE** **MINUTE**
INSTITUTIONS **L'ÉCONOMIE** **NULLITÉ (droit)**
ÉCONOMIE ET **DROIT PÉNAL** **OBLIGATION NATURELLE GESTION**
 DROIT SOCIAL **PRESCRIPTION**
GÉOGRAPHIE **DROIT** **VICE DE FORME**

HISTOIRE CONSTITUTIONNEL

SCIENCES: ADMINISTRATION ET

GÉNÉRALITÉS DROIT

HISTOIRE DES ADMINISTRATIF

SCIENCES DROITS DE L'HOMME

MATHÉMATIQUES DROIT

PHYSIQUE INTERNATIONAL

CHIMIE INSTITUTIONS ET

**ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS ASTROPHYSIQUE DROIT
RELIGIEUX**

SCIENCES DE LA DROITS SPÉCIAUX TERRE

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE TECHNIQUES:

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques DROIT ET INSTITUTIONS DROIT DE L'ÉCONOMIE

ARTS DROIT: FINANCES PUBLIQUES

MUSIQUES GÉNÉRALITÉS DROIT COMMERCIAL

LITTÉRATURES HISTOIRE DU DROIT DROIT DE LA

PHILOSOPHIE DROITS NATIONAUX CONCURRENCE

RELIGIONS CONTEMPORAINS DROIT DE LA

SCIENCES JURISTES CONSOMMATION

**HUMAINES ET THÉORIE DU DROIT DROIT INTERNATIONAL D
SOCIALES JUSTICE AFFAIRES**

SPORTS ET LOISIRS DROIT CIVIL DROIT DES TRANSPORTS

DROIT ET DROIT DE

INSTITUTIONS **L'ÉCONOMIE**
ÉCONOMIE ET **DROIT PÉNAL**
GESTION **DROIT SOCIAL**
GÉOGRAPHIE **DROIT**
HISTOIRE **CONSTITUTIONNEL**
SCIENCES: **ADMINISTRATION ET GÉNÉRALITÉS** **DROIT**
HISTOIRE DES **ADMINISTRATIF**
SCIENCES **DROITS DE L'HOMME**
MATHÉMATIQUES **DROIT**

ARTS	DROIT: GÉNÉRALITÉS	INFRACTIONS PÉNALES
MUSIQUES	HISTOIRE DU DROIT	RESPONSABILITÉ PÉNALE
LITTÉRATURES	DROITS NATIONAUX CONTEMPORAINS	PROCÉDURE PÉNALE
PHILOSOPHIE	JURISTES	PEINE DE MORT <input type="checkbox"/> DROIT PÉNAL INTERNATIONAL
RELIGIONS <input type="checkbox"/> SCIENCES HUMAINES ET	THÉORIE DU DROIT	COOPÉRATION
SOCIALES	JUSTICE	INTERNATIONALE EN
SPORTS ET LOISIRS	DROIT CIVIL <input type="checkbox"/> DROIT DE L'ÉCONOMIE	MATIÈRE PÉNALE
DROIT ET INSTITUTIONS	DROIT PÉNAL	AMNISTIE
ÉCONOMIE ET GESTION	DROIT SOCIAL <input type="checkbox"/> DROIT CONSTITUTIONNEL	CASIER JUDICIAIRE
GÉOGRAPHIE <input type="checkbox"/> HISTOIRE <input type="checkbox"/>	ADMINISTRATION ET	GRÂCE DES CONDAMNÉS
		LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES

SCIENCES: GÉNÉRALITÉS	DROIT	LÉGITIME DÉFENSE
HISTOIRE DES SCIENCES	ADMINISTRATIF	PÉNAL (DROIT)
MATHÉMATIQUES	DROITS DE L'HOMME	PRESCRIPTION
PHYSIQUE	DROIT	RECOMMANDATION
CHIMIE	INTERNATIONAL	
ASTRONOMIE ET	INSTITUTIONS ET	
	DROIT EUROPÉENS	

PHYSIQUE INTERNATIONAL

CHIMIE □ **INSTITUTIONS ET**

ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS ASTROPHYSIQUE □ **DROIT RELIGIEUX**

SCIENCES DE LA □ **DROITS SPÉCIAUX TERRE**

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE □ **TECHNIQUES:**

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques **DROIT ET INSTITUTIONS** **DROIT PÉNAL**

ASTROPHYSIQUE □ **DROIT RELIGIEUX**

SCIENCES DE LA □ **DROITS SPÉCIAUX TERRE**

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE **TECHNIQUES:**

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques **DROIT ET INSTITUTIONS** **DROIT SOCIAL**

ARTS **DROIT:** **DROIT DU TRAVAIL**

MUSIQUES **GÉNÉRALITÉS** **MÉDECINE DU TRAVAIL**

LITTÉRATURES **HISTOIRE DU DROIT** **SYSTÈMES DE PROTECTIO**

PHILOSOPHIE **DROITS NATIONAUX** **SOCIALE**

RELIGIONS CONTEMPORAINS

SCIENCES **JURISTES** **COMMISSION PARITAIRE HUMAINES ET**
THÉORIE DU DROIT **DROIT SOCIAL**

SOCIALES **JUSTICE**

SPORTS ET LOISIRS **DROIT CIVIL**

DROIT ET **DROIT DE**

INSTITUTIONS **L'ÉCONOMIE**

ÉCONOMIE ET **DROIT PÉNAL**

GESTION **DROIT SOCIAL** **GÉOGRAPHIE** **DROIT**

HISTOIRE **CONSTITUTIONNEL**

SCIENCES: **ADMINISTRATION ET**

GÉNÉRALITÉS **DROIT**

HISTOIRE DES **ADMINISTRATIF**

SCIENCES **DROITS DE L'HOMME**

MATHÉMATIQUES **DROIT**

PHYSIQUE **INTERNATIONAL**

CHIMIE **INSTITUTIONS ET**

ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS ASTROPHYSIQUE **DROIT**
RELIGIEUX

SCIENCES DE LA □ **DROITS SPÉCIAUX TERRE**

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE □ **TECHNIQUES:**

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques **DROIT ET INSTITUTIONS** **DROIT CONSTITUTIONNEL**

ARTS □ **DROIT:** □ **RÉGIMES ET SYSTÈMES** □ **MUSIQUES**
GÉNÉRALITÉS **POLITIQUES**

LITTÉRATURES **HISTOIRE DU DROIT** □ **CONSTITUTIONS**

PHILOSOPHIE **DROITS NATIONAUX** **POLITIQUES**

□			
		□	
		□	
		□	
RELIGIONS CONTEMPORAINS			SCIENCES DE LA □
			DROITS SPÉCIAUX
SCIENCES JURISTES			TERRE
	HUMAINES ET □	THÉORIE DU DROIT	ENVIRONNEMENT
	SOCIALES JUSTICE		SCIENCES DE LA VIE
SPORTS ET LOISIRS		DROIT CIVIL	MÉDECINE □
DROIT ET □	DROIT DE		TECHNIQUES:
	INSTITUTIONS	L'ÉCONOMIE	GÉNÉRALITÉS
ÉCONOMIE ET □	DROIT PÉNAL		COURS
GESTION □	DROIT SOCIAL		CONSTITUTIONNELLES
GÉOGRAPHIE □	DROIT		AMENDEMENT
HISTOIRE CONSTITUTIONNEL			ARTICLE 16 (Constitution française de 1958)
SCIENCES: □	ADMINISTRATION ET DROIT		CENSURE (MOTION DE)
GÉNÉRALITÉS			CONSTITUTIONNEL (DRO
HISTOIRE DES	ADMINISTRATIF		□ DÉLÉGATION DE
			POUVOI □ ÉTAT DE SIÈGE
SCIENCES □	DROITS DE L'HOMME		ÉTAT D'URGENCE
MATHÉMATIQUES □	DROIT		EXCEPTION (ÉTAT D')
PHYSIQUE INTERNATIONAL			LÉGITIMITÉ
CHIMIE □	INSTITUTIONS ET		PLEINS POUVOIRS
ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS			SÉCESSION
ASTROPHYSIQUE □	DROIT RELIGIEUX		
Les thématiques	DROIT ET INSTITUTIONS		LITTÉRATURES □
ARTS □	DROIT:		HISTOIRE DU DROIT
MUSIQUES GÉNÉRALITÉS			PHILOSOPHIE □ DROITS
			NATIONAUX □ RELIGIONS
			CONTEMPORAINS

□

□

□

□

SCIENCES □ JURISTES

ADMINISTRATIVE

HUMAINES ET □ THÉORIE DU DROIT

ACTES ADMINISTRATIFS

SOCIALES □ JUSTICE

FONCTION PUBLIQUE

SPORTS ET LOISIRS □ DROIT CIVIL

SERVICES PUBLICS

DROIT ET □ DROIT DE
INSTITUTIONS L'ÉCONOMIE

AMÉNAGEMENT DU
TERRITOIRE

ÉCONOMIE ET □ DROIT PÉNAL

DROIT DE LA SANTÉ
PUBLIQUE

GESTION □ DROIT SOCIAL □ GÉOGRAPHIE
□ DROIT

ORGANISMES

HISTOIRE CONSTITUTIONNEL

CONSULTATIFS

SCIENCES: □ ADMINISTRATION ET

ACTE DE GOUVERNEMENT □
ADMINISTRATION

GÉNÉRALITÉS DROIT

ADMINISTRATION - Le dro
administratif

HISTOIRE DES ADMINISTRATIF

ADMINISTRATION - La science
administrative

SCIENCES □ DROITS DE L'HOMME

MATHÉMATIQUES □ DROIT

ADMINISTRATION - Les

ADMINISTRATION ET DROIT ADMINISTRATIF □
ORGANISATION

Les thématiques

SOCIALES

HISTOIRE DES SCIENCES

ARTS

SPORTS ET LOISIRS

MATHÉMATIQUES

MUSIQUES

DROIT ET

PHYSIQUE

LITTÉRATURES

INSTITUTIONS

CHIMIE

PHILOSOPHIE

ÉCONOMIE ET GESTION

ASTRONOMIE ET

RELIGIONS

GÉOGRAPHIE □
HISTOIRE □

ASTROPHYSIQUE

SCIENCES

SCIENCES:

SCIENCES DE LA TERRE

HUMAINES ET

GÉNÉRALITÉS

ENVIRONNEMENT

□

PHYSIQUE	INTERNATIONAL	juridictions administratives
CHIMIE	INSTITUTIONS ET	françaises
ASTRONOMIE ET	DROIT EUROPÉENS	CONCESSION
ASTROPHYSIQUE	DROIT RELIGIEUX	ADMINISTRATIVE
SCIENCES DE LA	DROITS SPÉCIAUX	CONSEIL D'ÉTAT
TERRE		CONTRAT
ENVIRONNEMENT		ADMINISTRATI
SCIENCES DE LA VIE		DOMAINE PUBLIC
MÉDECINE		ÉTAT D'URGENCE
TECHNIQUES:		EXCÈS DE POUVOIR
GÉNÉRALITÉS		PERSONNALITÉ
		MORALE
		POUVOIR
SCIENCES DE LA VIE	DROIT CIVIL □ DROIT	DROIT RELIGIEUX
MÉDECINE □	DE	DROITS SPÉCIAUX
TECHNIQUES:	L'ÉCONOMIE	DISCRÉTIONNAIRE
GÉNÉRALITÉS	DROIT PÉNAL	UTILITÉ PUBLIQUE
DROIT ET INSTITUTIONS	DROIT SOCIAL □ DROIT	DROITS DE L'HOMME □
DROIT:	CONSTITUTIONNEL	DÉCLARATIONS DES
GÉNÉRALITÉS	ADMINISTRATION ET	DROITS DE L'HOMME
HISTOIRE DU DROIT	DROIT	DROITS FONDAMENTAUX □
DROITS NATIONAUX	ADMINISTRATIF	DROIT D'ASILE
CONTEMPORAINS	DROITS DE L'HOMME □	DROITS DES FEMMES
JURISTES	DROIT	DROIT DES MINORITÉS □
THÉORIE DU DROIT	INTERNATIONAL	DROITS DE L'ENFANT
JUSTICE	INSTITUTIONS ET	ABOLITIONNISME
	DROIT EUROPÉENS	AMNESTY INTERNATION □
		CITOYENNETÉ

□		
	□	
	□	
	□	
CONVENTION EUROPÉEN DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES	GÉOGRAPHIE □ HISTOIRE □ SCIENCES: GÉNÉRALITÉS HISTOIRE DES SCIENCES MATHÉMATIQUES PHYSIQUE CHIMIE ASTRONOMIE ET ASTROPHYSIQUE SCIENCES DE LA TERRE ENVIRONNEMENT SCIENCES DE LA VIE MÉDECINE □ TECHNIQUES: GÉNÉRALITÉS DROIT:	DROIT CIVIL □ DROIT DE L'ÉCONOMIE DROIT PÉNAL
CONVENTION EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME □ DROITS DE L'HOMME		
LIGUE DES DROITS DE L'HOMME		
ARTS		
MUSIQUES		
LITTÉRATURES		
PHILOSOPHIE		
RELIGIONS		
Les thématiques INTERNATIONAL	DROIT ET INSTITUTIONS	DROIT
SCIENCES	GÉNÉRALITÉS	
HUMAINES ET	HISTOIRE DU DROIT	
SOCIALES	DROITS NATIONAUX	
SPORTS ET LOISIRS	CONTEMPORAINS	
DROIT ET	JURISTES	
INSTITUTIONS	THÉORIE DU DROIT	
ÉCONOMIE ET GESTION	JUSTICE	

□

**DROIT SOCIAL □ DROIT
CONSTITUTIONNEL
ADMINISTRATION ET
DROIT
ADMINISTRATIF
DROITS DE L'HOMME □
DROIT
INTERNATIONAL
INSTITUTIONS ET
DROIT EUROPÉENS
DROIT RELIGIEUX
DROITS SPÉCIAUX**

□

□

□

**ORGANISATIONS
INTERNATIONALES
CONFLIT INTERNATIONAL
CONVENTIONS
INTERNATIONALES □
TRIBUNAUX
INTERNATIONAUX
DROIT PÉNAL
INTERNATIONAL
DROIT D'ASILE
DROIT DE L'ESPACE
DROIT DE LA MER**

**DROIT DIPLOMATIQUE ET
CONSULAIRE**

**ACCORDS BILATÉRAUX
ANTARCTIQUE**

AUTODÉTERMINATION

AVIS (droit international)

ENCLAVE

ENFANCE (Situation

**contemporaine) - Le droit de
l'enfant**

EXPERT INTERNATIONAL

**FONCTIONNAIRE
INTERNATIONAL**

INTERNET - Aspects juridique

NATIONALITÉ

**NON-INTERVENTION □
PAPAUTÉ**

RECOMMANDATION

**RECONNAISSANCE (droit
international)**

**REPRÉSAILLES (droit
international)**

Les thématiques

ARTS

MUSIQUES

LITTÉRATURES

PHILOSOPHIE

RELIGIONS

DROIT ET INSTITUTIONS

DROIT: GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DU DROIT

**DROITS NATIONAUX
CONTEMPORAINS □**

JURISTES

**INSTITUTIONS ET DROIT
EUROPÉENS**

DROIT COMMUNAUTAIRE

INSTITUTIONS EUROPÉENNES

**CONVENTIONS ET TRAITÉ
EUROPÉENS**

□

□

□

□

**INTERNATIONAL PUBLIC
(DROIT)**

INTERNATIONALISATION

**INTERNATIONAL PRIVÉ
(DROIT)**

□	□
SCIENCES	SCIENCES DE LA VIE
HUMAINES ET	MÉDECINE □ TECHNIQUES:
SOCIALES	GÉNÉRALITÉS
SPORTS ET LOISIRS	THÉORIE DU DROIT □
DROIT ET	SUPRANATIONALITÉ
INSTITUTIONS	JUSTICE □ UNION EUROPÉENNE :-
ÉCONOMIE ET	DROIT CIVIL Communauté européenne
GESTION	DROIT DE □ UNION EUROPÉENNE - Jus L'ÉCONOMIE
GÉOGRAPHIE □	communautaire
HISTOIRE □	DROIT PÉNAL □ UNION EUROPÉENNE - □ DROIT
SCIENCES:	SOCIAL Politique commune des pêche
GÉNÉRALITÉS	DROIT □ UNION EUROPÉENNE :-
HISTOIRE DES	CONSTITUTIONNEL Politique de la recherche
SCIENCES	ADMINISTRATION ET DROIT
MATHÉMATIQUES	ADMINISTRATIF
PHYSIQUE	DROITS DE L'HOMME □ DROIT
CHIMIE	INTERNATIONAL
ASTRONOMIE ET	INSTITUTIONS ET
ASTROPHYSIQUE	DROIT EUROPÉENS
SCIENCES DE LA	DROIT RELIGIEUX
TERRE	DROITS SPÉCIAUX
ENVIRONNEMENT	RELIGIONS
Les thématiques	SCIENCES
ARTS	HUMAINES ET
MUSIQUES	SOCIALES
LITTÉRATURES □	
PHILOSOPHIE	

SPORTS ET LOISIRS

DROIT ET

INSTITUTIONS

ÉCONOMIE ET GESTION

GÉOGRAPHIE
HISTOIRE
SCIENCES:

GÉNÉRALITÉS

HISTOIRE DES SCIENCES

MATHÉMATIQUES

PHYSIQUE

DROIT ET INSTITUTIONS
DROIT RELIGIEUX

DROIT: **DROIT**
CANONIQUE
GÉNÉRALITÉS
DROIT MUSULMAN

HISTOIRE DU DROIT
DROIT RABBINIQUE
 DROITS
NATIONAUX

CONTEMPORAINS
 HINDOU
(DROIT

JURISTES
TRADITIONNEL)

THÉORIE DU DROIT

JUSTICE

DROIT CIVIL **DROIT**
DE

L'ÉCONOMIE

DROIT PÉNAL

DROIT SOCIAL **DROIT**

CONSTITUTIONNEL

ADMINISTRATION ET DROIT

ADMINISTRATIF

DROITS DE L'HOMME **DROIT**

INTERNATIONAL

CHIMIE **INSTITUTIONS ET**

ASTRONOMIE ET DROIT EUROPÉENS ASTROPHYSIQUE
 DROIT RELIGIEUX

SCIENCES DE LA **DROITS SPÉCIAUX TERRE**

ENVIRONNEMENT

SCIENCES DE LA VIE

MÉDECINE **TECHNIQUES:**

GÉNÉRALITÉS

Les thématiques **DROIT ET INSTITUTIONS**

ARTS **DROIT:**

MUSIQUES **GÉNÉRALITÉS**

LITTÉRATURES **HISTOIRE DU DROIT**

PHILOSOPHIE **DROITS NATIONAUX** **RELIGIONS**
CONTEMPORAINS

SCIENCES **JURISTES**

HUMAINES ET **THÉORIE DU DROIT**

SOCIALES **JUSTICE**

SPORTS ET LOISIRS **DROIT CIVIL**

DROIT ET **DROIT DE**

INSTITUTIONS L'ÉCONOMIE	ASTROPHYSIQUE <input type="checkbox"/>	DROIT RELIGIEUX
ÉCONOMIE ET <input type="checkbox"/>	SCIENCES DE LA <input type="checkbox"/>	DROITS SPÉCIAUX
DROIT PÉNAL	TERRE	
GESTION <input type="checkbox"/>	ENVIRONNEMENT	
SOCIAL <input type="checkbox"/>	SCIENCES DE LA VIE	
<input type="checkbox"/>	DROIT	
HISTOIRE	MÉDECINE <input type="checkbox"/>	TECHNIQUES:
CONSTITUTIONNEL	GÉNÉRALITÉS	
SCIENCES: <input type="checkbox"/>	DROITS SPÉCIAUX	
ADMINISTRATION	DROIT DE LA MER	
ET	DROIT FLUVIAL	
GÉNÉRALITÉS	DROIT DE LA PRESSE	
DROIT	DROIT MÉDICAL	
HISTOIRE DES	DROIT DE	
ADMINISTRATIF	L'ENVIRONNEMENT	
SCIENCES <input type="checkbox"/>	DROIT DU SPORT	
DROITS DE	DROIT DES NTIC (nouvelles technologies de l'information e de la communication)	
L'HOMME	CINÉMA (Aspects généraux) Le droit du cinéma	
MATHÉMATIQUES <input type="checkbox"/>	CYBERCRIMINALITÉ	
DROIT	MILITAIRES (DROIT ET JUSTICE)	
PHYSIQUE	NUCLÉAIRE (DROIT)	
INTERNATIONAL		
CHIMIE <input type="checkbox"/>		
INSTITUTIONS ET		
ASTRONOMIE ET DROIT		
EUROPÉENS		
Les thématiques	DROIT ET INSTITUTIONS	DROITS SPÉCIAUX
ARTS <input type="checkbox"/>	DROIT:	DROIT DE LA MER
MUSIQUES	GÉNÉRALITÉS	DROIT FLUVIAL
LITTÉRATURES	PHILOSOPHIE	RELIGIONS

SCIENCES	MÉDECINE □	DROITS DE L'HOMME □
HUMAINES ET	TECHNIQUES:	DROIT
SOCIALES	GÉNÉRALITÉS	INTERNATIONAL
SPORTS ET LOISIRS	Prise de vue	INSTITUTIONS ET
DROIT ET	HISTOIRE DU DROIT	DROIT EUROPÉENS
INSTITUTIONS	DROITS NATIONAUX	DROIT RELIGIEUX
ÉCONOMIE ET GESTION	CONTEMPORAINS	DROITS SPÉCIAUX
GÉOGRAPHIE □	JURISTES	DROIT DE LA PRESSE
HISTOIRE □	THÉORIE DU DROIT	DROIT MÉDICAL
SCIENCES:	JUSTICE	DROIT DE
GÉNÉRALITÉS	DROIT CIVIL □	L'ENVIRONNEMENT
HISTOIRE DES SCIENCES	DROIT DE	DROIT DU SPORT
MATHÉMATIQUES	L'ÉCONOMIE	DROIT DES NTIC (nouvelles
PHYSIQUE	DROIT PÉNAL	technologies de l'information e
CHIMIE	DROIT SOCIAL □	de la communication)
ASTRONOMIE ET	DROIT	CINÉMA (Aspects généraux)
ASTROPHYSIQUE	CONSTITUTIONNEL	Le droit du cinéma
SCIENCES DE LA TERRE	ADMINISTRATION ET	CYBERCRIMINALITÉ
ENVIRONNEMENT	DROIT	MILITAIRES (DROIT ET
SCIENCES DE LA VIE	ADMINISTRATIF	JUSTICE)
		NUCLÉAIRE (DROIT)

Tenir un discours cohérent, raisonné, réflexif sur la notion de mariage relève de la gageure philosophique. Aux difficultés théoriques inhérentes au problème de la régulation de l'affectivité s'ajoute la difficulté toute particulière qu'introduisent dans le champ réflexif les disciplines récentes : sciences humaines et politiques. Non qu'elles ne permettent pas une mise à distance du phénomène social et institutionnel, mais elles ne sont pas capables d'en rendre compte ni surtout d'en élaborer une critique positive, et leur impuissance fait problème. Quant au philosophe, devant l'institution du mariage, il est désarmé ; le plus souvent, ce lui est l'occasion, sous prétexte de critique, de réaffirmer, parfois à son insu, ses propres options. Ce piège spéculatif – mais aussi spéculaire, c'est-à-dire qui concerne sa propre image – est inévitable : le mariage concerne de trop près quiconque, marié ou non, s'attache à en parler. Compte tenu de cette démarche nécessairement projective, une certaine prudence théorique s'impose.

Avant d'exposer la force normative du mariage, sa constitution en droit, on peut du moins espérer, en guise de précautions critiques, prendre ses distances face à la

question grâce tout d'abord à l'approche anthropologique, et tenter aussi de faire une critique des leurreaux auxquels les conceptions actuelles du mariage se laissent prendre : leurreaux que n'empêchent nullement les démarches scientifiques, les acquis des sciences humaines, les progrès de l'histoire des idées et des institutions. Les ambiguïtés et les résistances du phénomène « mariage » face à l'analyse rigoureuse laissent bien voir en tout cas qu'il ne saurait être évalué en parfaite lucidité : ici, la « neutralité » serait un mythe supplémentaire.

Catherine CLÉMENT

I - Approche anthropologique

Au risque de heurter une sensibilité façonnée par le christianisme, les études des ethnologues constatent que les systèmes de parenté fonctionnent indépendamment de l'existence du couple. Elles montrent, en effet, que les relations entre les hommes et les femmes sont réglées par les groupes qui contrôlent la répartition des femmes en instituant le tabou de l'inceste et la loi de l'exogamie. La nature impose l'alliance en exigeant la survie de l'espèce, mais c'est la culture qui en conditionne les déterminations. Ainsi, d'après Claude Lévi-Strauss, les femmes deviennent l'objet d'échange, de communication entre les mâles du groupe, au même titre que les biens économiques et les mots du langage.

Les femmes sont donc des signes qui se distinguent des autres signes en ce qu'elles sont en même temps producteurs de signes et, en ce sens, elles constituent un pont entre la nature et la culture. Lévi-Strauss insiste sur l'aspect économique et social de la sexualité primitive : il faut faire survivre le groupe en conservant les biens par l'échange, en lui donnant des enfants.

Relativité des modèles dans le système de parenté

Dans différentes sociétés le mariage recouvre un échange de femmes, une alliance de clan à clan (c'est le cas du mariage coutumier dans certaines régions d'Afrique, par exemple le Togo du Nord), un système de parenté, non un couple à proprement parler. Il comporte un certain nombre de rôles différenciés, mais s'effectue hors de toute relation affective et hors de tout dialogue. Luc Thoré note qu'au Sénégal la communication verbale entre mari et femme est quasi inexistante, alors que le dialogue du frère et de la sœur, de la mère et du fils est souvent abondant. En effet, la réserve entre époux, corrélative ou non de la ségrégation entre un monde masculin et un monde féminin, paraît être constante dans les sociétés africaines. Par-delà les différences entre régime patrilinéaire et matrilinéaire, par-delà les différences entre les communautés agraires et pastorales, Rémi Clignet résume ainsi la situation : « La forme la plus courante de communication entre époux est l'indifférence. » À propos des Zoulous et des Lozi, Max Gluckman développe les conséquences de cette indifférence. L'union des époux fonde une unité économique, mais le compagnonnage pour l'homme n'est possible qu'avec d'autres hommes, pour la femme qu'avec d'autres femmes.

Le groupe reconnaît donc l'importance du lignage des époux, mais le couple demeure une réalité étrangère au mariage dans les cas rares où il existe, comme chez les Samba, à l'état pré-nuptial et nécessairement dissocié d'une possibilité de mariage. Exceptionnellement alors les relations sexuelles semblent aller de pair avec des échanges verbaux et des sentiments exprimés, mais une rupture radicale s'opère entre cette situation transitoire d'amants et le mariage, qui ignore toute intimité. Margaret Mead

apporte à ces recherches des précisions intéressantes grâce à des études faites en Nouvelle-Guinée. La ségrégation des sexes lui paraît contribuer largement à l'absence d'échange verbal et affectif entre les époux. L'initiation et l'institution de la maison des hommes renforce la différence immédiate des sexes. La masculinité se définissant dans une rupture avec la féminité, on comprend que l'homme et la femme n'aient plus d'autre communication que l'acte biologique de la reproduction.

L'ethnologie fait ainsi apparaître, dans ces exemples, la relativité non seulement des rôles de l'homme et de la femme dans le groupe, mais encore la relativité de ces rôles à l'intérieur des systèmes de parenté et, de manière quasi absolue, la dissociation entre mariage et couple. L'idée de couple est étrangère à ces sociétés ; on y trouve au plus une relation duelle entre un homme et une femme d'un même lignage.

Le mariage en Occident

On pourrait se demander si les pratiques et les représentations de l'Occident ont été bien différentes avant la fin du XIX^e siècle. Des survivances d'un tel système semblent demeurer à côté de nous. Une étude de Pierre Bourdieu (1962) relève qu'au Béarn, région depuis longtemps christianisée, la famille intervient dans les échanges matrimoniaux conçus uniquement en vue de la conservation du patrimoine, et empêche toute liberté de choix personnel. Le célibat religieux ou ecclésiastique se trouve, par le fait, être partie constituante d'un tel système, d'autant que la religion en permet une valorisation reconnue par le groupe social. La ségrégation des sexes depuis l'école et le catéchisme se poursuit dans la vie adulte : à l'église, les hommes sont dans la tribune, les femmes sur les bas-côtés ; le café est réservé aux hommes.

La distance entre l'homme et la femme est telle qu'aucune communication ne peut s'établir entre eux, et le mariage correspond inévitablement à un truchement familial. Là encore, le mariage apparaît comme fonction procréatrice et structure économique, qui ne supposent aucunement le couple.

Il est clair que les grands textes classiques de la Grèce conçoivent le mariage comme une association établie en vue de la bonne gestion du patrimoine et de la procréation des enfants pour la continuation de la famille et le peuplement de la cité. Toutefois, l'idée d'une ségrégation des femmes dans le gynécée, la mainmise de l'homme libre sur toutes les formes de gouvernement risqueraient d'occulter les exigences éthiques que Xénophon, Platon, Aristote imposaient aux époux. La femme, objet d'échange entre un père et celui qui devient son gendre, acquiert, une fois mariée, des droits et des privilèges. Les rapports des époux relèvent de la vertu de justice. Et, si la femme commet une injustice en refusant de se soumettre à son mari, celui-ci a le devoir de la former, afin qu'elle partage son pouvoir sur la maison. L'épouse ne saurait se confondre ni avec une esclave ni avec une enfant. Le rapport que l'époux exerce sur elle n'en est pas moins de domination.

Michel Foucault, dans *L'Usage des plaisirs* (1984), analyse l'isomorphisme entre la relation sexuelle, la relation conjugale, la relation domestique et la relation sociale. Il s'ensuit que le maître de maison peut, en toute justice, exercer sans exclusive son pouvoir sur sa femme, ses concubines, ses esclaves, femmes et garçons. Le sujet qui accomplit la pénétration est celui qui domine. L'amour des garçons et la *philia* qui l'entoure peuvent donc coexister sans difficulté avec le mariage. Simplement, l'amour des garçons en tant qu'il s'adresse à un sujet possible de la vérité, comporte des exigences éthiques plus grandes que la relation conjugale. L'autre y est un égal possible. C'est dans cette logique qu'il faut lire *Le Banquet*

de Platon, si l'on veut comprendre la signification de la maîtrise de soi dont Socrate donne l'exemple, sans prétendre qu'il s'agit d'un renoncement définitif à l'usage des plaisirs sexuels.

Il faut s'étonner que les discours chrétiens des premiers siècles en restent à peu près à cette conception du mariage, alors que des textes païens de la même époque, rares peut-être mais non négligeables, semblent s'attacher plutôt à la relation entre les époux. On a montré que l'érotisme n'avait aucune part dans le mariage chrétien, les termes utilisés pour parler de l'affection entre les époux étant invariablement ceux d'agapé ou de caritas. De plus, là où il est admis que la femme peut jouer un rôle égal, ou supérieur, à celui de l'ami, sa situation de soumission est rappelée avec une vigueur qui semble avoir disparu dans les textes philosophiques païens de la même époque. Il serait intéressant de savoir ce qui conduit le christianisme à entretenir ce décalage. Sa théologie ? La relation établie entre le péché et la chair ? Son système de pouvoir ?

Le stoïcisme tardif, peut-être dans la logique de la fraternité universelle, semble réduire l'inégalité entre l'homme et la femme, au point d'envisager la relation conjugale comme un compagnonnage affectueux, raisonnable et spirituel. On pourrait, à la limite, parler d'un compagnonnage amoureux en raison même de la force de l'attachement dont parlent certains textes, et – si l'on pouvait tenir le paradoxe – d'une passion maîtrisée, tant il est vrai que l'autre conjoint – et de façon réciproque – occupe une grande place dans les représentations. Les stoïciens, si l'on suit l'hypothèse de Foucault dans *Le Souci de soi*, auraient fondé le mariage comme état de vie, un état de vie qui permettrait, dans la restriction qu'il impose à la sexualité, de s'accorder chacun à soi-même un plus grand souci de soi comme être raisonnable. Le mariage ne serait-il pas d'ores et déjà l'espace de l'aide mutuelle ? À la suite de Musonius, de Pline et de Sénèque, Plutarque, dans *L'Eroticos*, systématise ce point de vue. Déplaçant l'amour des garçons à la relation conjugale, il accorde à celle-ci la suprématie de la rationalité, justement parce qu'elle module l'usage des plaisirs au lieu d'obliger à les dépasser, exigence désormais inscrite dans l'amour des garçons s'il veut être vrai. Ce qui est impressionnant, c'est que Plutarque paraît bel et bien parler d'amour, comme si l'amour, l'amour réciproque et fidèle, avait été conçu d'abord dans une conjugalité païenne. Là où la femme peut être philosophe – ce que l'anecdote de Plutarque atteste –, elle peut être sujet aimant.

Mais l'amour peut-il être raisonnable et peut-on, si amour il y a, maintenir la soumission des femmes ? C'est peut-être pour éviter ces questions que les textes chrétiens n'ont cultivé du stoïcisme que l'idée de mariage comme état de vie, mais un état de vie toujours inférieur par l'art de vivre qu'il valorise hautement : la virginité. La virginité étend désormais son empire sur le mariage. Se constituant en une sorte d'art érotique, elle pourchasse le plaisir, qu'elle tend à exclure totalement du mariage.

La monogamie se fait loi, se substituant désormais à ce qui était seulement conduite préférable. Elle devient le plus bas degré d'un ascétisme de la continence. Une volonté d'abnégation prend le relais du désir de se constituer soi-même comme être raisonnable. Ce pourquoi le plaisir ne saurait plus avoir de part reconnue.

Or, si la virginité constitue un modèle féminin universalisé, il semble bien que les discours chrétiens donnent à la femme un statut tel qu'on s'empresse de lui reprendre ce que la virginité aurait pu lui permettre de gagner : la position de sujet. La femme est loin d'être, dans la relation conjugale, un autre « soi-même » comme le veut le stoïcisme tardif. Si quelques femmes d'exception, telle sainte Mélanie, ont réussi à égaler et à dépasser les hommes par leur pouvoir sur elle-même et sur les autres, les femmes vierges ont, en général, échappé à la tutelle de l'époux pour trouver celle du clerc. Parce que la virginité féminine est une figure de la relation entre le Christ et l'Église, dont le mariage est le «

mystère », la vierge est assimilée à l'épouse du Christ, distinguée en cela d'une autre femme, épouse de Pierre ou de Paul. Dès le iiiie siècle, à Rome, elle porte le voile. La consécration des vierges, objet d'un rite (ainsi que, par extension, la consécration monastique), est définie au concile de Chalcédoine (451) comme un mariage. Le représenté est pris pour le signifiant, ce qui explique pourquoi les moines sollicités pour exercer le pouvoir en tant qu'hommes et clercs se sont souvent défendus au nom d'une « vocation monastique » liée implicitement à un certain statut de la féminité. Si le Christ dispense l'amour tandis que la vertu de l'Église est la soumission, si l'un est tête l'autre corps (somme d'organes), si l'un sauve et si l'autre est sauvé, la femme ne peut être sauvée par le Christ qu'en reconnaissant son infériorité. Régénérée et régénératrice parce qu'elle se donne entièrement au Christ, l'Église devient modèle de la femme, de toute femme, même de la vierge. La vierge est ainsi l'épouse et la mère par excellence : soumise au Christ et fécondée par lui, comme une épouse chrétienne est soumise à son époux et fécondée par lui. La virginité produit donc directement ce que le mariage produit médiatement. La vierge est rendue à la maternité-pour-l'homme, non à la féminité. Le féminin est inexorablement commandé par le masculin. La relation de l'un à l'autre est marquée par une exigence d'unité dans l'inégalité. Ce n'est donc pas la femme qui gagne à la propagation de la virginité, mais bien l'idéal ascétique lui-même, qui pénètre le mariage sans pour autant donner aux femmes les droits de la subjectivité. Plus spécialement localisé dans le désert, la cellule ou le cloître, l'ascétisme devient le modèle de la vie chrétienne puis de la hiérarchie ecclésiale. Ordonnant le mariage à la censure de l'« éros » et à l'assujettissement de la femme, considérant la femme vierge à travers la catégorie de mère et d'épouse, le christianisme double le pouvoir de censure d'un pouvoir clérical exclusivement masculin. Tandis que la virginité du censeur devient la condition de l'exercice du pouvoir et de l'amour de la censure, la femme ne peut être ni censeur ni pontife, elle ne peut que subir la censure.

N'est-ce pas contre le mariage et en dehors de la virginité que des femmes, du xie siècle au xiiie siècle, inventent ou réinventent, en marge de l'orthodoxie catholique, l'amour et le couple (cf. courtoisie), en s'octroyant le droit d'être maîtresses dans les jeux de l'amour ?

Dans les sociétés contemporaines occidentales, à l'inverse de la famille traditionnelle souvent proche du type patriarcal, préoccupée surtout d'obligations parentales, économiques et sociales, et à la différence des amants purs vivant dans l'ombre du secret, un mariage de type nouveau se réalise. Il est avant tout centré sur le couple et met en œuvre et en lumière la conjugalité, une situation qu'il partage d'ailleurs avec d'autres formes concurrentes de liens fondés sur la vie commune de deux personnes, comme l'antique union libre ou les bien plus récents contrats de partenariat (pacte civil de solidarité en France).

[Marie-Odile MÉTRAL-STIKER,](#)

[E.U.](#)

II - Ambiguïté de l'institution

C'est avec la certitude qu'on ne saurait échapper aux multiples réseaux de la subjectivité – fantasmatiques et idéologiques – qu'on peut se risquer à une critique de l'institution. Critique qui ne doit pas s'entendre en un sens seulement négatif, mais qui doit procéder à une évaluation des possibilités de changement d'une institution inadaptée à son monde. Pour ce faire, les mots d'ordre libertaires, pour exaltants qu'ils puissent être, doivent céder le pas à une analyse précise, non du mariage, mais de ses conditions mêmes d'application dans le monde réel. C'est moins l'individu lui-même qui doit être libéré du mariage que le mariage lui-même qui peut se libérer.

Une fonction structurale

La moindre confrontation avec le réel quotidien rend nécessaire un nouveau type de discours sur le mariage : aucun discours rationnel et argumenté ne pourrait se tenir aujourd'hui, qui ignorerait, d'une part, les données de l'ethnologie et de la psychanalyse, d'autre part, les modifications réelles des conditions objectives du mariage : travail plus fréquent des femmes, difficultés de l'emploi du temps, fréquence croissante du nombre des divorces, etc. Ainsi, l'ethnologie nous apprend que le mariage a pour fonction l'échange : Lévi-Strauss en fait la clé de voûte de son système et de toute une orientation de recherche, en montrant que le mariage assure en même temps l'expansion du langage et de l'exogamie ; le mariage est l'institution qui fonde la culture, il est l'acte culturel par excellence. De ce fait, l'affectivité qui, dans la conception courante, sous-tend l'institution, devient relative à celle-ci, et déterminée en seconde instance. De même, la psychanalyse permet de mettre en évidence la structuration véritable du couple : non pas deux éléments, mais trois, à savoir la fonction paternelle, ayant force de loi, la mère, ressource des imaginaires, et l'enfant. Le triangle œdipien dont chaque individu fait partie effectuée de la même façon que l'ethnologie la « mise en système » du mariage, et relativise un phénomène vécu par ailleurs comme absolu dans une mythologie d'inspiration romantique. Mais ces deux types d'analyse sont tout à fait compatibles avec des discours de type idéaliste : chrétien ou judaïsant, par exemple. Il suffit de ressaisir la relativité du phénomène dans une pérennité orientée, qui peut s'appeler histoire, plus volontiers encore eschatologie ; les « sciences humaines » ne sont pas encore capables de se dégager des différents contextes idéologiques ; elles n'ont pas atteint le degré d'autonomie nécessaire, et toute évaluation du mariage qui ne s'appuierait que sur les sciences humaines doit se souvenir de la mésaventure de la psychanalyse freudienne aux États-Unis : Freud croyait bien y apporter la « peste », mais elle fut neutralisée par une vaccine idéologique puissante, et devint un système d'assistance psychologique généralisé. Le risque est grand de confondre science et technique, système rigoureux d'investigation et de déduction, et recettes empiriques d'adaptation à une société donnée.

Les leurres

La période actuelle, fertile en analyses parascientifiques et en manipulations de la psychanalyse, de la psychologie et des techniques relationnelles, est aussi féconde en réajustements du mariage à ses fonctions idéologiques et sociales de conservation. La

difficulté n'est pas contournable ; le mariage sert à la reproduction et à la conservation. Engels écrit que le mariage a pour fonction « la production de la reproduction dans la vie immédiate » ; cette production est double : « D'une part la production de moyens d'existence, des objets servant à la nourriture, à l'habillement, au logement et des outils qu'ils nécessitent, d'autre part la production des hommes mêmes, la propagation de l'espèce. » On ne peut donc, à l'évidence, refuser la fonction de répétition, de reproduction d'un donné déjà existant, que représente le mariage. Or, tel n'est pas le discours propagé, par exemple, par les journaux féminins, ou par les émissions radiophoniques, et en général par les médias, qui, au contraire, cherchent à montrer le caractère progressiste, « enrichissant », les aspects positifs de la relation conjugale, par elle-même, ainsi que la nécessité absolue d'en passer par l'institution pour épanouir la « personnalité ». Or cette conception de la relation conjugale ne saurait être mise en œuvre sans que soient découverts les causes et les remèdes de la « difficulté d'être » du mariage contemporain : parmi les leurres les plus éprouvés, les plus efficaces, il faut relever ceux de la

contraception et de l'érotisme. Non que ces deux problèmes ne soient pas importants mais ils ne constituent pas à eux seuls les facteurs de changement pour une institution aussi fondamentalement ancrée et archaïque que le mariage. « Libérer la femme », slogan justifiable par ailleurs, ne peut se faire par la pilule seule, ou par un meilleur rapport au corps, si ce corps n'est pas libéré des oppressions sociales dans lesquelles il est pris : contraintes de l'emploi du temps, bas salaires pour les femmes, absence de solutions commodes et accessibles financièrement pour l'éducation des enfants. La presse féminine, les conseillères psychologiques à la radio, les voyantes et certains gynécologues mondains assument cette fonction de hochet pour suffragettes périmées. Parallèlement à ce système de recettes et de conseils « de bonne femme », on assiste à une relance de l'utopie : les événements de mai 1968 ont vu fleurir à nouveau les références aux socialistes utopiques, Fourier et son Nouveau Monde amoureux en tête. Vers la même époque se répandait le slogan Make love, not war, symbole de toute une « tradition » spontanéiste ; il a remis à l'ordre du jour un mode romantique de relation à l'autre : absolu, inconditionné, sans concession, soutien et menace à la fois du mariage, l'amour sous une forme spiritualisée, irréaliste, voire surréaliste, circule comme régulateur du mythe social du mariage. Mythe d'une part, réalité de l'autre : que penser alors du mariage, fondement institutionnel de la relation entre l'homme et la femme ?

Libérer le mariage

À la suite d'Engels, on peut réaffirmer que la fonction essentielle du mariage est la reproduction ; le mariage est à la charnière entre culture et nature, à la charnière aussi entre l'engendrement du langage et des signes d'une part, de leur transmission, d'autre part. Mais le fait de la reproduction comprend aussi la conservation d'une structure immuable quant à sa régulation – le père, la mère, l'enfant – si même par ailleurs ses modalités sont variables selon les cultures : l'oncle paternel, l'Assistance publique ou la grand-mère tenant lieu de fonction paternelle ou maternelle. Or comment modifier ce qui conserve ? Il faut pour cela un mouvement idéologique global : le mariage ne peut être changé seul, mieux, il y a lieu de penser qu'il changera après que l'idéologie dominante aura changé l'ensemble des structures sociales. Il faut pour effectuer la critique du mariage le replacer dans son contexte idéologique et social : institution fondamentale et institution idéologique conservatrice. Effectuer le clivage entre conservation et tendances conservatrices, telle est la difficulté majeure de la critique.

Toutefois, il y a dans la condition de la femme telle que le mariage la lui fait, des ressources de changement et de protestation. La tradition socialiste et marxiste fait de la femme l'analogue du prolétariat dans la relation du couple : la femme, comme le travailleur, est opprimée. « Elle a été esclave avant que l'esclave fût », dit

August Bebel, et Lénine écrit, à propos de la famille individuelle monogamique, dans laquelle la direction du ménage ne concerne plus la société : « Elle (la direction du ménage) devint un service privé ; la femme devint une première servante, écartée de la participation à la production sociale », et, plus loin encore : « [L'homme] est, dans la famille, le bourgeois, et la femme le prolétariat. » C'est dire que le mythe de la « libération de la femme », par la pilule, par l'érotisme, ou par le travail, tel qu'il est présenté par l'idéologie actuelle, comme tout mythe, possède sa vérité quelque part : non pas dans une exaltation de la « femme-en-soi », mais dans la reconnaissance d'une égalité de droit suivie d'une égalité de fait, entre homme et femme, au niveau du rôle social et des conditions d'existence. Libérer le mariage, cela ne peut sans doute se faire avant que cette mutation ait eu lieu dans le réel objectif : la reconnaissance de la différence sexuelle et, en même temps, de l'égalité des sexes.

Mais pour ce qui est de l'institution elle-même, elle demeure, à notre avis, inaccessible à la réflexion, du moins à l'analyse objective. Le mariage est pris dans une structure objective, mais implique la subjectivité ; la critique, si même elle tient compte des phénomènes objectifs, demeure impuissante à en penser le principe d'évolution et de changement. Le marxisme et la psychanalyse se rejoignent ici dans la même démarche : déplacer le terrain du problème insoluble, ne pas conclure, mettre en rapport l'institution avec ses causes et son contexte social. Comme le dit Georges Politzer, « la psychologie ne détient nullement le « secret » des faits humains, simplement parce que ce « secret » n'est pas d'ordre « psychologique ». Et Freud écrivait : « Vu les grands efforts actuellement tentés dans le monde civilisé pour réformer la vie sexuelle, il n'est pas superflu de rappeler que la psychanalyse n'adopte aucune attitude définie à ce point de vue. Elle ne s'efforce que de découvrir les connexions en reliant ce qui est patent à ce qui reste dissimulé. Elle se trouvera satisfaite si les réformes établies tiennent compte de ses données, afin de substituer aux conceptions nuisibles des conceptions profitables mais il ne lui appartient pas de décider si des institutions sociales différentes n'entraîneraient pas des sacrifices plus lourds encore. » Marx enfin : « Toute mythologie maîtrise, domine les forces de la nature dans le domaine de l'imagination et par l'imagination et leur donne forme. Elle disparaît donc quand ces forces sont dominées réellement. »

□ [Catherine CLÉMENT](#)

III - Le droit du mariage

Aucune société ne pouvant courir le risque de l'anomie, toutes enserrent dans des normes plus ou moins contraignantes l'union des sexes et la procréation, faits de nature sur la base desquels s'édifient les familles. La permanence et l'universalité du droit du mariage expriment la nécessité d'institutionnaliser et de façonner le couple humain. Cette exigence, indispensable à la société comme à l'individu, n'exclut nullement la diversité selon les temps et les lieux du droit du mariage, car tous les peuples, et même tous les hommes, n'ont pas du mariage la même conception et n'assignent à l'institution ni la même forme ni la même nature. Cette diversité existe parfois au sein d'une même société au même moment de son histoire. La manière dont le mariage est saisi par le droit, quant à la formation et à la dissolution du lien conjugal et quant à la nature des relations entre époux, trace les lignes de partage des grandes civilisations et définit aussi les seuils de leur évolution historique et sociologique.

Diversité des conceptions

Malgré l'apparente sécheresse des lois, la complexité du droit du mariage résulte du fait que l'union des sexes en un couple stable est située au carrefour de plusieurs systèmes normatifs qui tantôt se combinent les uns avec les autres, tantôt s'ignorent, tantôt s'opposent et entrent en conflit. La diversité affecte le droit lui-même à travers la nature des normes, autant que la conception juridique du mariage.

En effet, le lien conjugal est appréhendé non seulement par le droit positif de l'État, mais aussi par des normes religieuses et morales, comme par des coutumes ou des règles de mœurs. Si bien que le droit du mariage et, plus généralement, le droit de la famille, est un des domaines privilégiés des phénomènes d'internormativité.

Toutes les grandes religions ont élaboré un système de normes relatif au mariage. En Occident, par suite de la division des chrétiens, de la laïcisation de l'État et du droit étatique, l'évolution a conduit la quasi-totalité des États européens à dégager le mariage de l'emprise du droit canonique et de la juridiction de l'Église, dont l'autorité en la matière était reconnue par l'État dans l'Ancien Régime en France, et jusqu'à une date beaucoup plus récente en Italie, en Grèce et en Espagne.

Dans les pays musulmans, c'est dans le Coran que la plupart des États arabes puisent encore leur droit du mariage, soit que les règles religieuses aient par elles-mêmes force de loi, soit qu'elles aient inspiré la législation de l'État. Certains pays multiconfessionnels comme le Liban conservent en conséquence un grand pluralisme juridique car on applique aux adeptes de chaque religion le droit qui leur est propre. Mais une tendance plus ou moins forte à la laïcisation du droit du mariage et à la rupture avec les conceptions religieuses traditionnelles est aussi observable, en particulier en Turquie, en Tunisie ou plus récemment au Maroc.

Quant aux règles morales, le droit du mariage et plus encore celui du divorce en est imprégné. Pendant de longues années, le mariage fut en Occident, et sous l'influence de l'Église, considéré comme la forme permissive des relations sexuelles et exclusive de telles relations avec un autre partenaire. De nos jours, les mœurs et l'opinion ayant changé, le droit semble avoir opéré un relatif désengagement moral, en ne réprimant plus pénalement l'adultère, ou en admettant le divorce pour simple séparation de fait des époux.

Les règles de mœurs et les coutumes très diversifiées selon les milieux ou les régions contribuent à définir la pratique sociale. Plus étudiées par les sociologues que par les juristes, ces derniers ne peuvent cependant les ignorer soit pour les combattre, soit pour s'y adapter.

La diversité affecte aussi la notion même du mariage, sa nature ou sa structure.

Tous les systèmes juridiques issus du droit romain et du droit canonique demeurent fidèles au principe de monogamie alors que d'autres admettent et pratiquent la polygamie, ce qui implique une conception radicalement opposée de la société conjugale, des relations de l'homme et de la femme et de leurs rôles respectifs, même si la monogamie des uns est tempérée par les remariages et si la polygamie des autres est plus théorique que réelle.

Le christianisme imposa longtemps l'indissolubilité du mariage du vivant des époux en prohibant le divorce. Ce principe est presque universellement abandonné de nos jours, mais les conceptions du divorce qui s'induisent en partie d'une conception du mariage sont très variables.

Pour les uns, le mariage est dominé par le principe de la liberté matrimoniale, inscrit dans les constitutions, alors que d'autres, en droit et en fait, subordonnent le mariage à des impératifs supérieurs à la volonté personnelle des époux qui s'expriment par des contrôles familiaux ou étatiques des unions et également par de véritables prohibitions du mariage pour des raisons sociales ou même eugéniques.

Enfin, l'état des gens mariés dépend de la structure de la famille, élargie à l'ensemble de la parenté ou réduite au couple et à ses enfants mineurs ; de même, le statut juridique des époux et spécialement de la femme fut longtemps, et est encore dans certains pays, conçu en fonction d'un principe hiérarchique ; dans les pays européens d'après guerre, le droit s'est efforcé de consacrer le principe d'égalité de l'homme et de la femme au sein de la famille et de la société.

À ces oppositions de nature et de structure s'ajoutent évidemment, au sein d'une même civilisation, des différences de détail entre les législations nationales.

La diversité des droits sur le mariage ne présente pas seulement un intérêt théorique d'ordre culturel. Ses conséquences pratiques apparaissent en cas de mariage entre deux personnes de nationalité différente. Il appartient alors au droit international privé de résoudre le conflit de lois qui se présente souvent comme un conflit de cultures, en déterminant la loi applicable à la formation, aux effets et à la dissolution du lien conjugal. Les solutions du droit international privé varient elles-mêmes d'un État à l'autre, encore que certains soient liés par des conventions internationales, qui, cependant, ne résolvent pas l'ensemble des problèmes posés. Leur diversité et leur complexité sont telles qu'il apparaît impossible d'appliquer une loi unique à l'ensemble de la situation matrimoniale. Si de nombreux États donnent compétence à la loi nationale des époux, l'harmonisation de deux lois nationales suscite de nombreuses difficultés. De plus, l'application de lois étrangères, lorsque leur contenu diffère de façon trop importante, se heurte souvent à l'ordre public.

En pratique, il est quasi impossible d'éviter ce que l'on appelle « des mariages boiteux » ou des « divorces boiteux », c'est-à-dire réguliers au regard du droit d'un État mais considérés comme nuls ou non reconnus par un autre État. Le développement des mouvements internationaux de personnes confère à ces problèmes une actualité plus accusée qu'autrefois.

Formation du lien conjugal

Tous les systèmes juridiques établissent un minimum de règles relatives à la création du lien ; les plus essentielles sont sanctionnées par la nullité du mariage. Dans les droits occidentaux contemporains, que l'on analysera principalement, le principe de la liberté matrimoniale inspire le droit positif. Ce principe conduit à mettre l'accent sur le caractère nécessaire mais suffisant de la volonté des époux. Mais, parce qu'il est aussi un acte social, la loi impose l'observance d'un rite, le mariage étant dépourvu d'existence à défaut de célébration. Fidèle cependant à une conception personnelle et libérale, la loi limite au maximum les empêchements à mariage fondés sur des considérations physiologiques ou sociologiques.

La liberté matrimoniale

Principe général du droit, la liberté matrimoniale apparaît comme un des droits de l'homme qu'il s'agit de garantir contre toutes sortes de pressions ou d'entraves qui pourraient le limiter. La loi elle-même s'y efforce de diverses manières, et les tribunaux sanctionnent les atteintes directes ou indirectes à la liberté nuptiale. Certes le droit n'est pas toujours efficace, et ses moyens sont limités pour combattre des phénomènes de mœurs peu respectueux de la liberté, car il se heurte souvent à des difficultés de preuve ou à la résistance des pratiques sociales, telles que l'hostilité envers le célibat, la réprobation envers les mariages interraciaux ou même interconfessionnels qui entraînent l'exclusion sociale de ceux qui dérogent à la norme de tel ou tel milieu.

L'évolution juridique a néanmoins consisté à consacrer, de façon toujours plus nette, la liberté de ne pas se marier comme celle de se marier.

C'est ainsi que les fiançailles ne sont pas considérées comme un contrat, ni comme un engagement juridiquement obligatoire. Certes, la rupture fautive des fiançailles peut être la source d'une responsabilité délictuelle et donner lieu à des dommages-intérêts réparateurs du préjudice, mais la jurisprudence est très vigilante et sévère dans la qualification de la faute et l'évaluation du préjudice afin de ne pas entraver la liberté de rompre. De même, l'incitation au mariage que représentait la naissance d'un enfant naturel afin de le légitimer s'est fortement affaiblie depuis que la loi civile a réalisé l'égalité des droits des enfants légitimes et naturels. Enfin, le droit affiche une parfaite neutralité envers le concubinage et l'union libre dont les effets sont de plus en plus largement reconnus.

Si un mariage est conclu sous l'influence de pressions, il peut être annulé, le consentement étant affecté du vice de violence. De nos jours, les mœurs ont largement rejoint la loi, et il n'est plus de mariages forcés, notamment par l'entourage familial des intéressés.

Le droit de se marier, en revanche, n'est pas aussi aisément reconnu en fait, si bien que les tribunaux doivent souvent intervenir pour le faire respecter. C'est ainsi que les clauses de célibat incluses dans les contrats de travail ou dans des donations ou legs, le licenciement d'un employé pour cause de mariage avec telle ou telle personne, représentent des pratiques illicites car attentatoires à la liberté du mariage. Cependant, la jurisprudence réserve « les raisons graves ou péremptoires » ou « les nécessités impérieuses » ou encore « les justes motifs » permettant de justifier de façon exceptionnelle les conditions de célibat. C'est ainsi qu'à l'issue d'un long conflit l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt en date du 9 mai 1978, qu'un établissement privé d'enseignement catholique pouvait résilier le contrat de travail d'un enseignant en raison de son remariage après divorce, contrairement à la règle canonique dont le respect était inclus dans les conditions du contrat. Cette décision a en général été critiquée par la doctrine.

De façon générale, les limites à la liberté du remariage ont peu à peu disparu, en conséquence notamment du développement du divorce et de la libéralisation de ses conditions.

Poser le principe de la liberté la plus large pour l'entrée en mariage peut obéir à des préoccupations sociales destinées à favoriser le mariage plutôt que l'union libre. Plus fondamentalement ce principe est inhérent à une conception qui, conformément au christianisme, fonde le mariage sur l'amour humain ; il est aujourd'hui dans la logique d'une société qui prétend affirmer pour l'individu le droit au bonheur, bonheur qui se recherche d'abord dans la vie privée et familiale. Cette perspective individualiste correspond au phénomène de « privatisation du mariage » que les sociologues observent dans les mœurs modernes, pour lesquelles le mariage relève essentiellement des individus, plus que de la société. Les règles juridiques qui gouvernent la formation du mariage se révèlent d'ailleurs, par faveur pour l'institution, beaucoup plus libérales que les mœurs, qui créent des contrôles familiaux ou des empêchements sociologiques.

La volonté matrimoniale

Dans le droit civil français, l'aspect psychologique du mariage, acte de volonté des époux, prédomine. Alors que, dans le droit canonique, l'union sexuelle, la copula carnalis, est aussi une condition de validité du mariage, la loi civile se montre moins réaliste en apparence ; le refus d'ouvrir la voie à des procès dont l'issue dépendait de preuves délicates à rapporter, joint à une certaine pudeur janséniste, a conduit les rédacteurs du Code civil à exiger seulement mais avec force la volonté des époux : « Il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement » (art. 146 C. civ.). Pour être efficace à créer le

mariage, la volonté des époux est nécessaire – elle doit présenter certaines qualités –, suffisante – d'autres volontés ne sont pas en principe requises – et durable. L'admission du divorce par consentement mutuel en 1975 a accusé le caractère volontariste et privé du mariage en tant que situation juridique.

Pour s'en tenir au mariage en tant qu'acte, l'exigence légale de la volonté de chacun des époux est généralement observée dans les mœurs et ne donne pas lieu à un contentieux abondant. Mais il a cependant fallu préciser, pour les cas pathologiques, les qualités que doit présenter le consentement des époux. Leur volonté de se marier doit être réelle – ce qui frappe de nullité le mariage d'un individu privé de conscience et de lucidité mais non pas celui qui est célébré à l'extrémité de vie si le moribond est conscient –, elle doit être exempte de vices tels que l'erreur « dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne » (art. 180 C. civ.) ou la violence physique ou morale qui prive les époux de leur liberté. Outre les difficultés de preuve du vice du consentement et de son caractère déterminant, les nullités de mariage se sont longtemps heurtées en droit civil (au contraire du droit canonique plus souple) à une conception très restrictive adoptée par la jurisprudence du xix^e siècle. Le rétablissement du divorce en 1884 en France devait, grâce à une interprétation large de ses causes, permettre de dissoudre les mariages conclus sous l'influence d'une erreur. Les tribunaux ont imaginé qu'il y a entre futurs époux une obligation de sincérité et que celui qui cache une qualité essentielle de sa personne commet une faute. En 1975, la notion d'erreur a été étendue aux qualités de la personne, ce qui peut expliquer une certaine recrudescence des annulations.

Enfin, il doit s'agir d'une volonté sérieuse, l'intention matrimoniale étant nécessaire. Par là même sont considérés comme nuls les mariages dits simulés, c'est-à-dire conclus dans un but étranger à l'institution, par exemple pour obtenir un avantage particulier tel que l'acquisition de la nationalité du conjoint ou des titres de séjour pour l'époux étranger, mais sans que les prétendus époux aient l'intention de vivre ensemble et d'assumer les conséquences du mariage. La Cour de cassation a cependant refusé en 1963 d'annuler un mariage à seule fin de légitimer un enfant, ce but n'ayant pas été jugé étranger à l'institution.

L'individualisme du droit du mariage se manifeste aussi par le caractère suffisant du consentement des époux. D'autres consentements ne sont pas en principe requis. Seul le mariage des incapables est subordonné à l'assentiment des parents pour les mineurs, du curateur ou du conseil de famille pour les incapables majeurs. Le contrôle familial des mariages était la règle dans l'Ancien Régime et avait donné lieu à des conflits entre l'Église, attachée à une conception personnelle du consentement, et le pouvoir royal, qui imposa un sévère contrôle familial des unions, selon une conception sociale, le mariage devant unir des familles plus que des individus. Le Code civil de 1804 maintint des règles strictes de nature à dissuader les enfants de se marier contre le gré de leurs parents, mais des lois successives réduisirent pratiquement à néant l'exigence du consentement parental qui, depuis l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans, n'est plus nécessaire que pour le mariage des mineurs de quinze à dix-huit ans.

La valorisation du consentement des époux ne fait cependant pas du mariage un acte purement consensuel, ou une situation informelle telle qu'elle résulterait de l'union libre, car la loi exige, pour qu'il y ait mariage, que le consentement s'exprime selon des formes réglementées.

Le rite matrimonial

En matière de mariage, le rite occupe une place essentielle : il traduit le caractère sacré ou en tout cas solennel de l'engagement ; il exprime le désir d'une reconnaissance sociale de l'union ; il rend possible un contrôle de cette union. Nécessaire à la validité, voire à l'existence même du mariage, la forme se présente aussi comme un instrument de preuve du lien conjugal.

L'histoire du rite matrimonial fut mouvementée car, à travers le rite, diverses conceptions de fond du mariage, civile et religieuse, s'opposèrent et s'opposent encore dans certains pays.

Le droit canonique à l'origine considérait le mariage comme un contrat informel qui n'impliquait pas participation d'un prêtre ; il suffisait, pour que le sacrement fût acquis, que fussent réunis le consentement des époux et l'acte de chair. Et Loysel pouvait dire dans un adage longtemps répété : « Boire, manger, coucher ensemble est mariage ce me semble. » À quoi il devait ajouter : « Mais il faut que l'Église y passe. » En effet, le concile de Trente, en 1563, avec le plein accord et peut-être sous la pression du pouvoir monarchique, décréta que le mariage devait être célébré devant le curé de la paroisse de l'un des deux fiancés et devant deux témoins afin d'assurer une publicité du mariage, laquelle permettait à l'Église d'en contrôler la régularité. De ce jour, les mariages clandestins furent poursuivis, et l'opposition devint patente entre mariage et concubinage.

Une fois acquis et bien implanté, le rite religieux subit encore les attaques de l'anticléricalisme, qui conduisit, lors de la Révolution française, à l'institution du mariage civil. En même temps que l'Église perdait tout pouvoir temporel pour imposer son propre droit, l'État laïc s'octroyait le pouvoir de célébrer les mariages « au nom de la loi ». Le combat pour la laïcité était d'autant plus important en France à l'époque révolutionnaire qu'il ne mettait pas seulement le rite en cause, mais à travers lui le droit et les conceptions fondamentales du mariage, à savoir son indissolubilité. Le mariage, ainsi désacralisé et laïcisé, ne perdit pas pour autant son caractère solennel. Les révolutionnaires ne revinrent pas à une conception purement consensuelle du mariage et imaginèrent, pour concurrencer le rite religieux, un rite civil qui doit se dérouler devant le maire, représentant le peuple et la communauté à laquelle appartiennent les époux. Le Code civil conserva la règle nouvelle qui imposait à tous la cérémonie civile et rejetait hors du droit les mariages célébrés religieusement.

De nos jours, l'état civil s'est, dans les grandes villes du moins, bureaucratisé, et le rite du mariage tend à être ravalé au rang d'un simple enregistrement. La décadence des oppositions que la publicité préalable doit permettre, la désolennisation de fait de la cérémonie civile tendent tout à la fois à diminuer l'importance sociale du mariage et le rôle de la société dans son accomplissement, rapprochant ainsi le mariage moderne du consensualisme originel. L'importance du consentement des époux en sort grandie. « Rien de plus important pour le juriste que cet évanouissement du rite civil. Non seulement parce qu'il a prédisposé la jurisprudence à accueillir tous les affaiblissements juridiques de la solennité, mais surtout parce qu'il a eu, semble-t-il, cette conséquence de transférer de l'État, s'il lui a jamais appartenu, aux époux le rôle efficient dans le mariage, pour la plus grande exaltation de la liberté » (Jean Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*). La décadence du rite civil est due à la discrétion des officiers d'état civil, peu disposés en général à la célébration des cultes laïques, et à la survivance sociologique des mariages religieux qui, cependant, ne peuvent plus en France être célébrés avant l'acte civil et ne produisent aucun effet de droit reconnu par l'État.

Hors de France, où les conflits des pouvoirs laïc et religieux n'ont pas eu la même acuité, les règles sont souvent bien différentes. Le principe français d'un mariage civil obligatoire est suivi par de nombreux pays européens (Belgique, Pays-Bas, Allemagne...). Dans la plupart des autres pays, qu'ils soient de tradition catholique (Italie, Espagne, Portugal) ou protestante (pays anglo-saxons et pays nordiques), les

individus ont le libre choix de la forme civile ou religieuse du mariage, et la seconde a la même valeur juridique que la première. Ce système suppose, pour fonctionner, soit que l'État délègue au ministre du culte une partie de ses pouvoirs, soit que les mariages célébrés religieusement fassent l'objet d'une inscription sur les registres de l'état civil.

Les interdits matrimoniaux

Le rôle de la société se manifeste non seulement par l'exigence d'un rituel mais aussi par des prohibitions du mariage que, depuis le droit canonique, on dénomme

« empêchements »  et entre lesquels on distingue ceux qui sont sanctionnés par la nullité (empêchements dirimants) et ceux qui, laissant subsister la validité du lien, s'opposent seulement à la célébration (empêchements prohibitifs). Mais afin de préserver autant qu'il est possible la liberté matrimoniale, les empêchements à mariage sont peu nombreux – à cet égard, le droit est beaucoup moins exigeant que la pratique sociale pouvait l'être ou l'est encore dans certains milieux –, et la loi les énonce limitativement ; le raisonnement, par analogie, est donc proscrit.



Empêchement	Dirimant	Prohibitif
Parenté en ligne directe	OUI	NON
Parenté en ligne collatérale	NON	OUI
Alliance	NON	OUI
Parenté par adoption	OUI	NON
Parenté par mariage	NON	OUI
Parenté par mariage et adoption	OUI	NON
Parenté par mariage et adoption en ligne collatérale	NON	OUI
Parenté par mariage et adoption en ligne directe	OUI	NON
Parenté par mariage et adoption en ligne collatérale et adoption en ligne directe	OUI	NON
Parenté par mariage et adoption en ligne directe et adoption en ligne collatérale	OUI	NON
Parenté par mariage et adoption en ligne collatérale et adoption en ligne directe et adoption en ligne collatérale	OUI	NON

Mariage.: empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance Empêchements à mariage fondés sur la parenté ou l'alliance en droit français.

Positivement, ces interdits se présentent comme des conditions du mariage, dont la diversité selon les civilisations ou les sociétés confère à l'idée de mariage sa forme spécifique.

Leurs fondements ou leurs justifications résident, pour les uns, dans la physiologie du mariage – union sexuelle –, pour les autres, dans des considérations sociales ou encore sociologiques.

L'élément physiologique, si important pour le droit canonique, est en droit français discrètement présent dans trois règles : l'exigence d'une différence de sexes entre les époux (le mariage homosexuel n'a été accepté que par quelques rares États européens dans les années 2000), l'âge légal auquel la loi présume la puberté (15 ans pour les filles, 18 ans pour les garçons), l'exigence d'un contrôle médical en vue du mariage. Institué en 1942, ce contrôle ne poursuit aucun but d'eugénisme comme l'ont pratiqué certains États (lois nazies de 1935 abrogées en 1946). Il préserve le secret médical, même entre futurs époux, et plus encore à l'égard de l'État, et se borne à informer chaque conjoint séparément de son état de santé. À l'inverse des droits scandinaves, l'existence de certaines maladies, même héréditaires, ne crée pas d'empêchement à mariage.

Les interdits de nature sociologique résident essentiellement dans la prohibition de la polygamie et de l'inceste.

Dans les pays occidentaux, le mariage est une union unique. Le droit laïc a entériné une règle de civilisation qui puise son origine dans l'ancien droit romain, puis dans le droit canonique, et s'oppose aux systèmes polygamiques des droits islamiques, africains ou orientaux.

Le principe monogamique s'exprime de façon très vigoureuse : il y a empêchement à mariage lorsque l'un des futurs conjoints est lié par un mariage antérieur non dissous.

La loi prévoit plusieurs mesures destinées à prévenir ou à sanctionner la polygamie :

l'obligation, pour les futurs époux, de produire un acte de naissance où figure la mention d'un précédent mariage permettra à l'officier d'état civil de refuser de procéder à la cérémonie. Le premier conjoint pourra faire opposition au mariage, et, si le mariage est néanmoins célébré, il est frappé de nullité absolue, que tout intéressé peut invoquer et que rien ne peut couvrir. La bigamie est enfin pénalement sanctionnée comme délit, si elle est volontaire.

De tout temps, cependant, le droit a dû lutter avec plus ou moins d'énergie et d'efficacité contre la polygamie de fait : en réprimant l'adultère comme délit, en sanctionnant civilement le concubinage adultérin, ou en interdisant le remariage avec le complice de l'adultère. Aujourd'hui, le droit a renoncé à poursuivre des faits qui relèvent de la morale privée, de même qu'il ne manifeste plus de défaveur envers les secondes noces. En effet, l'adultère, qui reste une cause possible de divorce, libère l'époux en vue du remariage. Dans nos pays, l'interdiction de la polygamie est fortement atténuée par l'admission d'une polygamie successive que le développement des divorces et des remariages consécutifs tend à normaliser.

Quant à l'interdit de l'inceste, c'est un des plus vieux tabous de l'humanité qui s'oppose à l'union sexuelle de deux personnes déjà unies par un lien de parenté ou d'alliance. Il traduit l'obligation de l'exogamie dont les fondements sont complexes et variables selon les sociétés. À la crainte des tares qui affecteraient les enfants issus d'unions consanguines s'ajoutent de façon beaucoup plus déterminante des justifications d'ordre moral, social et psychologique qui expliquent la répulsion constante envers l'inceste. L'étendue de la prohibition varie cependant selon la conception que chaque époque ou chaque système de droit se fait de la famille et de la parenté. Alors que le droit canonique multipliait les interdictions de mariage, le droit civil actuel n'impose qu'une conception très restrictive de l'endogamie. Seul est interdit, sans possibilité de dispense, le mariage entre ascendant et descendant, entre frère et sœur par le sang, et entre beau-père (belle-mère) et bru (gendre) lorsque le mariage produisant l'alliance a été dissous par divorce. Le mariage peut être autorisé par dispense du chef de l'État entre enfants adoptifs, entre oncle et nièce ou tante et neveu, entre beau-père (bellemère) et bru (gendre) lorsque le mariage produisant l'alliance a été dissous par décès.

Le désordre domestique et psychique que crée la confusion de deux liens familiaux justifie ces restrictions à la totale liberté matrimoniale.

Les relations conjugales

Le mariage est aussi un état de vie. Bien que le droit ne joue qu'un rôle assez négligeable dans la vie du couple qui serait le lieu privilégié du non-droit, bien que les relations conjugales soient d'abord des relations affectives et sociales plus que des relations juridiques, la société a néanmoins besoin du droit pour forger le statut de la famille dont le couple est à l'origine, déterminer les rôles respectifs de l'homme et de la femme, l'un par rapport à l'autre comme dans les rapports juridiques qu'ils nouent avec les tiers, fixer quelques normes de solution des conflits qui peuvent surgir.

Or la nature de ces relations dépend de la finalité que la société, donc le droit, assignent au mariage. Là où la finalité sociale prédomine, les époux sont impérativement assujettis au statut légal auquel ils ne peuvent déroger et que la volonté privée est impuissante à aménager. Lorsque au contraire le droit du mariage vise d'abord à satisfaire des aspirations individuelles et à respecter la liberté nécessaire à la

recherche du bonheur, le statut conjugal est laissé en partie à la maîtrise des époux par un droit libéral et souple.

Dans la plupart des pays européens, on est, depuis le milieu du xxe siècle, manifestement passé de la première à la seconde conception. Mais cette transformation n'a été possible qu'en raison de l'évolution capitale qui a affecté les rôles masculin et féminin dans la vie sociale en général. La libéralisation du droit matrimonial est en partie due à la refonte législative de la structure familiale du couple autrefois fondée sur un principe hiérarchique qui subordonnait la femme à l'autorité du mari, chef de famille, et aujourd'hui construite sur une base égalitaire.

La mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage consiste, selon les cas, tantôt à reconnaître à chacun, et plus précisément à la femme, indépendance et liberté dans l'accomplissement de certaines activités (choix d'une profession, liberté de gestion des gains professionnels et des biens personnels...), tantôt à imposer aux deux époux une solidarité et un exercice conjoint de leurs pouvoirs (solidarité pour les dettes du ménage, autorité parentale conjointe, fixation en commun de la résidence familiale, gestion commune du logement familial ou des biens de communauté). Le principe d'égalité dans ses diverses modalités innervent ainsi l'ensemble du droit civil du mariage, qu'il s'agisse des relations patrimoniales ou des rapports personnels entre époux.

Le droit patrimonial occupe une place importante, car la matière est plus facile à traiter juridiquement ; moins subjective et affective, elle intéresse aussi les tiers.

Une catégorie juridique, le régime matrimonial, embrasse l'ensemble des questions patrimoniales concernant les époux : répartition entre eux de l'actif et du passif, pouvoirs des époux sur les biens, sort du patrimoine à la dissolution du mariage. Les techniques et les régimes varient beaucoup d'un pays à l'autre, mais la plupart s'agencent en fonction de trois grands modèles : régimes communautaires qui organisent une indivision active et passive quant à certains biens, régimes séparatistes, dont le type le plus courant est le régime de séparation des biens, et régimes mixtes telle la participation aux acquêts, qui participent des premiers par le partage d'actif entre les époux à la dissolution du mariage, et des seconds par l'indépendance des patrimoines et de la gestion durant la vie conjugale. À défaut de contrat de mariage et de choix d'un régime particulier, le régime légal s'applique aux époux, et celui-ci est en France le régime de la communauté réduite aux acquêts, c'est-à-dire aux biens acquis pendant le mariage à titre onéreux.



Le Contrat de mariage, G. Traversi

Gaspare Traversi (1722-1770), *Le Contrat de mariage*, 1758. Huile sur toile. Galleria Nazionale, palais Barberini, Rome.

Le régime matrimonial a longtemps été considéré comme un pacte de famille que les époux ne pouvaient pas modifier. Désormais, la méfiance que le droit patrimonial, et spécialement successoral, témoignait envers le couple s'est fortement atténuée en conséquence de la promotion du ménage par rapport au lignage. Le régime matrimonial peut être modifié encore qu'un contrôle judiciaire soit prévu pour vérifier que le changement de régime n'est contraire ni à l'intérêt de la famille ni à celui des tiers créanciers des époux ou de l'un d'eux. Les libéralités entre époux peuvent porter sur une partie importante du patrimoine, ce qui diminue d'autant la réserve héréditaire des enfants. Certes, des règles spéciales défavorables survivent (révocabilité des donations, régime sévère envers les donations

déguisées, faible vocation héréditaire ordinaire du conjoint), mais elles s'expliquent par le caractère électif et affectif du lien conjugal plus que par une hostilité présumée envers le conjoint.

Si le droit positif se préoccupe du patrimoine principalement, il n'ignore pas les relations personnelles entre époux. Seulement, la discrétion s'impose dans un domaine par nature réfractaire aux commandements de la loi et aux sanctions juridiques. Si l'on peut avec une certaine efficacité contraindre un époux à verser les pensions alimentaires en exécution de son devoir légal de secours ou de contribution aux charges du ménage, en revanche, il serait ridicule et choquant de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation de fidélité ou de vie commune.

Néanmoins, la signification symbolique et les conséquences patrimoniales qui peuvent résulter de règles légales justifie l'énoncé par le Code civil des devoirs du mariage : fidélité, secours et assistance (art. 213 C. civ.), communauté de vie (art. 215), expression générique qui englobe à la fois l'union sexuelle, la cohabitation et qui réalise, selon l'ancienne et toujours actuelle définition du mariage par Portalis, « cette société de l'homme et de la femme qui s'unissent [...] pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et à partager leur commune destinée ».

La méconnaissance de ces devoirs, et plus largement celle de la morale conjugale qu'ils impliquent, ne connaît pas d'autres sanctions effectives que la dissolution du mariage.

Mariage et démariage

Tous les systèmes juridiques connaissent des modes de « démariage », terme qui, selon les dictionnaires, signifie « séparation juridique des époux », mais tous ne les fondent pas sur les mêmes causes et ne démarient pas de la même manière.

L'article 227 du Code civil prévoit que le mariage peut être dissous par la mort ou par le divorce. De la dissolution par décès, il y a peu à dire, si ce n'est que le lien matrimonial justifie au profit du conjoint survivant l'attribution de biens, soit au titre du régime matrimonial – s'il s'agit d'un régime communautaire, il y a partage des biens communs entre le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé –, soit au titre des successions légales ou testamentaires, soit encore en raison de l'obligation alimentaire qui pèse sur les héritiers. La coordination de ces diverses catégories juridiques est une des difficultés principales de la détermination des droits du conjoint survivant, dont la condition n'a cessé de s'améliorer au fur et à mesure que s'atténuait le souci de protéger le lignage. La dissolution du mariage du vivant des deux époux appelle en revanche plus de précisions. En droit, deux fondements très différents en théorie, mais parfois proches en pratique, l'annulation du mariage et le divorce ou la séparation de corps peuvent justifier la séparation des époux : le mariage en tant qu'acte juridique peut être, dans sa formation, affecté d'un vice que la loi sanctionne par la nullité, laquelle peut être absolue ou relative selon les caractères de la règle enfreinte, susceptible ou non de confirmation, prononcée à la demande d'un époux seulement ou ouverte à d'autres personnes déterminées, voire à tout intéressé. Les causes de nullité de mariage et la pratique de l'annulation dépendent évidemment de la conception du mariage.

On constate en effet une certaine corrélation entre nullité et divorce. Le droit canonique, qui persiste à tenir le mariage pour indissoluble, compense cette rigueur par une conception de l'annulation plus large qu'en droit civil laïc, qui, parce qu'il admet le divorce, se montre plus exigeant envers les nullités. En pratique, les actions en nullité sont rares, pour la plupart fondées sur la bigamie, car le divorce absorbe

l'essentiel du contentieux conjugal. Certains rapprochements existent également quant aux effets de la nullité et du divorce : l'un et l'autre anéantissent le lien matrimonial, mais théoriquement l'annulation est rétroactive tandis que le divorce laisse subsister les effets passés du mariage ; cependant la théorie du mariage putatif empruntée au droit canonique permet, lorsque les époux étaient de bonne foi, d'éviter la rétroactivité des nullités de mariage, si bien que, pour les époux et pour leurs enfants, la dissolution est tout à fait comparable au divorce, qui ne se distingue plus que par ses causes.

La manière dont chaque système juridique conçoit, organise et aménage le divorce est révélatrice de la conception qu'il se fait du mariage, car légiférer sur le divorce c'est, par contraste, légiférer sur le mariage. Sur le plan des idées, le divorce ne met pas fondamentalement en cause l'institution du mariage mais reflète plutôt ce qu'elle ne doit pas être. D'une autre manière, la fréquence du remariage après divorce atteste que l'institution n'est pas contestée et que le divorce ne concerne qu'une union singulière dont l'échec peut être surmonté par une nouvelle union.

Il demeure cependant que le divorce, dont la nécessité ne saurait être remise en cause, est un des principaux facteurs de la fragilité et de l'instabilité de la famille auxquelles la société ne peut rester indifférente.

Cette fragilité du lien conjugal est due non seulement à des facteurs externes d'ordre social ou économique qui pèsent sur le couple à son détriment, mais elle est aussi la conséquence inévitable de la valorisation qualitative du mariage et d'un investissement personnel et affectif peut-être excessif dans l'union conjugale.

Parce qu'il est rupture et déchirure, parce qu'il expose les conjoints désunis à des violences et des rapports de forces, parce qu'il met en cause le sort des enfants, le démariage requiert plus de droit et de contrôle institutionnalisés que le mariage qui, pour se faire et se vivre, peut se passer de la loi et du juge.

Par son libéralisme et sa souplesse, le droit français du mariage laisse aux époux une grande liberté de forger eux-mêmes leur loi commune, si bien que, en fait, différents modèles matrimoniaux peuvent coexister au sein du statut légal.

[Catherine LABRUSSE-RIOU](#) Thèmes associés

[DROIT CIVIL](#)

[DROIT DE LA FAMILLE](#)

[DROIT DES PERSONNES](#)

[MARIAGE, anthropologie](#)

Bibliographie

P. Bourdieu, « Célibat et condition paysanne », in *Études rurales*, nos 1, 5, 6, 1962

J. Cauquelin dir., *L'Énigme conjugale. Femmes et mariages en Asie*, Presses universitaires Blaise Pascal, Clermont-Ferrand, 2000

- R. Clignet, « Les Attitudes de la société à l'égard de la femme en Côte d'Ivoire », in *Rev. int. sci. soc.*, no 13, 1962 ; *Many Wives, Many Powers. Authority and Power in Polygynous Families*, Northwestern University Press, 1970, repr. fac-sim. 1994
- G. Duby, *Mâle Moyen Âge*, Flammarion, Paris, 1987
- M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. I : *La Volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1967 ; t. II : *L'Usage des plaisirs*, ibid., 1984 ; t. III : *Le Souci de soi*, ibid., 1984
- M. Gluckman, « Parenté et mariage chez les Lozi », in A. R. Radcliffe-Brown et D. Forde, *Les Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, P.U.F., Paris, 1953
- J. Goody, *L'Évolution de la famille et du mariage en Europe*, trad. M. Blinoff, Armand Colin, Paris, 1985
- A. Jeannière, *Anthropologie sexuelle*, Aubier-Montaigne, Paris, 1964
- C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Plon, Paris, 1958
- M. Mead, *L'Un et l'autre Sexe (Male and Female, 1948)*, trad. C. Ancelot et H. Etienne, Denoël, Paris, 1966
- M.-O. Métral, *Le Mariage, les hésitations de l'Occident*, Aubier-Montaigne, 1977 ; *La Famille, les illusions de l'unité*, Éditions ouvrières, Paris, 1979
- Pline le Jeune, *Lettres*, A.-M. Guillemin éd., 3 vol., Les Belles Lettres, Paris, 1967-1969
- L. Thore, « Polygamie et monogamie en Afrique noire », in *Revue de l'action populaire*, juill.-août 1964 ; « Mariage et divorce dans la banlieue de Dakar », in *Cahiers d'études africaines*, no 116, 1964
- C. Vatin, *Recherches sur le mariage et la condition de la femme mariée à l'époque hellénistique*, De Boccard, Paris, 1971
- P. Veyne, « L'Amour à Rome », in *Annales E.S.C.*, no 1, 1978.
- A. Bebel, « La Femme et le socialisme », in Y. Dumont, *Les Communistes et la condition de la femme*, Éditions sociales, Paris, 1970
- A. Desserprit dir., *Couple et mariage*, *Chronique sociale*, Lyon, 1981 □ F. Engels, *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, trad. J. Stern, Éditions sociales, 1969, reprod. fac-sim., la Balustrade, 2003
- S. Freud, « Contribution à la psychologie de la vie amoureuse » (*Beiträge zur Psychologie des Liebeslebens, 1910-1912-1917*), trad. D. Berger, J. Laplanche et al., in *La Vie sexuelle*, P.U.F., 1969, 10e éd. 1996
- C. Lasch, *Women and the Common Life*, New York, 1997 (*Les Femmes et la vie ordinaire. Amour, mariage et féminisme*, C. Rosson, Climats, Paris, 2006) □ V. I. Lénine, « La Journée internationale des femmes : 4 mars 1921 », in

- Œuvres complètes, t. XXXII, Éditions sociales, Moscou-Paris, 1960-1965
- Libération des femmes, année zéro, rec. textes, Maspero, Paris, 1972
- K. Marx, Contribution à la critique de l'économie politique, trad. J. Molitor, Paris, 1954
- G. Politzer, La Crise de la psychologie contemporaine, Éditions sociales, 1948 □ L. Sève, Marxisme et théorie de la personnalité, ibid., 5e éd. 1989.
- A. Bénabent, « La Liberté individuelle et le mariage », in Rev. trim. dr. civ., 1973
- J.-C. Bologne, Histoire du mariage en Occident, Lattès, Paris, 1995
- B. Bourdelois, Mariage polygamique et droit positif français, thèse, Joly, Paris, 1993
- J. Carbonnier, Droit civil, t. II, coll. Thémis, P.U.F., 15e éd. Paris, 1992 ;
- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in Mélanges Ripert, t. I, L.G.D.J., Paris, 1950
- R. Clément, « Le Mariage chrétien au Liban », in Études, 1981
- G. Cornu, Les Régimes matrimoniaux, coll. Thémis, P.U.F., 9e éd. 1997
- M. Delmas-Marty & C. Labrusse-Riou, Le Mariage et le divorce, coll. Que sais-je ?, ibid., 1978, 3e éd. 1988
- P. Esmein, Le Mariage en droit canonique, Paris, 1929-1935
- J. Gaudemet, Le Mariage en Occident, Cerf, Paris, 1987
- J. Hauser & D. Huet-Weiller, « Fondation et vie de la famille », in J. Ghestin dir., Traité de droit civil, t. III, L.G.D.J., 2e éd. 1993
- G. A. Kouassigan, « Des conflits interpersonnels et internationaux de lois quant à la forme du mariage en Afrique noire », in Rev. crit. dr. intern. privé, 1978
- J.-J. Lemouland, Le Mariage, Dalloz, Paris, 1998
- P. Mercier, Conflits de civilisation et droit international privé. Polygamie et répudiation, Droz, Genève, 1972
- R.-M. Roland, Le Couple et l'artifice. Droit des néo-conjugalités, mariages fictifs, concubinages, Pacs, L'Hermès, Lyon, 2000
- G. Suárez Pertierra dir., Derecho matrimonial comparado, Tirant lo Blanch, Valence, 2005
- R. Savatier, Le Droit, l'amour et la liberté, L.G.D.J., 1963.

Prise de vue

Selon une enquête sur la qualité de la justice, réalisée en 2001 par le ministère français de la Justice, 83 p. 100 des personnes interrogées affirment que l'avocat est irremplaçable lorsqu'on a affaire à la justice. C'est un taux de satisfaction fort et pourtant l'image des avocats est souvent caricaturée. Les idées reçues à leur sujet foisonnent. La réalité de la profession est de fait mal connue.

Les avocats s'enracinent dans une tradition perpétuée au cours des siècles qui leur confère le privilège de porter la parole et de défendre autrui dans un procès. L'étymologie y concourt, la dénomination professionnelle venant en droite ligne de l'advocatus romain, du verbe advocare : appeler quelqu'un, comme conseil, devant un juge. Pourtant, la profession a connu en France, dans le cadre d'une évolution constatée dans tous les pays occidentaux, une véritable transformation dans les trente dernières années du xx^e siècle. Elle concerne le statut de l'avocat, son champ d'activité, les structures et modalités d'exercice ou encore la démographie et les caractéristiques sociologiques et économiques de la profession.

I - Évolution de la profession

L'avocat ne peut être présenté indépendamment des ordres qui administrent les barreaux, c'est-à-dire les collèges d'avocats établis chacun dans le ressort d'un tribunal de grande instance, aujourd'hui au nombre de 181. Les barreaux tenaient jadis à la fois de la corporation et de la confrérie religieuse. C'est notamment l'origine du port de la « robe ». Bien que très tôt pratiquée par des laïcs, la profession a longtemps conservé cette dimension religieuse et les ordres ont toujours à leur tête un chef élu, le bâtonnier, qui portait autrefois le bâton de la bannière lors des processions solennelles.

Appelé « ordre des avocats » dès le Bas-Empire, le barreau, après une longue période d'effacement durant le haut Moyen Âge, est réorganisé en 1327 par une ordonnance de Philippe de Valois. Les avocats qui le composent doivent, depuis une ordonnance de Philippe III le Hardi du 12 octobre 1274, prêter serment avant d'exercer leur profession. Quant à l'exigence de la licence en droit pour l'exercice de la profession, elle remonte à François I^{er}. Les ordres affirment peu à peu leur autorité, en particulier sous le règne de Louis XIV.

L'Assemblée constituante, sous la Révolution, supprime l'ordre des avocats, dans le sillage de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 abolissant les corporations. Les avocats, pendant quelques années, cèdent la place, pour la plaidoirie, aux « défenseurs officieux ». Mais les ordres sont rétablis par le décret du 14 décembre 1810.

L'ordonnance royale du 27 février 1822 vient conférer aux avocats le monopole de la plaidoirie, marquant ainsi, comme l'indique le bâtonnier André Damien, la naissance du barreau moderne. À partir de 1830 s'ouvre l'« âge d'or des avocats ». Il se poursuit tout au long du xix^e siècle, notamment sous la III^e République, parfois appelée « République des avocats » par référence au nombre considérable d'avocats devenus parlementaires ou ministres. Au xx^e siècle, surtout après la Première Guerre mondiale, la professionnalisation croissante est jalonnée par quelques grands textes : le décret du 20 juin 1920 qui fait de l'inscription au tableau d'un barreau la condition, pour un licencié en droit, de pouvoir porter le titre d'avocat ; la loi du 28 juin 1941 qui crée le certificat d'aptitude à la profession

d'avocat (C.A.P.A.) ; le décret du 10 avril 1954 qui autorise les avocats à s'associer et à manipuler des fonds ; la loi du 31 décembre 1957 qui les habilite à poursuivre en justice le recouvrement de leurs honoraires ; la loi du 31 décembre 1971 qui, notamment, fusionne les professions d'avocats, d'avoués de première instance (qui représentaient les parties devant le tribunal civil) et d'agrés près les tribunaux de commerce.

Cette trajectoire a connu une étape décisive avec la loi du 31 décembre 1990 et son décret d'application du 27 novembre 1991, décidant en particulier la fusion de la profession d'avocat avec celle de conseil juridique et ouvrant ainsi largement la nouvelle profession au droit des affaires. Une loi du 31 décembre 1990 a ouvert simultanément la possibilité de créer des sociétés de capitaux dans les professions libérales et particulièrement chez les avocats. Des textes de réforme se sont ensuite multipliés, dont il convient de retenir la loi du 11 février 2004 – concernant la formation, la procédure disciplinaire, les pouvoirs normatifs du Conseil national des barreaux –, et le décret du 12 juillet 2005 contenant les règles de déontologie de la profession

Le sociologue Lucien Karpik estime que la profession a plus changé dans les trois dernières décennies du xx^e siècle que pendant les deux siècles précédents où s'affirmaient la primauté de la clientèle de particuliers, la centralité de l'intervention judiciaire, avec une compétence juridique axée sur le droit pénal et le droit civil traditionnel, l'interdiction de s'engager sur le marché des affaires, l'autorité des ordres, tandis que les avocats jouaient un rôle important dans la vie publique, en particulier dans le domaine politique.

II - Statut et fonctions de l'avocat en France

L'organisation générale de la profession d'avocat

Un avocat, pour pouvoir exercer, doit être inscrit à un barreau établi auprès d'un tribunal de grande instance. Chaque barreau est indépendant ; il n'y a pas de hiérarchie entre eux, même si, par ses effectifs, le barreau de la capitale joue de fait un rôle exceptionnel. Doté de la personnalité morale, chaque barreau est administré par un Conseil de l'ordre et dirigé par un bâtonnier. Une assemblée générale du barreau, composée des avocats inscrits, peut être convoquée ; elle ne peut émettre que des avis consultatifs.

Le Conseil de l'ordre

Le nombre des membres du Conseil de l'ordre varie en fonction du nombre des avocats du barreau, de trois pour les barreaux de huit à quinze avocats à quarantedeux pour Paris. Le Conseil de l'ordre est élu pour trois ans, au scrutin secret, uninominal, majoritaire à deux tours, par tous les avocats inscrits ou honoraires. Le vote électronique est autorisé et le barreau de Paris l'a mis en œuvre. Le Conseil est renouvelable par tiers chaque année. Les membres du Conseil ne peuvent exercer plus de deux mandats consécutifs, à l'exception des anciens bâtonniers qui peuvent être réélus sans discontinuité. Seuls sont éligibles au Conseil de l'ordre les avocats, personnes physiques, inscrits au tableau. Le Conseil de l'ordre « traite de toutes les questions intéressant l'exercice de la profession » (article 17 de la loi du 31

décembre 1971), notamment : inscription des avocats au tableau, ouverture des cabinets secondaires, respect des principes fondamentaux de la profession, gestion des biens de l'ordre, œuvres sociales, organisation des services communs et de la documentation, etc. Le Conseil de l'ordre adopte aussi le règlement intérieur reflétant, dans le cadre de la réglementation générale contenue dans la loi, dans le décret et aussi dans le règlement intérieur national (R.I.N.) édicté en 2005 par le Conseil national des barreaux, les particularités de chaque barreau. Les décisions du Conseil de l'ordre sont susceptibles de recours devant la cour d'appel, soit à l'initiative de l'avocat concerné soit à celle de tout avocat y ayant intérêt ou encore du procureur général.

Chaque Conseil de l'ordre, dans le ressort d'une cour d'appel, désigne les membres du conseil de discipline. Ce conseil élit son président qui répartit les affaires entre les formations dont le nombre et la composition sont fixés par le conseil de discipline lequel établit son règlement intérieur. À Paris, ce rôle est joué par le doyen des présidents des formations disciplinaires issues du Conseil de l'ordre. L'instance disciplinaire peut être saisie par le procureur général ou par le bâtonnier, éventuellement après enquête déontologique sur la plainte de toute personne intéressée, le plaignant est toutefois tenu à l'écart de la procédure ; il est seulement informé de la décision finale. La procédure disciplinaire observée à l'encontre de l'avocat mis en cause a été rendue plus contradictoire par les décrets de 2004 et 2005. Les décisions disciplinaires sont susceptibles d'appel, devant la cour, par l'avocat, le bâtonnier et par le procureur général.

L'avocat est tenu de respecter les lois et règlements, d'observer ses règles professionnelles, de ne pas commettre de violation de son serment ni de manquement à la probité, à l'honneur et à la délicatesse, y compris en dehors de ses activités professionnelles. Les peines disciplinaires sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire éventuellement assortie du sursis, enfin la radiation.

Le bâtonnier

Le bâtonnier, avocat personne physique, inscrit au tableau, représente l'Ordre dans tous les actes de la vie civile et aussi en justice, après y avoir été autorisé par le Conseil. Il préside le Conseil de l'ordre, mais n'en est pas membre. Son élection pour un mandat de deux ans, non immédiatement renouvelable dans les grands barreaux, se déroule au scrutin secret majoritaire à deux tours avec le même corps électoral que pour le Conseil de l'ordre. Les fonctions du bâtonnier sont très variées : représentation de l'Ordre, notamment auprès des magistrats, gestion courante du personnel et des services, réception des plaintes de toute nature des clients et des confrères, conciliation des différends, arbitrage des litiges entre avocats employeurs et avocats salariés ou collaborateurs, taxation des honoraires, désignations au titre de l'aide juridictionnelle et des commissions d'office, etc. Dans les grands barreaux, la tâche est telle qu'elle justifie l'allocation d'une indemnité de fonction.

Le Conseil national des barreaux

Établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, le Conseil national des barreaux (C.N.B.) a été institué par la loi du 31 décembre 1990 dans le souci de renforcer l'unité de la nouvelle profession d'avocat tout en respectant l'indépendance et les compétences de chacun des barreaux français, notamment dans le domaine disciplinaire. Il n'a donc pas d'autorité hiérarchique. Ses quatre-vingts membres sont élus pour trois ans, leur mandat n'étant immédiatement renouvelable qu'une fois.

Le système électoral est très complexe. Il y a deux circonscriptions pour chacun des collèges : Paris intra muros et le reste de la France (circonscription nationale). La moitié des membres sont élus au suffrage indirect, au scrutin uninominal majoritaire à un tour par et parmi les élus ordinaires qui disposent d'un droit de vote plural dans la circonscription nationale (collège ordinal) et l'autre moitié par tous les avocats au suffrage direct avec un scrutin de listes bloquées (collège général). Ce mode de scrutin, modifié par une loi du 30 décembre 1995 et un décret du 19 mars 1996 et destiné à garantir la représentation parisienne et l'influence des ordres par rapport aux syndicats, suscite des controverses, le Syndicat des avocats de France défendant par exemple le principe : « un avocat une voix ».

Le Conseil national des barreaux est chargé par la loi de représenter la profession auprès des pouvoirs publics, de coordonner l'action des barreaux et des centres de formation professionnelle et, depuis la loi du 11 février 2004, d'unifier les règles et usages de la profession. Le décret du 12 juillet 2005 a défini le pouvoir normatif du C.N.B. dans ce domaine. Un règlement intérieur national (R.I.N.) directement applicable à tous les barreaux a été publié. Le C.N.B. organise la formation professionnelle et en répartit le financement entre les centres régionaux de formation (c'est le rôle de sa commission de la formation professionnelle où siègent deux magistrats et deux professeurs), assure la formation continue désormais obligatoire pour tous les avocats et détermine les conditions d'obtention des mentions de spécialisation. Il fixe et lève une cotisation annuelle à la charge de chaque avocat.

L'accès à la profession

Les Français, les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, les réfugiés et apatrides peuvent demander à s'inscrire à un barreau français, ainsi que les étrangers non communautaires dont le pays d'origine accorde le même droit aux Français

En vertu de la directive européenne du 1er février 1998 transposée par la loi du 11 février 2004, les ressortissants de la Communauté européenne ayant acquis la qualification dans un État membre sont autorisés à exercer de façon permanente en France sous leur titre d'origine et peuvent accéder à la profession française après trois ans d'exercice sous le titre d'origine.

À la condition de nationalité s'ajoute une exigence de moralité appréciée par le Conseil de l'ordre saisi de la demande d'inscription, sur la base de critères objectifs, en particulier l'absence de condamnation pénale, disciplinaire ou administrative pour des faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs. Enfin, le demandeur doit, sauf équivalence, posséder la maîtrise en droit et avoir obtenu le certificat d'aptitude à la profession d'avocat (C.A.P.A.) délivré par les centres régionaux de formation professionnelle (C.R.F.P.) auxquels on accède par un examen d'entrée particulier, préparé à l'université au sein des instituts d'études judiciaires (I.E.J.).

La loi du 11 février 2004 a modifié profondément la formation des élèves avocats. Sa durée a été portée à dix-huit mois avec deux stages de six mois dont un en cabinet d'avocat. L'élève avocat s'engage au secret et reçoit une très modique rétribution pendant le stage de formation. L'obtention du C.A.P.A. ouvre dorénavant droit à l'inscription directe au tableau de l'ordre

Attributions et fonctions de l'avocat

Le titre d'avocat, pénalement protégé, ne peut être utilisé que par une personne inscrite au tableau d'un barreau. Avant sa première inscription au tableau, l'avocat doit prêter serment devant la Cour : « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ». Dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, l'avocat porte la robe. Son domicile professionnel, le cabinet, est fixé dans le ressort du barreau au tableau duquel il est inscrit ; mais il peut, dans le cas général, ouvrir des bureaux secondaires.

L'avocat est tenu au secret professionnel. Les règles protectrices de ce secret, notamment en ce qui concerne les perquisitions dans les cabinets d'avocat ou le secret des communications, font l'objet de controverses récurrentes qui opposent les barreaux, partisans du caractère absolu et général du secret dans l'intérêt des droits de la défense et des libertés, et les autorités judiciaires ou publiques qui, dans le souci de lutter contre la criminalité, souhaitent distinguer entre les activités de l'avocat qui défend en justice, pour lesquelles le secret serait absolu, et les activités de conseil. Malgré une résistance opiniâtre de la profession, toujours en raison du secret professionnel, les avocats, nonobstant les garanties apportées aux maniements de fonds par les caisses de règlements pécuniaires entre avocats (Carpa), se trouvent de plus en plus assujettis aux obligations résultant des textes européens qui répriment le blanchiment d'argent, notamment à l'obligation de dénonciation.

Assistance et représentation des parties dans un procès

Dans le cadre de son activité judiciaire, l'avocat assiste ou représente les parties au procès. Devant les juridictions pénales, l'assistance est le cas général, le prévenu devant le plus souvent comparaître en personne. L'avocat conseille alors son client et assure la plaidoirie. Devant les juridictions civiles, les cas sont plus diversifiés. La représentation par avocat est le plus souvent obligatoire devant le tribunal de grande instance. Devant la cour d'appel, la représentation reste assurée par les avoués à la cour, les avocats assurant la plaidoirie. Devant les autres juridictions, la représentation par avocat est facultative. Le monopole d'assistance et de représentation par avocat devant les juridictions de toute nature est ainsi affecté de nombreuses exceptions. Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, appelés couramment « avocats aux Conseils », profession distincte et autonome, jouissent seuls de ce monopole, pour la plupart des matières, devant ces hautes juridictions.

La plaidoirie, qui consiste en une argumentation en droit et en fait présentée verbalement à l'audience dans l'intérêt d'un client, ne connaît pas de limite territoriale. L'avocat peut plaider partout en France : devant les juridictions répressives (cours d'assises pour les crimes, tribunaux correctionnels pour les délits, tribunaux de police pour les contraventions) ; devant les juridictions civiles et administratives ; devant les juridictions spécialisées, les conseils de discipline, les commissions contentieuses ou encore la Cour de justice des communautés européennes. La représentation, qui consiste à rédiger et signer tous les actes de la procédure écrite, est, en revanche, lorsqu'elle s'exerce devant le tribunal de grande instance, cantonnée au tribunal auprès duquel est établi le barreau auquel l'avocat postulant est inscrit (la région parisienne connaît, dans ce domaine, un régime d'exception dit de « multipostulation » entre les tribunaux de Bobigny, Créteil, Nanterre et celui de Paris).

Les activités de conseil

Le rôle croissant du droit dans la société contemporaine a conduit à un très fort développement des activités de conseil, en dehors de tout contentieux, pour répondre aux besoins des particuliers et des entreprises. La fusion avec les conseils juridiques a contribué, à partir de 1991, à l'extension d'un large secteur d'activité consacré au droit des affaires, conseil, ingénierie juridique, rédaction d'actes pour les sociétés. La loi du 31 décembre 1990 a réglementé cette activité en en réservant l'exercice à titre principal à certaines professions juridiques réglementées, dont les avocats et les notaires (périmètre du droit) ; d'autres professions ne peuvent exercer le droit qu'à titre accessoire, dont les experts-comptables, avec lesquels se sont posés des problèmes de délimitation. À la fin de 1997, malgré l'absence de données précises et un certain chevauchement des activités dans un grand nombre de cabinets intermédiaires, on estimait le nombre des avocats exerçant le droit des affaires à 8 200 sur 32 695 avocats à l'époque. Parmi eux, 2 300 avocats appartenaient à des réseaux pluridisciplinaires, regroupant dans des structures plus ou moins imbriquées des professions réglementées et d'autres professions qui ne le sont pas, ce qui ne laisse pas de poser un certain nombre de questions tenant au respect du secret professionnel et aux règles déontologiques.

La diversification du champ d'activité des avocats a rendu souhaitable l'affirmation d'une certaine spécialisation. Les mentions de spécialisation sont délivrées par les Centres de formation et de réadaptation professionnelle (C.F.R.P.) sur la base d'une pratique professionnelle et d'un examen de contrôle des connaissances. En 2006, 12 633 mentions de spécialisation pouvaient être recensées, surtout à Paris, dans les barreaux de grandes villes, dans les régions Île-de-France, P.A.C.A., Rhône-Alpes. Le droit communautaire paraît manquer d'attrait (81 mentions seulement, soit 0,6 p. 100). La disparition progressive du tableau des anciens conseils juridiques se traduit par une baisse régulière du nombre des mentions de spécialisations depuis 2001.

Les avocats doivent obligatoirement contracter une assurance, en général collective pour chaque barreau, couvrant leur responsabilité civile professionnelle pour l'ensemble de leurs activités professionnelles.

Modes d'exercice professionnels

Pour permettre aux avocats de mieux répondre aux exigences résultant de l'extension de leur champ d'activité, les deux lois du 31 décembre 1990 ont diversifié les modes autorisés d'exercice et introduit le salariat, tout en affirmant que, dans tous les cas, la profession d'avocat restait une profession libérale et indépendante. Aux cabinets groupés, aux sociétés civiles de moyens, associations et sociétés civiles professionnelles (S.C.P.), sont venues s'ajouter les sociétés d'exercice libéral (S.E.L.) : société d'exercice libéral à responsabilité limitée (S.E.L.A.R.L.), société d'exercice libéral à forme anonyme (S.E.L.A.F.A.) et la société d'exercice libéral en commandite par actions (S.E.L.C.A.), qui transposent les règles des sociétés commerciales en les adaptant et qui doivent préserver un certain caractère personnel aux rapports entre associés en réduisant les droits tirés de la possession du capital. Depuis 2001, les personnes morales (S.C.P. et S.E.L.) peuvent détenir plus de la moitié des actions ou des parts d'une S.E.L. ou d'une S.P.F.P.L.A., société de participations financières de professions libérales, autorisées en 2004 et rendant possible l'intervention au capital de tiers investisseurs dans des conditions déterminées.

Au 1er janvier 2006 (source : C.N.B., chiffres clés de la profession d'avocat), on comptait plus de 5 000 groupements d'exercice en France. Les S.E.L.A.R.L. en représentaient 34 p. 100 (+ 311 p. 100 en dix ans). Les S.C.P. étaient toujours les plus nombreuses (45 p. 100). Les associations sont en perte de

vitesse (13 p. 100). La proportion des bureaux secondaires augmente. Mais la tendance principale actuelle est l'augmentation continue des avocats exerçant à titre individuel (15 621 soit 34 p. 100 des 45 000 avocats, plus de 4,8 p. 100 par an en moyenne) dont le tiers est constitué de jeunes collaborateurs arrivant en nombre au barreau (plus 5,3 p. 100 en 2006). Toutefois, le nombre de groupements s'accroît plus rapidement que l'effectif total des professionnels. Le salariat recule régulièrement depuis 2003 de 3,6 p. 100 en moyenne (3 102 avocats soit 6,8 p. 100, principalement inscrits aux barreaux de Paris et de Nanterre, dans les Hauts-de-Seine, où sont concentrés les cabinets d'affaires notamment anglo-saxons).

Rémunération de l'avocat

Les honoraires de l'avocat sont librement convenus avec son client. En cas de contestation, le bâtonnier peut être saisi, avec faculté de recours devant le premier président de la cour ou son délégué. Les barèmes, même indicatifs, sont prohibés, la jurisprudence les considérant comme anticoncurrentiels. L'honoraire de résultat n'est autorisé que sous certaines conditions, assouplies par le décret du 12 juillet 2005 qui a supprimé l'obligation de convention écrite préalable, une simple information initiale du client étant exigée dorénavant.

Compte tenu de son importance dans le contentieux des particuliers et devant les juridictions répressives, l'aide juridictionnelle, c'est-à-dire la prise en charge par l'État de tout ou partie des frais et honoraires des procédures des justiciables les plus démunis, joue un rôle croissant en ce qui concerne les activités judiciaires de l'avocat. Elle concerne près de 40 p. 100 de la population des justiciables. Les avocats qui l'assurent ne sont pas rémunérés, mais perçoivent seulement une rétribution jugée unanimement comme insuffisante. D'importants mouvements, notamment des manifestations de rue en robe à Paris, ont eu lieu en 2006 pour revendiquer un meilleur accès au droit et à la justice et une véritable rémunération du service de qualité que l'avocat doit pouvoir garantir dans ce domaine

Les revenus de l'avocat sont longtemps restés dans le domaine du non-dit. Cependant, la nécessité de mieux connaître la situation économique de la profession, comme l'attention portée par les institutions européennes à la tarification des services rendus par les professions libérales et à la libre concurrence en leur sein ont fait quelque peu évoluer les mentalités. Les informations publiées régulièrement par la Caisse nationale des barreaux français, organisme obligatoire de retraite pour la quasi-totalité des avocats et par le C.N.B. en permettent désormais une approche significative.

Le revenu global des 43 738 avocats s'élevait en 2003 à 2,544 milliards d'euros, soit un revenu moyen de 58 164 euros et une baisse d'ensemble sur quatorze ans de 2,5 p. 100 compte tenu de l'érosion monétaire. Mais l'évolution est très contrastée selon les régions et à l'intérieur même des régions. Paris et Nanterre croissent fortement, alors que le reste de la couronne stagne. Les avocats expérimentés, les avocats libéraux, les avocats associés ont les meilleurs résultats. Les écarts sont importants entre les rémunérations des hommes et des femmes au désavantage de celles-ci, qui représentaient 47,2 p. 100 des effectifs au 2 janvier 2003. Ce sont les tranches les plus élevées qui bénéficient le plus de la progression nominale des revenus. On observe en conséquence la plus grande disparité entre avocats, notamment entre un certain nombre de cabinets qui se consacrent au droit des affaires et la grande masse des avocats généralistes qui desservent les besoins juridiques et judiciaires des particuliers.

Ces écarts considérables de revenus traduisent les difficultés que connaît dans certains secteurs la profession (solvabilité de la clientèle des particuliers, assujettissement des honoraires à la T.V.A.,

augmentation des charges professionnelles, impact de l'assurance de protection juridique, extension du champ de l'aide juridictionnelle) et les effets de l'afflux de jeunes avocats. Cette différenciation croissante concerne aussi les modes d'exercice, les rapports à la clientèle, notamment le recours à la publicité, ainsi que les domaines du droit pratiqués. Des avocats qui se consacrent aux activités de conseil ne se rendent pratiquement jamais dans les palais de justice ; d'autres y passent le plus clair de leur temps professionnel. Cette situation crée des tensions et constitue un ferment latent de scission auquel les ordres et le Conseil national des barreaux s'efforcent de remédier.

III - La situation française comparée à certains pays étrangers

France

La profession connaît une progression numérique forte depuis 1990, plus qu'un doublement (18 500 avocats en 1991), la croissance moyenne annuelle étant de l'ordre de 8 p. 100. Près de 46 000 avocats composaient les barreaux français au 1er janvier 2006. Presque la moitié sont installés dans la capitale intra muros et appartiennent au barreau de Paris. Le barreau suivant dans l'ordre décroissant, celui de Lyon, ne réunissait au 1er janvier 2007 que 2 052 avocats dont près de la moitié de femmes et quinze barreaux concentrent les deux tiers des avocats. Les barreaux sont donc d'importance très diverse, avec une majorité de barreaux de petite taille. Ces disparités se reflètent dans le nombre d'avocats pour 100 000 habitants : ils étaient en moyenne 64 en 2001, mais 701 à Paris (757 en 2006) et seulement 29 dans le ressort de la cour de Douai (départements du Nord et du Pas-de-Calais). Le nombre des femmes croît continûment. Elles constituent pratiquement la moitié de la profession au niveau national ; quatorze barreaux de grandes villes concentrent les deux tiers des femmes).

L'environnement international et, en particulier, le contexte européen jouent un rôle de plus en plus contraignant. La directive européenne du 22 mars 1977 a consacré la libre prestation de services des avocats dans les États membres de l'Union européenne ; celle du 16 février 1998, la liberté d'établissement.

Le droit de la concurrence est une des bases du traité de Rome. Il s'applique à toutes les activités, sans secteur protégé. L'activité des professions libérales est considérée comme une entreprise, quel qu'en soit le statut juridique. Le traité consacre encore la liberté d'établissement et le principe de la libre prestation de services. Deux directives sont intervenues, en 1977 puis en 1998, pour assurer la libre circulation des services d'avocat en Europe et pour la reconnaissance mutuelle des avocats communautaires. Celle de 1998 n'a été transposée en France que par la loi du 11 février 2004 pour permettre aux avocats communautaires de s'établir en France sous leur titre d'origine et de s'inscrire au barreau sous certaines conditions d'ancienneté. D'autres directives sont venues compléter ce dispositif. La Commission européenne poursuit résolument l'application du droit de la concurrence aux professions libérales, qu'il s'agisse des prix imposés ou recommandés, de la publicité, des restrictions d'entrée et des tâches réservées, de la structure des entreprises. La plupart des pays de la Communauté se sont finalement pliés à ces injonctions.

Allemagne

On y recense 140 000 avocats, dont un tiers de femmes. La formation professionnelle, à la différence de la France, est commune pour les principales professions juridiques et judiciaires (magistrats, avocats, notaires, hauts fonctionnaires). Après quatre années d'études universitaires, chaque Land organise un examen pour un stage de deux ans et demi appointé par l'État (Referendar) et sanctionné par un grand examen d'État. Formellement, c'est le ministre de la Justice de chaque Land qui admet les avocats au tableau. La profession d'avocat (Rechtsanwalt) est compatible sur la plus grande partie du territoire avec celle de notaire et, dans un cas sur sept, est exercée conjointement avec elle (Anwaltsnotar). Dans le domaine judiciaire, l'avocat dirige seul la procédure ; mais, devant de nombreuses juridictions, les professeurs de droit peuvent le concurrencer. Les Rechtsanwälte conservent l'essentiel de l'activité de conseil juridique et les juristes salariés d'entreprise (Syndikusanwälte) restent rattachés à un barreau. L'avocat allemand prête serment à la fin du stage et bénéficie d'une tarification des honoraires. L'assurance de protection juridique est très répandue en Allemagne.

Un rapport de la commission des monopoles, autorité consultative indépendante, préconise dans le secteur des professions juridiques une profonde libéralisation de la réglementation : fin du monopole du conseil juridique, abolition du tarif des honoraires, notamment pour les minima en matière de contentieux, liberté pour la publicité, suppression de l'exigence d'une majorité d'avocats dirigeants dans les cabinets, limitation de l'autoréglementation professionnelle

Italie

En Italie, les avvocati ont absorbé les procuratori (avoués plaidant) en 1997 et ils appartiennent désormais à un ordre unique. Le Consiglio nazionale forense (C.N.F.), élu par les membres des Conseils de l'ordre, a un rôle important en matière de déontologie et statue en appel des décisions des Conseils de l'ordre en matière d'inscription au tableau et de discipline. Les avocats italiens plaident sur tout le territoire national – ils sont environ 130 000 au milieu des années 2000. Ils prêtent serment à l'issue d'un stage de deux ans suivant l'obtention de la laurea (quatre années d'études universitaires).

Les avocats disposaient depuis 1933 d'un tarif. Une loi du 4 août 2006 a abrogé le tarif minimum et gardé le tarif maximum dans l'intérêt des consommateurs. La publicité a été élargie avec possibilité de faire mention « des prix et coûts totaux des prestations », contrairement aux principes réaffirmés du C.N.F. L'honoraire de résultat est désormais autorisé. Une nouvelle structure sociétaire pluridisciplinaire est instituée

Espagne

L'Espagne compte toujours, à côté des avocats (environ 140 000), des avoués, les procuradores. La durée de la formation y est la plus courte : la licence en droit, qui s'obtient en quatre ou cinq ans selon les universités, suffit pour accéder à la profession. Les sociétés multidisciplinaires sont admises et réglementées.

Une nouvelle loi, applicable en 2011, modifie les conditions d'accès à la profession : examen d'État, après la formation théorique et pratique, délivré par une commission d'évaluation dans chaque

communauté autonome où les représentants du Consejo general de la abogacia ne figureront que pour un tiers.

Royaume-Uni et Irlande

Outre-Manche cohabitent les barristers et les solicitors et leur dualité a constitué le trait dominant de l'organisation de la legal profession. Ils ne prêtent serment ni les uns ni les autres.

Les barristers, qui forment The Bar, sont relativement peu nombreux, de l'ordre de quinze mille, la plupart en Angleterre et au pays de Galles). Certains reçoivent après dix ans d'exercice le titre de conseiller de la reine et c'est parmi les plus distingués d'entre eux que sont recrutés les juges. Membres de l'une des quatre Inns of Court (à l'origine quatre collèges d'étudiants à Londres), ils plaident devant toutes les juridictions ; les solicitors aussi, à l'exclusion de certaines juridictions supérieures, depuis le Court and Legal services Act du 1er novembre 1990, qui a permis l'augmentation des droits d'audience de ces derniers, désormais appelés solicitorsadvocates.

Les barristers, en l'absence de ministère public, sont chargés par la Couronne des poursuites criminelles (cependant, un Crown Prosecution Service a été créé en 1986 avec des juristes salariés). Ils n'ont pas de contact direct avec le client et reçoivent les dossiers à plaider, sous forme de brief, d'un solicitor. Les Inns of Court ont le privilège exclusif de conférer le titre de barrister. Les nouveaux barristers reçoivent une formation théorique et pratique d'au moins cinq ans. Les chefs des Inns ou benchers, oligarchie cooptée, conservent un pouvoir de contrôle sur l'installation des nouveaux avocats, les Inns étant propriétaires des chambers dans lesquelles ceux-ci doivent se domicilier professionnellement. La cheville ouvrière de la chamber est le clerk unique. Nommé et révoqué par le barrister head of chamber, il assure les relations avec les solicitors, distribue les affaires et répartit les honoraires. Le Bar Council regroupe 90 p. 100 des barristers réellement en exercice et a joué un rôle important dans la définition des règles déontologiques et en matière disciplinaire.

Les solicitors ont un large éventail d'activités : conduite des procédures, consultations, contrats, testaments, actes de transfert de propriété, etc. Ils sont plus de cent mille dans le Royaume-Uni. Un tiers travaille dans le Grand Londres, les banlieues pauvres des grandes villes étant sous-équipées. Leurs revenus sont en moyenne supérieurs à ceux des barristers et les meilleurs diplômés en droit les rejoignent dorénavant (90 p. 100 des nouveaux solicitors sont diplômés en droit, sans que cela soit une obligation). Ils suivent un an d'enseignement professionnel et passent un examen commun. Leur formation théorique et pratique s'étend sur au moins six ans. La féminisation est plus importante que chez les barristers. Dans les deux branches, les différences de revenus entre professionnels sont très fortes. La Law Society, qui regroupe plus de 90 p. 100 des solicitors, a exercé des pouvoirs considérables en matière déontologique et disciplinaire jusqu'à la création, en 1986, d'un Solicitors' complaints Board. Sa direction, très centralisée, est entre les mains des grandes firmes de solicitors. Le poids de ces grandes firmes, constituées sous forme associative, est écrasant. Leur spécialisation comme leurs implantations à l'étranger se développent rapidement. Elles peuvent faire de la publicité dans la presse ou à la radio, rejoignant ainsi le modèle américain.

Sur la base d'un rapport de Sir David Clementi publié le 24 décembre 2004, une loi dite Legal Service Bill est venue, le 24 novembre 2006, profondément modifier les cadres de la profession. Un nouveau système réglementaire a été mis en place pour les services juridiques avec une préoccupation de simplification. Le Legal Services Board (L.S.B.) est chargé d'une mission de supervision unique,

indépendante en principe du gouvernement et des régulateurs agréés de la profession tels que la Law Society et le Bar Council. Son président sera nommé par le ministre de même que sept à dix de ses membres, la moitié des membres du L.S.B. dont le mandat est de cinq ans ne devant avoir jamais exercé des activités juridiques réservées. Un panel de personnalités nommées par le L.S.B. représentera l'intérêt des consommateurs. Le L.S.B. fixera leurs objectifs aux régulateurs agréés et pourra les mettre à l'amende. Un Office for Legal Complaints, indépendant, sera chargé de gérer les plaintes concernant les prestataires de services juridiques et d'octroyer éventuellement des indemnités aux consommateurs. Ses membres seront nommés par le L.S.B. Des Alternative Business Structures permettront à des avocats et à des non-avocats de vendre ensemble des services, notamment juridiques, les investissements externes étant autorisés. Une liste des « activités juridiques réservées » a été établie : droit de plaider, conduite du contentieux, établissement d'actes de propriété immobilière, successions, activités notariales et de certification. Les régulateurs agréés ou le L.S.B. désignent les professionnels autorisés à pratiquer ces activités. Les régulateurs agréés comprennent notamment la Law Society qui a donné son accord aux réformes, le General Council of the Bar, le Master of the Faculties.

En Écosse, des réformes similaires sont en cours, malgré les réticences de la Law Society ; il en est de même en Irlande du Nord et encore en république d'Irlande, là aussi avec une résistance de la Law Society.

Tant au Danemark qu'aux Pays-Bas, les évolutions les plus récentes vont dans la même direction, favorable à la libre concurrence, à la dérégulation et à la primauté des intérêts des consommateurs.

États-Unis d'Amérique

Les avocats américains, qui dépassent le million (le seul barreau de New York compte plus de 60 000 avocats), connaissent des conditions d'accès à la profession très variées selon les États. La formation consiste le plus souvent en une licence en droit et un certificat d'aptitude délivré par les États. L'attorney at law, communément appelé lawyer, remplit des fonctions multiples : avocat, avoué, notaire, conseil en ingénierie juridique ou financière, intermédiaire auprès des administrations. Les plus brillants, diplômés de grandes universités, passent du barreau à la politique ou à l'Administration ou encore aux affaires. La procédure pénale accusatoire, le développement du droit de la responsabilité, la possibilité d'actions collectives (class action) modèlent leur champ d'intervention. La plupart des avocats exercent de façon indépendante ; certains sont au service exclusif de sociétés commerciales ; d'autres enfin travaillent pour le compte des États ou du gouvernement fédéral. On note la constitution de grandes firmes d'avocats (law firms). L'organisation professionnelle des avocats américains, l'American Bar Association, est très puissante.

Tendances et perspectives

Les avocats étrangers sont de plus en plus nombreux à s'installer dans les barreaux français, surtout à Paris (813 avocats étrangers sur les 1 034 installés en France en 2001). 46 p. 100 des avocats étrangers recensés en 2001 venaient de l'Union européenne, la plupart du Royaume-Uni et d'Allemagne ; un tiers des pays africains et un quart des États-Unis, ce qui reflète le dynamisme des barreaux anglo-saxons et allemand et les liens culturels anciens de la France avec les pays d'Afrique. À l'inverse, 761 avocats

français étaient inscrits à la même époque dans un barreau étranger, la quasi-totalité provenant du barreau de Paris.

L'expansion des contentieux, le rôle croissant du droit dans la vie des affaires et les relations sociales, la mondialisation des échanges et l'effacement progressif des frontières, notamment en Europe, ouvrent aux avocats de vastes marchés traditionnels ou nouveaux. Leur diversification ne va pas sans poser des problèmes d'unité et d'identité à une profession en pleine mutation.

Le barreau français, attachée à ses traditions, revendiquant dans sa majorité le socle de sa mission de défense en justice des droits et libertés, même lorsqu'il se consacre pour l'essentiel au droit des affaires, est en faiblesse numérique au sein des

600 000 avocats de la Communauté. La tentation est grande de s'élargir, même au prix de concessions déontologiques et de rupture des équilibres internes, notamment aux juristes d'entreprise. L'enjeu dépasse l'avenir d'une profession, fût-elle ancienne et prestigieuse. Il touche à la nature de la démocratie et aux structures de la société.

[Claude MICHEL](#) Thèmes associés

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

[ORGANISATION DE LA JUSTICE](#)

[PROFESSIONS JURIDIQUES](#)

Bibliographie

A. Damien & H. Ader, Les Règles de la profession d'avocat, Dalloz, Paris, 8e éd. 2005

J.-L. Halperin, Avocats et notaires en Europe : les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine, J.G.D.J., Paris, 1997

L. Karpik, Les Avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIIIe-XXe siècle, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, Paris, 1995 ; « Avocats : renouveau et crise », in Justices, no 1, Dalloz, 1999

R. Martin, Déontologie de l'avocat, 9e éd., Litec, Paris, 2005

C. Moreau, Statistique sur la profession d'avocat (situation au 2 janvier 2001), ministère de la Justice, Paris, 2001

J. Pertek, Les Avocats en Europe, L.G.D.J., 2000

J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier & A. Varinard, Institutions judiciaires, Dalloz, 2001

J.-C. Woog, Pratique professionnelle de l'avocat, Litec, 2001.

La fonction de défenseur remonte à la plus haute antiquité. À Rome, il était d'usage pour les patriciens de défendre leurs clients en justice : les *advocati* conseillaient le plaideur, tandis que les orateurs

plaidaient devant le tribunal. Rapidement, la fonction devint lucrative et de nombreuses lois vinrent la réglementer, souvent, d'ailleurs, pour tenter vainement d'en limiter les honoraires. L'empereur Justin fut le premier à admettre officiellement l'existence d'une « entente » entre les avocats.

On ne sait ce que devint l'ordre ainsi créé durant le haut Moyen Âge. Mais, en 1274, une ordonnance de Philippe le Hardi oblige les avocats à prêter serment. En 1345, Philippe VI le Long énumère les conditions d'inscription et d'exclusion du tableau des avocats au parlement. Les audientes, avocats-auditeurs, ne sont pas autorisés à plaider ; les proponentes plaident ; les consiliarii enfin, avocats les plus anciens, consultent seulement. Tous se réunissent dans la chapelle Saint-Nicolas, au Palais, et l'un d'eux est nommé chaque année bâtonnier, pour porter la bannière, ou « bâton », de saint Nicolas.

Auxiliaires de la justice d'Ancien Régime, les avocats devaient disparaître avec elle.

La loi du 1er-2 septembre 1790 dispose que les « hommes de loi ci-devant appelés avocats ne devant former ni ordre ni corporation n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions ». Le barreau supprimé, les tribunaux révolutionnaires s'emplirent d'une multitude de conseils de circonstance, parés du titre d'avocat, plaçant et postulant, et qui eurent tôt fait d'avilir la profession.

Napoléon se méfiait des avocats. Mais devant un tel désordre, il dut rétablir le barreau par le décret du 14 décembre 1810 : le barreau ne devait plus être dissous.

Depuis lors, les textes se sont succédé, tels le décret du 20 juin 1920 réglementant le droit au titre, la loi du 26 juin 1941 instituant un certificat d'aptitude, et surtout deux réformes majeures : la loi du 31 décembre 1971 et les décrets de 1972, qui ont réalisé la fusion entre les professions d'avocat, d'agrégé et d'avoué devant le tribunal de grande instance ; les lois du 31 décembre 1990, qui ont fusionné en un même corps avocats et conseils juridiques et modifié les règles d'organisation et de représentation qui régissaient les barreaux.

Comme leurs prédécesseurs, les nouveaux avocats issus de la réforme de 1990 sont groupés en ordres ou barreaux autonomes et égaux en droit, constitués à raison d'un par tribunal d'instance. Chaque barreau est composé d'une assemblée générale qui élit le conseil de l'ordre et le bâtonnier. Dans les barreaux importants, les avocats se réunissent par petits groupes ou « colonnes ». Le conseil de l'ordre a un rôle de représentation et d'administration. Il lui arrive de formuler des remontrances à l'autorité publique (en 1945 par exemple, il avait protesté lorsqu'il avait été question de supprimer l'inamovibilité des magistrats du siège).

Le conseil de l'ordre est maître de la discipline. La procédure disciplinaire suit les principes généraux du droit commun. Les décisions ont autorité de chose jugée, elles sont susceptibles de voies de recours, mais leur caractère corporatif entraîne certaines particularités. Les peines sont l'avertissement, le blâme, la suspension, enfin la radiation. L'avocat radié ne peut se réinscrire dans un autre barreau. Tout avocat d'un État de l'Union européenne peut exercer, à titre occasionnel, son activité en France.

La réforme de 1990 ayant introduit la possibilité du salariat dans l'exercice de la profession d'avocat, le bâtonnier a la charge d'arbitrer les conflits nés à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travail entre un avocat salarié et son employeur ; sa décision est susceptible d'être déférée devant la cour d'appel.

La même réforme, par ailleurs, a autorisé l'exercice de la profession d'avocat en société commerciale et reconnu la faculté de créer des sociétés interbarreaux. Désormais, ces dernières peuvent postuler à

chaque barreau de leurs membres. Cette mesure a soulevé bien des réserves, certains voyant en elle le germe d'une élimination ultérieure des structures ordinales ayant pour fondement les barreaux.

Parallèlement était institué un organe nouveau, le Conseil national des barreaux, à l'image de l'organisation pyramidale que connaissaient les conseils juridiques avant 1990. La nouvelle structure a pour vocation de représenter l'ensemble de la profession auprès des pouvoirs publics, de veiller à l'harmonisation des règles et usages de la profession et de coordonner l'action des centres régionaux de formation. Le Conseil est composé de trente membres élus pour trois ans à travers une procédure de vote complexe qui voit l'intervention des conseils de l'ordre et la participation de tous les avocats.

[Joël P. GREGOGNA](#)

Thèmes associés

[ORGANISATION DE LA JUSTICE](#)

[PROFESSIONS JURIDIQUES](#)

L'existence de magistrats et de juridictions spéciaux pour juger les délinquants mineurs s'explique par le caractère particulier de la délinquance juvénile. L'ordonnance du 2 février 1945 a décidé que, pour les contraventions des quatre premières classes, les mineurs sont jugés, comme les majeurs, par le tribunal de police. Mais pour les contraventions de cinquième classe, les délits et les crimes, il existe des juridictions spéciales : le juge des enfants et le tribunal pour enfants.

Le juge des enfants est choisi parmi les juges du tribunal de grande instance dont dépend le tribunal pour enfants auquel il est affecté. Ce choix est fait en fonction de l'intérêt qu'il porte aux problèmes de l'enfance (ordonnance du 22 décembre 1958, modifiée par la loi du 12 juillet 1967). Il est nommé pour trois ans et sa mission peut être renouvelée. Sa compétence se limite aux contraventions de la cinquième classe, aux délits commis par les mineurs de dix-huit ans et aux crimes commis par les mineurs de seize ans. En matière de répression des délits commis par des mineurs, il n'y a pas de séparation entre l'instruction et le jugement, le juge des enfants pouvant à la fois instruire et juger en chambre du Conseil. Cependant, il ne peut prononcer contre le mineur qu'une mesure de surveillance n'impliquant pas le placement dans un établissement d'éducation surveillée.

Le juge pour enfants peut aussi renvoyer l'affaire devant le tribunal pour enfants. Cette chambre est composée de trois magistrats : le juge des enfants, qui la préside, et deux assesseurs, simples particuliers nommés pour quatre ans et présentant également un intérêt marqué pour les questions relatives à l'enfance.

Le tribunal des enfants est compétent en première instance pour les contraventions de cinquième classe passibles et d'une amende supérieure de 1 500 euros, pour les délits commis par des mineurs de dix-huit ans et pour les crimes commis par des mineurs de seize ans.

À la différence du juge des enfants, ce tribunal peut condamner le mineur à toute peine réduite par l'excuse atténuante de minorité, et à toute mesure de surveillance et d'assistance. Le tribunal peut toujours modifier les mesures qu'il a prises envers un mineur.

Deux autres juridictions sont également particulières aux mineurs.

La chambre spéciale de la cour d'appel statue sur les appels interjetés contre les jugements du tribunal de police, du juge des enfants et du tribunal pour enfants. Elle comprend trois conseillers dont l'un est un délégué à la protection à l'enfance.

La cour d'assises des mineurs, créée par la loi du 24 mai 1951, est composée d'un conseiller à la cour d'appel, de deux assesseurs, généralement juges des enfants, et de neuf jurés choisis sur la liste normale des jurés de la cour d'assises. Elle connaît des crimes commis par les mineurs de plus de seize ans (sauf crimes contre la sûreté de l'État). Cependant, elle peut juger non seulement les mineurs, mais aussi les majeurs qui ont participé au même crime. Quel que soit l'âge des accusés, majeurs ou mineurs, réunis au cours d'un même procès, les débats de la cour d'assises des mineurs se déroulent à huis clos.

[Martine BABE](#)

Thèmes associés

[DROIT DES MINEURS](#)

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

[JURIDICTIONS](#)

[PROFESSIONS JURIDIQUES](#)

Prise de vue

Dans son acception la plus large, le terme magistrat s'applique à toute personne investie d'une fonction publique : édiles locaux, juges. Le sens du vocable se rapproche alors de celui qu'il avait à Rome. Dans une acception moins large, le terme de magistrat s'entend de celui qui est appelé à se prononcer sur une affaire, à trancher un litige, après en avoir été régulièrement investi par la puissance publique. Le vocable de magistrat est alors synonyme de celui de juge. Un arbitre, non investi par la puissance publique, n'est pas considéré comme un magistrat, mais qu'en est-il des personnes élues, et de ce fait appelées à connaître des litiges pendants, comme aux prud'hommes, au tribunal de commerce, au tribunal paritaire des baux ruraux, ou même aux assises, quant aux jurés ? Dans une acception plus étroite encore, qui sera la nôtre, le terme de magistrat s'entend des juges de carrière de l'ordre administratif et judiciaire.

- Désignation des juges

Le problème des magistrats est intimement lié à celui du rapport entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Suivant l'idée que l'on se fait de ce rapport, l'on sera amené à considérer le juge, partie du pouvoir judiciaire, comme un mandataire de l'exécutif ou comme un personnage dont l'indépendance doit à tout prix être sauvegardée ou encore, à mi-chemin, comme un personnage partiellement indépendant. Dans les faits, ce problème se traduit par plusieurs questions : Qui va choisir les magistrats ? Sur quels critères ? Parmi quelles personnes ? Comment ces magistrats, une fois nommés, vont-ils avancer dans la hiérarchie ? On peut concevoir plusieurs modes de recrutement des magistrats. La charge de judicature peut tout d'abord être vénale ; telle était la situation sous l'Ancien Régime où le critère d'argent conduisait au maintien de l'ensemble du pouvoir judiciaire dans la classe possédante. La

charge de judicature peut encore être héréditaire ; ce caractère apparaît souvent comme la conséquence directe de la vénalité. Contrairement à une opinion répandue, sauf pour les justices seigneuriales, la charge n'était pas héréditaire sous l'Ancien Régime. Mais les héritiers du de cujus s'étaient vu octroyer par le pouvoir royal, du moins à la fin de l'Ancien Régime, un véritable droit de préemption sur la vente de l'office que l'État avait récupéré par le décès du titulaire, droit qui était acheté (la paulette) par le de cujus avant sa mort ou par les héritiers après celle-ci. C'est ainsi que l'on connut de grandes dynasties de magistrats comme les Harlay, les Lamoignon ou les d'Ormesson. Du caractère vénal de la charge de judicature dérive aussi le système de la cooptation : à la fin de l'Ancien Régime, les magistrats achetaient, outre leur droit de préemption au profit de leurs héritiers, la possibilité de présenter leur successeur à l'agrément du roi. Les charges de judicature étaient alors devenues véritablement d'un prix prohibitif et Montesquieu pouvait dire dans les Lettres persanes qu'un magistrat qui venait d'acquiescer une charge de judicature était un homme ruiné.

Le système de la vénalité (et ses conséquences) fut rejeté par le droit intermédiaire (c'est-à-dire par le droit de la période située entre l'Ancien Régime et la promulgation des différents codes), qui lui préféra celui de l'élection des juges. Le système de l'élection des juges présente l'avantage de garantir le pouvoir judiciaire de toute intrusion du pouvoir exécutif dans son domaine ; de plus, le justiciable se sent proche de celui qu'il a élu. Mais ce système présente, en retour, de très graves défauts : le juge élu n'a pas forcément la compétence requise pour occuper sa fonction ; on ne peut donc lui confier toutes les tâches sans risquer de voir la justice ne plus être rendue valablement. D'autre part, l'élection risque toujours d'être teintée de politique. Enfin et surtout, même en dehors de ces deux inconvénients, la justice court le grand risque de devenir démagogique, le juge élu désirent ménager sa réélection. Ce système a donc été aboli après la Révolution, mais il a néanmoins été maintenu dans certains domaines où la compétence technique du juge doit être assurée ; c'est ainsi que, aujourd'hui encore, les personnes qui siègent aux conseils de prud'hommes, au tribunal de commerce, au tribunal paritaire des baux ruraux sont élues par leurs pairs. À l'étranger, certains pays ont encore recours à l'élection des juges, il en est ainsi en Russie, en Suisse ou aux États-Unis, pour les juges inférieurs.

Reste le dernier système, celui de la nomination des magistrats par le pouvoir exécutif. Encore celui-ci peut-il soit les choisir parmi les avocats les plus renommés, comme en Grande-Bretagne, soit les nommer après une admission sur concours d'entrée. En France, les magistrats sont actuellement recrutés à partir d'un concours d'entrée annuel, ouvert aux licenciés en droit, étudiants (premier concours) ou fonctionnaires (second concours). Les épreuves, tant orales qu'écrites, couvrent l'ensemble du programme des études de droit de licence ; une note de synthèse et une sérieuse épreuve de culture générale permettent d'éliminer les candidats trop exclusivement absorbés par leurs études de droit. Parallèlement à ce concours existe un recrutement sur titres. Les candidats reçus entrent à l'École nationale de la magistrature à Bordeaux. Ils suivent en cette école et en stages divers (aussi bien auprès de différentes juridictions qu'auprès de commissariats et dans des usines) vingt-huit mois d'études comme auditeurs de justice. À la sortie de l'École est établi un classement par ordre de mérite, suivant lequel les nouveaux magistrats choisissent leur poste. Ils sont alors nommés par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux, après avis du Conseil supérieur de la magistrature.

- Statut

Le magistrat est, par principe, polyvalent : il peut donc aussi bien être affecté au parquet (le ministère public) qu'au siège et même, par la suite, passer de l'un à l'autre, ce qui rend d'autant plus difficile le

respect du principe de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la magistrature. La carrière de magistrat est incompatible avec toute autre fonction publique ou salariée et avec toute fonction présentant un caractère politique. La grève est strictement interdite, ainsi que toute démonstration de caractère politique, et l'on connaît les controverses qu'a suscitées l'existence de syndicats au sein de la magistrature. Un certain nombre d'incapacités s'attachent à la personne des magistrats : lorsqu'il existe, par exemple, un lien de parenté ou d'alliance entre les magistrats d'un même tribunal, ou lorsque le magistrat siégeant alors a naguère occupé des fonctions d'auxiliaire de la justice ou d'officier ministériel dans le ressort de la cour d'appel où il devrait professer, la période d'incapacité étant dans ce dernier cas de cinq ans. Enfin, ces incapacités générales ne préjugent en rien des incapacités spéciales pouvant, le cas échéant, se révéler (procédures d'abstention, de récusation, de renvoi pour cause de suspicion légitime). La responsabilité civile du magistrat obéit à un régime spécial, celui de la prise à partie.

Les magistrats du siège sont, en France, actuellement inamovibles. Ce principe, qui devrait être absolu, de manière à protéger les magistrats de toute pression extérieure, a cependant subi maintes atteintes lorsque la période était troublée : durant la Seconde Guerre mondiale, l'inamovibilité fut écartée par le gouvernement provisoire de la République (ordonnance du 10 sept. 1943) et rétablie seulement deux années plus tard. La règle de l'inamovibilité ne suffit malheureusement pas à protéger les magistrats du siège des pressions éventuelles d'un exécutif qui se révélerait trop envahissant : le problème de l'avancement demeure, en effet. Or ici, force est de reconnaître qu'aucun système n'est parfait ; si l'avancement est automatique, on court le risque de voir des magistrats de moindre valeur accéder à des postes auxquels ils ne devraient pas avoir droit, eu égard à leur compétence. Si l'avancement s'effectue par notation interne, la magistrature risque de revêtir un caractère népotique. Si l'avancement est régi par un organisme extérieur, celui ou ceux qui effectuent le choix acquièrent par là un moyen de pression efficace sur le pouvoir judiciaire. Pour pallier les imperfections de ces différents systèmes, la hiérarchie de la magistrature est, en France, subdivisée en deux grades, divisés chacun en deux groupes, juges du siège et parquet : l'avancement des magistrats du siège et leur passage du second au premier grade est établi par une commission d'avancement, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Le passage du premier grade à une fonction hors hiérarchie pour les magistrats du siège est décidé par le gouvernement sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Quant aux conseillers à la Cour de cassation, aux premiers présidents des cours d'appel et aux présidents des tribunaux de grande instance, ils sont nommés par le gouvernement sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature. Notons encore que la hiérarchie est établie de telle sorte que, à fonction égale, les magistrats exerçant leurs fonctions à Paris et dans les tribunaux périphériques appartiennent à un groupe au-dessus de ceux qui les exercent en province.

[Joël P. GREGOGNA](#)

Thèmes associés

[ORGANISATION DE LA JUSTICE](#)

[PROFESSIONS JURIDIQUES](#)

Bibliographie

R. Andersen, F. Delpérée, L. Favoreu, Y. Gaudemet et al., La Crise du juge, L.G.D.J., Paris, 1990

Association française pour l'histoire de la justice, Juger les juges : du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature, La Documentation française, Paris, 2000

G. Canivet & J. Joly-Hurard, *La Discipline des juges*, Litec, Paris, 2007

A. Garapon & I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et Common law*, Odile Jacob, Paris, 2003

A. Pouille, *Le Pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Masson, Paris, 1985

J.-P. Royer dir., *Les Systèmes judiciaires. Cadres institutionnels et statuts de la magistrature*, Ministère de la Justice, Paris, 1993

U. Seif, *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003

G. Timsit, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, P.U.F., Paris, 1995.

L'ambivalence du ministère public, représentant à la fois du gouvernement et de la société, est à rechercher dans l'histoire. Au Moyen Âge, il existait en fait différents pouvoirs judiciaires (municipaux, seigneuriaux, ecclésiastiques) qui, au moins pour les deux premiers, avaient été théoriquement concédés par le roi. Un des procédés de la mainmise du pouvoir royal sur ces différentes juridictions fut d'y faire figurer accidentellement d'abord, en permanence ensuite, un représentant du roi, avocat ou procureur, chargé de défendre les intérêts de la couronne lorsque ceux-ci étaient en cause. Les avocats ou procureurs du roi se tenaient sur le parterre comme les autres avocats (ils ne siégeaient pas), d'où leur nom de parquet. À la permanence de la fonction s'ajouta une compétence particulière et les avocats et procureurs du roi devinrent de véritables magistrats. Ils plaidaient cependant toujours debout (ils ne siégeaient toujours pas), d'où leur nom de magistrature debout. Cependant, gardien de l'ordre public, le roi se devait de le défendre devant ces juridictions de telle sorte que, parallèlement au rôle de défenseurs des intérêts du roi, les avocats ou procureurs du roi devinrent aussi défenseurs de la société, c'est-à-dire accusateurs publics. Aujourd'hui, les juridictions ne sont pas toutes pourvues d'un ministère public. Les tribunaux de commerce et les tribunaux paritaires des baux ruraux, les commissions de sécurité sociale et les conseils de prud'hommes n'en ont pas. Devant les tribunaux d'instance eux-mêmes, le ministère public n'est pas organisé de façon permanente.

Dépendant du garde des Sceaux, le parquet est organisé comme suit : au niveau de la Cour de cassation se trouve un procureur général assisté d'un premier avocat général et d'avocats généraux ; au niveau de la cour d'appel se trouve un procureur général assisté d'avocats généraux qui requièrent à l'audience et de substituts affectés au service intérieur ; enfin, au niveau du tribunal de grande instance se trouve un procureur de la République assisté de procureurs de la République adjoints, de premiers substituts et de substituts.

Les membres du ministère public sont des magistrats, mais, agents de l'exécutif, ils ne bénéficient pas de l'immovibilité. Les « parquetiers » sont subordonnés à leurs supérieurs hiérarchiques et doivent conclure par écrit selon ce qui leur est, le cas échéant, ordonné. Mais selon un adage célèbre « la plume est servie mais la parole est libre », et ils peuvent requérir à l'audience et oralement dans le sens qui leur apparaît le plus opportun. Le ministère public est indivisible ; ses membres sont donc interchangeables ; il est indépendant par rapport aux magistrats du siège. Le ministère public assume des fonctions différentes au pénal et au civil. Au pénal, il procède toujours en tant que partie principale, c'est-à-dire en tant que véritable plaideur, demandeur. Au civil, par contre, il peut procéder en tant que partie principale. Mais le plus souvent, il agit en tant que partie jointe, c'est-à-dire en tant que représentant de

la société formulant son opinion (on dit : « prenant ses réquisitions ») dans un procès engagé entre deux plaideurs, un demandeur et un défendeur.

[Joël P. GREGOGNA](#)

Thèmes associés

[ORGANISATION DE LA JUSTICE](#)

[PROFESSIONS JURIDIQUES](#)

L'ambivalence du ministère public, représentant à la fois du gouvernement et de la société, est à rechercher dans l'histoire. Au Moyen Âge, il existait en fait différents pouvoirs judiciaires (municipaux, seigneuriaux, ecclésiastiques) qui, au moins pour les deux premiers, avaient été théoriquement concédés par le roi. Un des procédés de la mainmise du pouvoir royal sur ces différentes juridictions fut d'y faire figurer accidentellement d'abord, en permanence ensuite, un représentant du roi, avocat ou procureur, chargé de défendre les intérêts de la couronne lorsque ceux-ci étaient en cause. Les avocats ou procureurs du roi se tenaient sur le parterre comme les autres avocats (ils ne siégeaient pas), d'où leur nom de parquet. À la permanence de la fonction s'ajouta une compétence particulière et les avocats et procureurs du roi devinrent de véritables magistrats. Ils plaidaient cependant toujours debout (ils ne siégeaient toujours pas), d'où leur nom de magistrature debout. Cependant, gardien de l'ordre public, le roi se devait de le défendre devant ces juridictions de telle sorte que, parallèlement au rôle de défenseurs des intérêts du roi, les avocats ou procureurs du roi devinrent aussi défenseurs de la société, c'est-à-dire accusateurs publics. Aujourd'hui, les juridictions ne sont pas toutes pourvues d'un ministère public. Les tribunaux de commerce et les tribunaux paritaires des baux ruraux, les commissions de sécurité sociale et les conseils de prud'hommes n'en ont pas. Devant les tribunaux d'instance eux-mêmes, le ministère public n'est pas organisé de façon permanente.

Dépendant du garde des Sceaux, le parquet est organisé comme suit : au niveau de la Cour de cassation se trouve un procureur général assisté d'un premier avocat général et d'avocats généraux ; au niveau de la cour d'appel se trouve un procureur général assisté d'avocats généraux qui requièrent à l'audience et de substituts affectés au service intérieur ; enfin, au niveau du tribunal de grande instance se trouve un procureur de la République assisté de procureurs de la République adjoints, de premiers substituts et de substituts.

Les membres du ministère public sont des magistrats, mais, agents de l'exécutif, ils ne bénéficient pas de l'immovibilité. Les « parquetiers » sont subordonnés à leurs supérieurs hiérarchiques et doivent conclure par écrit selon ce qui leur est, le cas échéant, ordonné. Mais selon un adage célèbre « la plume est servie mais la parole est libre », et ils peuvent requérir à l'audience et oralement dans le sens qui leur apparaît le plus opportun. Le ministère public est indivisible ; ses membres sont donc interchangeables ; il est indépendant par rapport aux magistrats du siège. Le ministère public assume des fonctions différentes au pénal et au civil. Au pénal, il procède toujours en tant que partie principale, c'est-à-dire en tant que véritable plaideur, demandeur. Au civil, par contre, il peut procéder en tant que partie principale. Mais le plus souvent, il agit en tant que partie jointe, c'est-à-dire en tant que représentant de la société formulant son opinion (on dit : « prenant ses réquisitions ») dans un procès engagé entre deux plaideurs, un demandeur et un défendeur.

[Joël P. GREGOGNA](#)

Thèmes associés

ORGANISATION DE LA JUSTICE

PROFESSIONS JURIDIQUES

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avoués près les cours d'appel, les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs, les greffiers des tribunaux de commerce, les agents de change et les courtiers d'assurance maritime forment le corps des officiers ministériels.

Ils sont titulaires d'un office, c'est-à-dire d'une charge, qui leur est conférée à vie et pour laquelle ils peuvent présenter un successeur à l'agrément de l'administration. La charge est un élément du patrimoine. Le nombre en est limité, ce qui donne à leurs titulaires un monopole, mais ce monopole, concernant des fonctions publiques, est soumis à des règles spéciales et à l'investiture du gouvernement. Ce dernier peut, en effet, créer, transférer et même supprimer, moyennant une indemnisation, les offices ministériels. Par exemple, la loi du 31 décembre 1971 qui a réformé les professions judiciaires, a supprimé les charges d'avoués près les tribunaux de grande instance, en prévoyant l'indemnisation des anciens avoués.

Les officiers ministériels sont nommés, par arrêté, sur présentation de celui qui cède l'office qu'ils acquièrent et sous certaines conditions : ils doivent être français ; n'avoir subi aucune condamnation pénale, ne pas avoir été frappés de faillite personnelle. Depuis la loi du 20 mars 1948, les femmes ont accès à certaines charges, notamment celles d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. D'autre part, un examen par une chambre de discipline garantit la moralité du postulant, qui doit par ailleurs posséder les titres requis.

Les officiers ministériels ont des clients auxquels ils sont liés par un contrat de mandat, mais peuvent également jouer un rôle de conseil. Ils sont rémunérés directement par leurs clients, et, pour certains offices, selon un barème officiel.

Les personnes qui subissent un préjudice dû à la mauvaise exécution du contrat passé avec un officier ministériel peuvent saisir les tribunaux compétents pour obtenir la réparation du dommage qui leur a été causé sur la base de la responsabilité contractuelle. Cependant, si cette faute présente un caractère disciplinaire, l'officier ministériel peut être traduit par la victime devant la chambre de discipline compétente et, en cas de faute grave, devant le tribunal civil statuant en matière disciplinaire.

Martine BABE

Thèmes associés

FONCTION PUBLIQUE

PROFESSIONS JURIDIQUES

Le viol est défini par l'article 222-23 du nouveau Code pénal comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». Pour constituer le viol, trois éléments sont retenus :

— il faut un acte matériel, c'est-à-dire l'existence de rapports sexuels (à défaut de cet acte, il n'y aura que tentative de viol ou attentat à la pudeur) ;

— le deuxième élément est la violence ; le viol n'est constitué qu'en l'absence de consentement de la victime ; la violence peut être physique, mais également morale ; un abus d'autorité est considéré comme une violence ;

— enfin, le troisième élément retenu pour caractériser le viol est l'intention coupable de l'auteur de l'infraction ; il faut une volonté de réaliser l'acte et la connaissance de son illégalité.

Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle. En pratique, la victime porte plainte et met ainsi en mouvement l'action publique. En dehors du violeur, les coauteurs et les complices peuvent également être poursuivis. Ils seront condamnés à des peines plus ou moins fortes selon qu'ils auront ou non eu des relations sexuelles avec la victime. Le viol peut être assorti de circonstances aggravantes dans le cas où la victime est un enfant de moins de quinze ans ou si l'auteur a un lien de parenté avec la victime, ou encore s'il existe un lien de subordination entre l'auteur et la victime.

La tentative de viol est punie des mêmes peines, s'il y a eu un commencement d'exécution de l'acte, qui s'est trouvé interrompu par une circonstance extérieure indépendante de la volonté de l'auteur.

Longtemps, les juges d'instruction n'ont pas retenu l'inculpation de viol, crime passible des assises, mais seulement celle de coups et blessures volontaires ou d'outrage public à la pudeur, simple délit. Les mouvements féministes se sont insurgés contre ces entorses à la législation. Il faudra attendre 1975 pour qu'un tribunal correctionnel, à la demande de la partie civile, se déclare incompetent. Cette décision sera confirmée en appel. En renvoyant les coupables aux assises, la justice reconnaissait publiquement qu'ils avaient bien commis le crime de viol.

[Martine BABE](#)

Thèmes associés

[CRIMES](#)

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

Introduite dans la législation française par un décret-loi du 8 août 1935, l'infraction d'abus de biens sociaux est une infraction pénale spécifique du droit des sociétés. Sa définition fut reprise à l'identique dans la loi du 24 juillet 1966 qui refondit le régime des sociétés commerciales. L'article 437-3 qui l'expose, à côté des délits de répartition de dividendes fictifs, de présentation ou de publication de comptes inexacts, et enfin d'abus des pouvoirs ou des voix, lui doit une large part de sa réputation auprès des dirigeants d'entreprises. Aux termes de cet article (devenu l'article 241-3 du Code de commerce), l'abus de biens sociaux est constitué lorsque les dirigeants d'une société anonyme ont fait, de mauvaise foi, un usage des biens ou du crédit de la société qu'ils savaient contraire à son intérêt, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. Par la gravité des peines encourues – un emprisonnement de cinq ans et/ou une amende de 375 000 euros –, cette infraction entre dans la catégorie des délits.

Avec la répartition de dividendes fictifs et l'abus des pouvoirs, l'abus des biens ou du crédit de la société, appelé plus communément abus de biens sociaux, est au cœur du dispositif répressif en matière

de droit des sociétés. Ces trois incriminations sanctionnent en effet la violation d'un même principe fondamental de ce droit, qui oblige à distinguer entre l'intérêt de la société, considérée en tant que personne morale indépendante, et l'intérêt de ses dirigeants, personnes physiques. Tout comme dans le cas de distribution de dividendes fictifs, c'est plus précisément la lésion de l'intérêt patrimonial de la société qui est visée par l'abus de biens sociaux. Celui-ci n'est rien d'autre au fond qu'une forme particulière de vol, propre à ces personnes morales que sont les sociétés anonymes à responsabilité limitée ou par actions.

L'origine de ce délit est à rechercher dans l'évolution du droit des sociétés. Dans le régime des sociétés commerciales tel qu'il avait été conçu par la loi du 24 juillet 1867, il n'était pas apparu utile au législateur de réprimer par un délit spécial le détournement des biens de la société par ses mandataires. Ces derniers étant investi d'un mandat général d'administrer la société dans l'intérêt de celle-ci, ils pouvaient être amenés par les associés à répondre pénalement de leurs agissements en cas de violation de ce mandat, constitutif d'un abus de confiance aux termes de l'article 408 ancien du Code pénal. Cette action reste d'ailleurs toujours possible grâce à l'article 314-1 du Nouveau Code pénal.

Une jurisprudence abondante avait précisé les multiples hypothèses où un mandataire social, régulièrement désigné ou exerçant de fait ces pouvoirs, détourne ou dissipe les biens sociaux, à son profit ou à celui de tiers. Au regard du principe d'interprétation stricte des lois pénales, cette jurisprudence extensive de la chambre criminelle de la Cour de cassation avait exploité au maximum les possibilités d'application de l'article 408. Elle ne parvenait pas cependant à réprimer toutes les atteintes portées à l'intérêt social. Lui échappaient en particulier les détournements des biens immeubles et les atteintes au crédit de la société. Ces lacunes furent comblées par le décret-loi de 1935.

Après la Seconde Guerre mondiale, la nécessité apparaît de rééquilibrer les pouvoirs au sein même des sociétés, entraînées dans un mouvement accéléré de concentration économique. Il s'agit de contrebalancer la montée en puissance des dirigeants face au pouvoir purement légal des actionnaires. Cette préoccupation anime à la fois le juge et le législateur et se traduira clairement dans la nouvelle loi de 1966. En matière d'abus de biens sociaux, celle-ci visera désormais expressément les présidents, administrateurs et directeurs généraux de sociétés anonymes.

Des critiques isolées à l'encontre de ce dispositif, alléguant son inadaptation aux réalités de l'entreprise, apparaîtront dès les années 1970. L'interprétation élargie de l'intérêt pour agir des plaignants, le droit de poursuite laissé à l'appréciation du ministère public, un régime de prescription favorable aux plaignants, enfin les difficultés rencontrées pour définir la notion d'intérêt social constituaient les éléments principaux d'une discussion qui restait cependant limitée au monde des juristes. Le débat devait déborder ce cadre, et nettement s'envenimer, à partir des années 1990, du fait de la multiplication des affaires mettant en cause des chefs d'entreprise très connus et parfois des hommes politiques, poursuivis quant à eux pour recel d'abus de biens sociaux.

[Christian HERMANSEN](#) Thèmes associés

[DÉLITS](#)

[DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES](#)

Incriminés par les articles 432-11 et 433-1 du nouveau Code pénal français, les délits de corruption et de trafic d'influence désignent « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer » et, en

particulier, « le fait de proposer » à cette personne « directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques » pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou pour qu'elle fasse obtenir par son influence « des distinctions, des emplois, des marchés — ou toute autre décision favorable ». Les dispositions de l'ancien Code ne distinguaient pas si nettement entre la corruption passive (commise par un représentant de l'autorité) et la corruption active (commise par le particulier).

Les éléments constitutifs sont la réunion de moyens susceptibles de déterminer le trafic, l'existence d'un but déterminé des offres ou des promesses, enfin, celle d'une intention frauduleuse. En premier lieu et quant aux moyens, il faut que l'auteur ait agréé ou sollicité des offres ou promesses, ou bien qu'il ait proposé des biens ou des présents. En second lieu, les offres et les promesses doivent avoir un certain but : faire obtenir ou tenter de faire obtenir de l'autorité publique ou d'administrations contrôlées par l'autorité publique des distinctions, récompenses, décorations, médailles, et plus généralement selon la jurisprudence, « toute décision favorable de l'autorité publique qui, au lieu d'être obtenue par des moyens légitimes, a été obtenue et poursuivie par des moyens d'influence coupables » ; ce sont le plus souvent des faveurs individuelles que tentent de se faire accorder certaines personnes : une naturalisation théoriquement impossible, un passeport, une exemption non justifiée du service militaire... Les autorités visées par le texte et susceptibles d'exercer une influence sont les autorités françaises de l'ordre législatif, administratif ou judiciaire, et les administrations placées sous le contrôle de la puissance publique, les autorités ou administrations placées sous le contrôle d'une puissance politique étrangère étant exclues. Enfin, le dernier élément constitutif de l'infraction est l'intention frauduleuse ; mais la preuve doit en être rapportée.

La loi punit le trafic d'influence d'une peine d'emprisonnement de dix ans ainsi que d'une amende de 150 000 euros. La tentative de trafic d'influence est réprimée ; elle est même incluse dans le terme « sollicitation », c'est-à-dire finalement dans le délit lui-même.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

DÉLITS

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

En droit pénal français, le mot « délit » peut être défini, d'une façon très large, comme toute infraction à la loi pénale, à savoir toute action ou omission prévue et sanctionnée d'une peine par la loi. Ainsi compris, le délit pénal se distingue d'une part du délit civil, et d'autre part du délit disciplinaire.

Le délit civil est, d'après l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, et oblige son auteur à le réparer. Il diffère ainsi du délit pénal et par ses éléments constitutifs et par sa sanction. Premièrement, le délit pénal est un acte précis prévu par la loi alors que le délit civil est n'importe quel acte dommageable. Deuxièmement, le délit pénal, au contraire du délit civil, existe indépendamment de la réalisation d'un préjudice. Troisièmement, tous deux supposent une faute, mais la faute pénale et la faute civile ne sont pas identiques. En effet, si toute faute pénale constitue une faute civile, l'inverse n'est pas toujours vrai. Enfin, en ce qui concerne la sanction, le délit pénal ouvre la voie à une action en justice, dite publique, qui vise à l'application d'une peine ; le délit civil ouvre la voie à une action civile qui a pour but la réparation du préjudice subi par la victime, par l'octroi de dommages et intérêts. Cependant des rapports existent entre les deux délits, lorsqu'un même fait est constitutif à la fois d'un délit civil et d'un délit pénal. Dans ce cas, l'action civile peut être exercée devant une juridiction répressive et elle obéira alors à certaines règles pénales.

Le délit disciplinaire se distingue également du délit pénal par ses éléments et par sa sanction. Il consiste, en effet, en la violation de règles établies par des groupements professionnels restreints, qui aboutissent à des mesures disciplinaires concernant l'exercice de la profession.

Cependant, plus spécialement, le délit, en droit pénal, s'entend d'une certaine classe d'infractions. Le droit français divise celles-ci en trois catégories caractérisées d'après la peine encourue : les crimes punis de peines afflictives ou infamantes, les délits passibles de peines correctionnelles et les contraventions punies de peines de police. C'est ainsi que l'article 381 du Code de procédure pénale modifié en 1992 définit le délit comme l'infraction que la loi punit d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende supérieure ou égale à 25 000 francs. En ce qui concerne la compétence, les délits sont jugés par les tribunaux correctionnels.

[Annick BEAUCHESNE](#) Thèmes associés

DÉLITS

DROIT CIVIL

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

Pour le magistrat, le déni de justice est le refus de statuer sur un litige qui lui est présenté. Le déni de justice constitue un délit. Refuser de rendre la justice est une décision d'autant plus grave que, dans le système français, la saisine du tribunal n'a pas lieu d'office. Or, l'obligation de rendre une décision est une des conséquences directes de cet état de fait. Plus généralement, l'ordre social exige qu'à tout litige puisse être apportée une solution de la part de la société s'exprimant à travers ses représentants ad hoc. Refuser d'apporter une solution à un litige constituerait un recul historique qui inciterait les parties à recourir à la justice privée, avec les conséquences que cela implique. L'article 185 du Code pénal français de 1810 dispose : « Tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende [...] et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. » L'article 434-7-1 du nouveau Code pénal reprend presque mot pour mot ces dispositions. Il ressort de celles-ci qu'il y a déni de justice lorsqu'un certain nombre d'éléments constitutifs sont réunis : des personnes limitativement énumérées, une requête, un refus et une persévérance dans le refus. Sont susceptibles d'être poursuivies pour déni de justice des personnes habilitées à rendre une décision tant dans l'ordre judiciaire qu'administratif. La définition englobe donc les juridictions d'exception, mais, la formule légale étant limitative, la qualification pénale de déni de justice ne pourrait pas s'appliquer à un arbitre qui refuserait de trancher le litige qui lui serait soumis.

Quant au magistrat proprement dit, il doit enfin avoir refusé de statuer et avoir persévéré dans son refus. Il faut rechercher le pourquoi de la solution consacrée par le Code pénal de 1810 dans l'ancien droit : les juridictions supérieures en effet pouvaient dans certains cas juger aux lieu et place des juridictions inférieures, mais, laissée à la justice du suzerain, une telle possibilité était enfermée par la coutume féodale dans un formalisme strict. En 1771, Jousse écrivait : « Si l'accusation se poursuit dans une justice de seigneur et que le procureur fiscal et le juge en négligent la poursuite, le juge supérieur peut les y contraindre, ou évoquer, après les sommations nécessaires [...] ce qui d'ailleurs paraît être une suite nécessaire des articles 7, 8 et 9 du titre 1 de l'ordonnance de 1670 qui donnent au juge supérieur la prévention sur l'inférieur après vingt-quatre heures ou trois jours depuis que le crime a été commis... »

(Traité de la justice criminelle en France). Aujourd'hui, l'avertissement ou l'injonction des supérieurs ne peuvent être provoqués que par les parties et non par le ministère public. Quand le délit est constitué, le parquet peut requérir d'office, même en l'absence d'une plainte des parties, celles-ci peuvent alors se pourvoir soit devant les juridictions répressives en se constituant partie civile, soit devant les juridictions civiles par la voie de la prise à partie. La jurisprudence présente, du reste, fort peu d'exemples de dénis de justice ; notons cependant que constituent des dénis de justice le renvoi d'une affaire sine die (Cassation, 1811) et le fait d'omettre de statuer sur l'un des chefs de la demande (Cassation, 1823).

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

DÉLITS

Selon Garraud (Traité théorique et pratique du droit pénal français), « on peut comprendre sous la qualification générique de faux, toute manœuvre, tout procédé, employés par un individu pour en tromper un autre ». Sous sa forme primitive, le faux consiste donc essentiellement dans un mensonge, c'est-à-dire dans l'affirmation d'un fait que l'on sait être contraire à la vérité, accompagné ou non de manœuvres destinées à corroborer cette affirmation.

Le droit romain ne connaissait qu'une seule qualification de faux, la falsum, qui englobait aussi bien le faux témoignage, le faux en écriture, que la manœuvre dolosive. L'ancien droit français devait reprendre cette généralité de la qualification. Ainsi Muyard de Vouglans distinguait, dans Les Lois criminelles, les faux qui se commettent sur des écrits — comme lorsqu'on fabrique, altère, rature ou qu'on antidate un contrat ou quelque autre acte soit public soit privé —, les faux constitués par des paroles (parjures, calomnies et faux témoignages), ceux enfin qui sont produits par le fait ou l'action d'une personne, telles les suppositions de personne, de nom ou de qualité, suppression de parts, fabrication altération de monnaie, falsification de marchandises et autres denrées, vente à faux poids et mesure.

Le droit français moderne n'incrimine pas tous les faux au sens moral du terme : le mensonge n'est pas en lui-même punissable ; de même, une conception religieuse jugée erronée n'est pas incriminable, bien que ses tenants tâchent de la faire prospérer.

Le faux n'est donc incriminé que lorsqu'il lèse un bien juridique appartenant à autrui. De plus, le droit positif français a été amené à établir une différence entre la contrefaçon d'une manière générale et les différents faux particuliers. C'est ainsi que, sous la rubrique des faux, le nouveau Code pénal de 1993 traite à la suite : du faux en écritures privée ou publique ; de la fausse monnaie ; de la falsification des titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique ; de la falsification des marques de l'autorité. Par contre, certains faux particuliers (faux témoignage, faux serment) qui portent atteinte à la foi publique sont disposés isolément dans le Code.

Le Code pénal belge réunit les diverses sortes de faux. Mais la majorité des codes pénaux étrangers, tel le Code italien ou le Code allemand, créent, comme en France, des incriminations particulières à chaque sorte de faux.

Le système français distingue, par ailleurs, entre l'attitude du fabricant du faux et l'attitude de celui qui utilise ce faux. La distinction peut être discutée, car les deux attitudes se rattachent au même fait matériel. En fait, c'est à l'intention des deux individus que se réfère la loi et au danger social de l'acte puisqu'un faux est théoriquement plus dangereux que l'usage de ce faux. Cette distinction entre faux et

usage de faux entraîne plusieurs conséquences : chaque infraction admet des complices distincts ; un individu peut se rendre coupable des deux actes à la fois ou de la consommation d'un seul et de la tentative du second ; surtout le jury doit être interrogé, en cour d'assises, distinctement, sur la fabrication d'un côté, sur les différents modes d'usage de l'autre. Les éléments consécutifs de la fabrication du faux sont : un objet, l'altération de la vérité, un préjudice et, surtout, une intention coupable. L'usage de faux requiert d'ailleurs les mêmes éléments constitutifs. Mais un fait d'usage est également nécessaire et, surtout, l'intention coupable n'est pas identique à la précédente.

La répression du faux et de l'usage de faux est extrêmement stricte. Il en a toujours été ainsi et déjà Muyart de Vouglans l'expliquait en disant : « On conçoit assez toute l'énormité de ce crime, qui blesse en même temps et la Majesté divine, auteur de toute vérité, et la société dont la bonne foi fait la principale base, et enfreint le particulier à qui il cause un préjudice réel, soit dans sa vie, soit dans son honneur, soit dans ses biens ! » (Les Lois criminelles dans leur ordre naturel).

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

DÉLITS

Le nouveau Code pénal français, entré en vigueur le 1er mars 1994, a regroupé les infractions de nature sexuelle sous la dénomination d'agressions sexuelles dans la section de ce nom d'un chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne et qui figurent au nombre des atteintes à la personne humaine du titre II, du livre II (Des crimes et délits contre les personnes). Les définitions du viol, dans la rédaction de la loi du 23 décembre 1980, n'ont pas été modifiées mais la peine encourue a été portée de dix ans à quinze ans pour correspondre à la qualification criminelle et la conserver, la peine correctionnelle ayant été portée à dix ans. Les agressions sexuelles autres que le viol ont été redéfinies, ou créées : l'agression sexuelle (ancien attentat à la pudeur avec violence) ; l'agression sexuelle sur mineur (ancien attentat à la pudeur sans violence) ; l'exhibition sexuelle (ancien outrage public à la pudeur) ; le harcèlement sexuel (nouvelle incrimination). Telle est la liste des agressions sexuelles, stricto sensu. Mais il existe d'autres infractions qui comportent un élément de nature sexuelle. Toujours sous le titre « Des atteintes à la personne humaine », les messages ou images pornographiques ou indécents sont classés au chapitre « Des atteintes aux mineurs et à la famille », dans une section spécialement constituée pour le cas, « De la mise en péril des mineurs » ; le message indécent est, quant à lui, classé au rang des contraventions de 4e classe. Encore sous le même titre, citons également le proxénétisme, qui fait l'objet entier d'une section dans un chapitre définissant les atteintes à la dignité de la personne : il est, suivant les cas, un délit (cinq ans ou dix ans d'emprisonnement) ou un crime, notamment dans les deux cas nouveaux de proxénétisme en bande organisée (vingt ans de réclusion criminelle) et de proxénétisme accompagné de tortures et d'actes de barbarie (réclusion à perpétuité). Pour ce qui concerne la répression des agressions sexuelles stricto sensu, le viol est un crime, et les autres agressions sexuelles sont des délits (5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende). Mais précisons, à titre d'exemple, que l'agression sexuelle (délict) peut-être l'une des circonstances aggravantes du crime de tortures et actes de barbarie, lesquels étaient, avant de constituer une infraction autonome, des circonstances aggravantes de certains crimes ou délits.

L'une des difficultés posées par les incriminations de caractère sexuel réside dans le traitement spécifique de leurs auteurs, que la loi soumet au régime de la détention dans un établissement pénitentiaire « permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté ». À cet égard, il a été observé qu'il s'agissait d'une mesure destinée à répondre aux inquiétudes de l'opinion au sujet des troubles psychiques de certains délinquants, et de leur évolution dans le temps, mais que l'on avait

limitée aux seuls cas de ceux des délinquants souffrant de troubles psychiques qui avaient commis des infractions sexuelles. N'est-ce pas constituer le délinquant sexuel en catégorie spécifique de délinquant ? N'est-ce pas éluder, la question de fond de la définition et du régime des troubles psychiques dans leur relation avec l'infraction, mais aussi celle de l'adéquation des mesures de répression, de traitement et de prévention, tout en faisant la part de l'exigence rationaliste de prévision — un « zéro risque » pénal ? — et celle de l'improbable ?

[Luc VILAR](#)

Thèmes associés

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

[INFRACTIONS PÉNALES](#)

Le nouveau Code pénal français, entré en vigueur le 1er mars 1994, a regroupé les infractions de nature sexuelle sous la dénomination d'agressions sexuelles dans la section de ce nom d'un chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne et qui figurent au nombre des atteintes à la personne humaine du titre II, du livre II (Des crimes et délits contre les personnes). Les définitions du viol, dans la rédaction de la loi du 23 décembre 1980, n'ont pas été modifiées mais la peine encourue a été portée de dix ans à quinze ans pour correspondre à la qualification criminelle et la conserver, la peine correctionnelle ayant été portée à dix ans. Les agressions sexuelles autres que le viol ont été redéfinies, ou créées : l'agression sexuelle (ancien attentat à la pudeur avec violence) ; l'agression sexuelle sur mineur (ancien attentat à la pudeur sans violence) ; l'exhibition sexuelle (ancien outrage public à la pudeur) ; le harcèlement sexuel (nouvelle incrimination). Telle est la liste des agressions sexuelles, stricto sensu. Mais il existe d'autres infractions qui comportent un élément de nature sexuelle. Toujours sous le titre « Des atteintes à la personne humaine », les messages ou images pornographiques ou indécents sont classés au chapitre « Des atteintes aux mineurs et à la famille », dans une section spécialement constituée pour le cas, « De la mise en péril des mineurs » ; le message indécent est, quant à lui, classé au rang des contraventions de 4e classe. Encore sous le même titre, citons également le proxénétisme, qui fait l'objet entier d'une section dans un chapitre définissant les atteintes à la dignité de la personne : il est, suivant les cas, un délit (cinq ans ou dix ans d'emprisonnement) ou un crime, notamment dans les deux cas nouveaux de proxénétisme en bande organisée (vingt ans de réclusion criminelle) et de proxénétisme accompagné de tortures et d'actes de barbarie (réclusion à perpétuité). Pour ce qui concerne la répression des agressions sexuelles stricto sensu, le viol est un crime, et les autres agressions sexuelles sont des délits (5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende). Mais précisons, à titre d'exemple, que l'agression sexuelle (délict) peut-être l'une des circonstances aggravantes du crime de tortures et actes de barbarie, lesquels étaient, avant de constituer une infraction autonome, des circonstances aggravantes de certains crimes ou délits.

L'une des difficultés posées par les incriminations de caractère sexuel réside dans le traitement spécifique de leurs auteurs, que la loi soumet au régime de la détention dans un établissement pénitentiaire « permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté ». À cet égard, il a été observé qu'il s'agissait d'une mesure destinée à répondre aux inquiétudes de l'opinion au sujet des troubles psychiques de certains délinquants, et de leur évolution dans le temps, mais que l'on avait limitée aux seuls cas de ceux des délinquants souffrant de troubles psychiques qui avaient commis des infractions sexuelles. N'est-ce pas constituer le délinquant sexuel en catégorie spécifique de délinquant ? N'est-ce pas éluder, la question de fond de la définition et du régime des troubles psychiques dans leur relation avec l'infraction, mais aussi celle de l'adéquation des mesures de répression, de traitement et de

prévention, tout en faisant la part de l'exigence rationaliste de prévision — un « zéro risque » pénal ? — et celle de l'improbable ?

[Luc VILAR](#)

Thèmes associés

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

[INFRACTIONS PÉNALES](#)

On dit qu'un jugement (ou un arrêt) a été prononcé par défaut lorsque l'une des parties n'a pas comparu, quelle qu'en ait été la raison, mais que le tribunal a cependant prononcé une décision. Lorsque, devant la cour d'assises, l'accusé ne s'est pas présenté mais qu'une condamnation a néanmoins été prononcée, on dit qu'elle a été rendue par contumace.

Sous l'ancien droit, faute de pouvoir exécuter le décret de prise de corps décerné par le lieutenant criminel contre l'accusé, on procédait à la « perquisition de sa personne » et à la notation de ses biens. Le lieutenant criminel faisait alors assigner l'accusé à quinzaine, puis le faisait citer à huitaine, par cri public. Lorsque l'accusé refusait néanmoins de se présenter, une condamnation était prononcée. Mais ce jugement, dit de contumace, demeurait révocable. Tant que l'action n'était pas prescrite, le jugement de contumace tombait de plein droit si le condamné se présentait. Mais quelques effets subsistaient néanmoins : les fruits perçus sur ses biens étaient perdus au bout d'un an. Après cinq ans, les condamnations étaient réputées contradictoires, donc devenaient irrévocables : à défaut de pouvoir être appréhendé, le condamné encourait la mort civile. L'exécution du contumax avait lieu « par effigie », à défaut d'exécution réelle : un tableau ou une image représentant le condamné était alors apposé près de l'échafaud, et on procédait solennellement à sa pendaison, à son embrasement ou, plus simplement, à sa mise en pièces ; un fac-similé du jugement était apposé près de l'échafaud.

En droit positif, lorsque l'individu ne se présente pas devant la cour d'assises pour s'y entendre juger (c'est-à-dire qu'il ne se constitue pas prisonnier la veille de l'audience dans la mesure où il est libre, ou s'il s'évade), court un délai de deux fois dix jours au terme duquel l'accusé est déclaré rebelle à la loi. Il est alors notamment privé de ses droits civiques, ses biens sont placés sous l'administration d'un séquestre et toute personne est tenue de révéler aux autorités légalement constituées le lieu où il se trouve.

La procédure de contumace devant la juridiction de jugement obéit à un certain nombre de règles particulières. La cour siège seule, en l'absence du jury, et uniquement d'après le dossier de l'instruction transmis par la chambre d'accusation (chambre de l'instruction depuis 2000) ; il n'y a donc ni audition de témoins, ni audition des experts, ni présentation de sa défense par l'accusé : aucun avocat ne prend la parole à l'audience pour cette affaire. On admet seulement qu'un ami ou qu'un parent de l'accusé puisse venir présenter une excuse pour celui-ci, s'il est dans l'impossibilité de se présenter pour cas de force majeure. La procédure demeure donc écrite et non contradictoire ; les droits de la défense sont par conséquent extrêmement réduits, ceux de l'accusé ne sont pas pris en considération, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'il a, de lui-même, faussé le jeu de la justice : c'est lui qui a refusé le dialogue. Généralement, faute de défense, l'accusé est condamné au maximum de la peine. L'arrêt est alors publié et exécuté. Cependant, si, avant l'expiration du délai de vingt ans, qui correspond à la prescription des peines en matière criminelle, l'individu condamné par contumace tombe entre les mains des agents de l'autorité ou se constitue prisonnier, la décision de condamnation est automatiquement anéantie, sans

que l'individu ait à faire aucune démarche, à exercer aucune voie de recours : on dit que la contumace a été purgée. Passé le délai de vingt ans après le jugement de condamnation par contumace, l'individu ne peut plus subir la peine prononcée, celle-ci étant touchée par la prescription.

Devant le tribunal correctionnel et devant la cour d'appel, lorsque l'individu n'a pas comparu, il est réputé avoir été jugé par défaut. Mais cela ne signifie pas que le condamné n'ait plus aucun droit à se faire juger. Outre l'appel éventuel (si la décision par défaut a été rendue par le tribunal correctionnel), l'individu possède en effet une voie de recours spéciale, appelée opposition : on dit qu'il peut faire opposition au jugement l'ayant condamné par défaut. Les droits de la défense sont donc garantis. Mais, pour que le jugement ou l'arrêt aient pu être prononcés par défaut, c'est-à-dire non contradictoirement, et donc pour que l'individu puisse faire opposition, il faut, premièrement, qu'il n'ait pas eu connaissance de la citation à comparaître, deuxièmement, que cela ne soit pas dû à sa faute. Ainsi, le prévenu qui « omet » de se présenter à l'audience (quoique cité à personne, à domicile, à parquet ou à mairie), le prévenu qui refuse de se défendre (quoique présent à l'audience), le prévenu absent mais qu'un juge commis par le tribunal est allé malgré tout interroger ne peuvent en aucun cas se prévaloir du défaut pour faire opposition. Le condamné par défaut qui fait opposition est recité. S'il comparait, le jugement ou l'arrêt précédents sont anéantis ; un nouveau procès s'ouvre. S'il ne comparait pas, on dit qu'il y a « itératif défaut », et la peine prononcée la première fois prend toute sa valeur : désormais, le condamné ne peut plus faire opposition, conformément à l'adage « opposition sur opposition ne vaut ». Mais la faculté de faire appel demeure, conformément au droit commun.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

INFRACTIONS PÉNALES

Catégorie récente et ambiguë, la cybercriminalité s'est insinuée dans le vocabulaire social et juridique à la faveur du développement des réseaux informatiques et des technologies d'information et de communication. Elle constitue à première vue l'antithèse du mythe, sinon de l'espoir, qui a accompagné la diffusion rapide d'Internet : celui de la création progressive d'un « village global » entièrement tourné vers le partage numérique de la connaissance, de la libre circulation des idées et des opinions à travers un système dépassant les frontières physiques des États et, à ce titre, défiant leurs structures coercitives et policières. Cette vision idyllique et libertaire d'un outil virtuel assurant une émancipation tant individuelle, par l'inculcation d'un savoir autrement interdit ou inaccessible, que collective, à travers le partage des valeurs démocratiques, s'est heurtée à des considérations sécuritaires et militaires. Les enjeux de sécurité, d'ailleurs à l'origine de la création d'Arpanet, devenu Internet au début des années 1990, ont nourri et imposé une perception concurrente dans laquelle les nouvelles technologies numériques sont porteuses de menaces et de risques présentés comme radicalement nouveaux, et de ce fait, redoutables.

- Définitions

La cybercriminalité s'inscrit dans cette perspective où les formes de la criminalité et de la délinquance, passant de l'espace physique au domaine virtuel, changent de nature ainsi que d'expression. Phénomène protéiforme aux contours flous, la cybercriminalité est appréhendée de manière large comme l'ensemble des infractions commises au moyen d'ordinateurs ou visant ces derniers.

Elle englobe généralement deux catégories de délits que l'on distingue selon le rôle prêté aux technologies d'information et de communication. Dans un premier cas, l'informatique constitue le support et le vecteur par lesquels le délit est commis : diffusion de contenus illicites à caractère raciste, antisémite ou encore de nature pédopornographique, escroqueries sur sites de vente en ligne, contrefaçons d'œuvres audiovisuelles ou de logiciels notamment via l'échange direct entre internautes à partir des serveurs P2P (peer to peer). Dans le second cas, les réseaux informatiques et informationnels sont non seulement le vecteur mais aussi la cible du délit à travers des techniques d'intrusion visant le vol, le contrôle ou la destruction de systèmes ou de bases de données informatiques. Il peut s'agir de méthodes consistant à forcer l'accès à un ordinateur distant (hacking), à modifier les données et les fichiers, ou à implanter des programmes malveillants au sein des serveurs (cracking). On parle alors d'attaques dites « logiques » perpétrées grâce à des programmes informatiques de type virus, vers, cheval de Troie et autres « bombes » logiques dont les plus célèbres, tels I Love You (2000), Code Red et Nimda (2001), Slammer (2003) ou encore MyDoom (2004), ont provoqué des dommages évalués en millions de dollars.

Afin de mieux circonscrire le champ de la cybercriminalité et de distinguer correctement ses diverses manifestations, plusieurs classifications ont été proposées. On trouve ainsi des classements fondés sur l'identité de la victime des actes de malveillance, selon qu'il s'agit d'une atteinte à la personne, à la propriété ou à l'État. D'autres typologies sont dérivées des catégories traditionnelles appliquées aux pratiques criminelles et opèrent une distinction entre le vol (cybertheft), l'atteinte aux mœurs (cyberobscenity), les actes violents (cyberviolence) ou l'intrusion illicite (cybertrespass). De même, les actes de cybercriminalité peuvent être répertoriés selon les préjudices subis, selon les facteurs psychologiques qui guident les individus dans leur démarche (vengeance, besoin d'autodéfense, appât du gain ou affirmation sociale par le défi), ou encore à travers les contre-mesures qu'ils nécessitent.

- Une criminalité à part ?

Toutefois, ces tentatives visant à mieux cerner la cybercriminalité n'épuisent pas l'ambiguïté de cette catégorie, puisqu'elles aboutissent plus à répertorier les diverses facettes d'un phénomène qu'à révéler en quoi celui-ci serait spécifique. L'originalité de la cybercriminalité au regard des formes plus conventionnelles de la criminalité demeure en effet l'objet de débat. S'il est vrai que l'utilisation des nouvelles technologies contribue à modifier les pratiques criminelles, il demeure douteux qu'elle altère la nature et la qualité du crime. Ainsi, la diffusion de contenus illicites sur Internet s'inscrit dans la continuité du rapport entre l'avènement de nouveaux moyens de communication et leur possible détournement à des fins illégales. Le développement et la démocratisation de la presse, des télécommunications, de l'industrie cinématographique puis de la télévision ont soulevé par le passé la même question récurrente de leur régulation par les pouvoirs publics. Par exemple, la circulation de copies illégales de films ou de logiciels via Internet pose, au regard de la législation sur la protection des droits d'auteurs, un défi comparable à l'invention du magnétoscope dans les années 1980 ou, bien avant, à la diffusion des disques sur les antennes radio.

À l'inverse, divers arguments militent en faveur de la spécificité de la cybercriminalité et mettent en avant la distinction entre le monde réel et physique, où sévit la criminalité traditionnelle, et le monde virtuel et immatériel (le cyberspace), où règnent les pirates informatiques. Participant de la construction sociale du cyberspace comme espace autonome, c'est-à-dire comme nouvelle dimension supposée fonctionner selon des règles propres, différentes de celles existant dans le monde réel, ces

arguments relèvent de quatre ordres : du juridique, du politique et social, du technique et de la sécurité nationale.

Ainsi, les réseaux informatiques et numériques constitueraient une zone de non-droit, échappant à l'emprise des États, et pour cette raison, prédisposée à servir de refuge aux délinquants en tous genres. De fait, la dimension transnationale du cyberspace pose une difficulté majeure, notamment en termes de compétences juridictionnelles, tant en amont au niveau des enquêtes et des poursuites, qu'en aval au niveau des décisions judiciaires et de leur exécution. Dans l'ordre politique, on souligne que la démocratisation d'Internet, couplée avec la liberté d'information qu'elle autorise, permet une diffusion difficilement contrôlable de données dangereuses (recettes de fabrication de bombes, manuels de piratage d'ordinateurs) pouvant doter une personne malveillante de capacités de nuisance importantes. Internet est alors perçu comme un outil particulièrement subversif, à la fois facilitant le basculement d'un individu dans l'illégalité et démultipliant sa dangerosité potentielle. D'un point de vue technique, les réseaux informatiques sont supposés assurer au pirate un anonymat parfait, celui-ci pouvant facilement dissimuler les traces de son forfait. Par ailleurs, la possibilité de lancer des attaques massives et simultanées pose différents problèmes en matière de prévention et de conception des dispositifs de sécurité. Enfin, la dépendance croissante des services et des opérations quotidiennes envers les réseaux

informatiques a renforcé l'idée – désormais répandue – que le cyberspace constituait

« le socle » ou « le système nerveux » de la société. S'est ainsi développée, notamment aux États-Unis, la peur que des hackers puissent détruire via Internet des infrastructures critiques et faire s'effondrer l'économie d'une nation.

De tels arguments demeurent toutefois contestables. Le vide juridique n'est vrai qu'en partie puisque l'essentiel des infractions de droit commun commises à l'aide des réseaux relève de dispositions déjà existantes ou nécessitant seulement des adaptations marginales. Il convient d'ajouter que la collaboration interétatique au sein d'organismes tel que l'O.S.C.E., le G8 ou le Conseil de l'Europe travaille justement à uniformiser les dispositions et à résoudre les potentiels conflits de compétence territoriale. La relation supposée entre l'accès à des informations illégales et le passage à l'acte criminel est également problématique et se heurte, d'une part, à la question philosophique de la responsabilité individuelle, d'autre part, à l'absence de résultats empiriques capables de prouver la pertinence de cette causalité apparente. L'argument technique est tout aussi discutable car peu de hackers ont échappé à la justice quand celle-ci a déployé toute sa mesure. Plus que par des raisons techniques, l'impunité de fait des hackers est facilitée par la réticence des entreprises à déclarer les attaques qu'elles ont subies, par crainte de perdre la confiance de leurs clients. Enfin, l'imminence d'un « Pearl Harbor électronique », évoquée par le directeur de la C.I.A. au milieu des années 1990 est de plus en plus remise en bas de l'échelle des menaces stratégiques. Les attentats du 11 septembre 2001 ont ajouté de l'eau au moulin des sceptiques pour qui la sécurité nationale est davantage menacée par l'utilisation d'armes conventionnelles et physiques que par l'arrivée de nouveaux guerriers cybernétiques. Ajoutons que la représentation du cyberspace comme espace autonome est elle-même douteuse puisque celui-ci repose non seulement sur des supports physiques (hardware, ordinateurs, câbles et fibres optiques) mais également sur une composante humaine décisive. Aussi la pertinence théorique de la cybercriminalité, comme catégorie rendant compte de phénomènes nouveaux, demeure-t-elle sujette à caution.

III - Enjeux symboliques

S'il est difficile de l'appréhender objectivement comme phénomène, la cybercriminalité fait néanmoins sens au regard des tentatives globales de régulation d'Internet de la part des autorités étatiques. Plus exactement, elle appartient au lexique dans lequel les États ont puisé afin de légitimer l'intervention des organismes de sécurité dans le contrôle et la surveillance des flux informatiques. Du point de vue des sciences sociales, la notion de cybercriminalité n'est donc pas neutre, elle procède – tout en le renforçant – de l'univers symbolique d'un cyberspace miné par la subversion (« pirates »), l'épidémie (« virus », « propagation », « contamination »), les parasites (« vers »), la fourberie et la ruse (« Cheval de Troie », « porte dérobée »), etc. L'utilisation de ce type de langage a permis de recréer un univers virtuel binaire, partagé comme dans le monde « réel » entre les bons et les mauvais, entre ceux qui respectent les règles et ceux qui les enfreignent. En jouant sur le mimétisme entre espace physique et cyberspace, ce langage a ainsi abouti à justifier l'intervention de l'État comme garant de la sécurité et à ruiner symboliquement le projet d'un Internet comme « nouvelle frontière ».

La focalisation sur la cybercriminalité a permis de redessiner les contours de la menace informatique en déplaçant l'attention, depuis des adolescents ou des individus guidés par le défi, sur un continuum sécuritaire englobant la criminalité organisée, les mafias, les organisations terroristes, mais aussi des activistes politiques. Le succès de cette notion révèle alors la réussite d'une entreprise de normalisation d'Internet, menée par l'État, via la stigmatisation de certains comportements qui n'ont parfois de criminels que le simple fait de prouver l'inefficacité et la défaillance des systèmes de sécurité informatiques existants.

La mise en avant d'un discours sur la menace a donc facilité la criminalisation des actions perpétrées sur Internet tout en masquant la réalité de phénomènes dont l'origine réside fréquemment dans des carences en termes de formation du personnel, dans des défauts de conception des logiciels, voire dans des incidents naturels ou involontaires. Relayé par des entreprises informatiques désireuses de diffuser le sentiment d'insécurité pour mieux vendre leurs logiciels de protection, comme dans le cadre de la peur du « Bogue de l'an 2000 », les États se sont installés au cœur de la surveillance des réseaux, imposant leurs vues en matière de cryptologie, restructurant leurs organismes de sécurité intérieure, négociant directement avec les fournisseurs d'accès à Internet pour l'accès aux données, voire développant des programmes secrets – et par ailleurs illégaux – pour espionner les messageries électroniques comme dans le cas du programme Carnivore lancé par le F.B.I. en 1999, et dévoilé en 2000.

Néanmoins, il convient de ne pas surestimer l'opposition entre, d'une part, la vision sécuritaire des États épaulés par les firmes de sécurité informatiques et, d'autre part, la vision libertaire des « cyberpunks », du nom de la contre-culture qui a émergé au cours des années 1980. Cette dualité ne doit pas masquer les liens profonds qui unissent ces deux mondes. Les itinéraires des hackers « repentis », les programmes informatiques conçus par les sociétés de sécurité pour tester leurs propres vulnérabilités ou pour traquer les versions gratuites de leurs logiciels (les spywares), l'espionnage économique effectué par les services secrets au profit des sociétés nationales... ces pratiques mimétiques révèlent des formes de connivences, qui ne sont ni exceptionnelles ni surprenantes. En réalité, elles dissimulent une même croyance dans les vertus de la technique, une même foi dans le progrès numérique. En suggérant combien la menace repose sur la nature humaine, la cybercriminalité exonère la machine de toute critique ; elle la délivre de toute réflexion sérieuse sur les dangers qu'elle enferme, sur les vulnérabilités qu'elle fait peser sur nos sociétés à mesure qu'elle s'impose dans la vie quotidienne. Aussi la cybercriminalité et la sécurité informatique sont-elles moins antagonistes qu'elles ne paraissent à première vue. Elles s'avèrent liées par une relation symbiotique, elles se légitiment mutuellement. Elles

se présentent finalement comme les deux faces d'une même pièce dont la fonction est d'assurer la pérennité du développement des technologies informatiques.

[Olivier PALLUAULT](#)

Thèmes associés

[DROITS SPÉCIAUX](#)

[INFRACTIONS PÉNALES](#)

[INTERNET](#)

Bibliographie

J. Guisnel, *Guerres dans le cyberspace : Services secrets et Internet*, 2e éd., La Découverte-Poche, Paris, 1997

Y. Padova, « Un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité en France », in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, no 4, pp. 765-780, 2002

F. J. Pansier & E. Jez, *La Criminalité sur Internet*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 2000

P. Robert, « Cybercrime et sécurité technique, le vice, la vertu... et vice versa ? », in *Terminal*, no 86, pp. 9-22, 2001-2002

D. L. Speer, « Redefining Borders : The Challenges of Cybercrime », in *Crime, Law and Social Change*, vol. 34, pp. 259-273, 2000

P. Virilio, *La Bombe informatique*, 2e éd., Textuel, Paris, 2001

D. S. Wall, « Catching Cybercriminals : Policing the Internet », in

International Review of Law Computers & Technology, vol. 12, no 2, pp. 201-218, 1998

Conseil de l'Europe, *Convention sur la cybercriminalité*, ratifiée le

23 novembre 2001 à Budapest

Department of Homeland Security, *The National Strategy To Secure Cyberspace*, 2003.

Forme particulière de piraterie, le détournement d'aéronef est limité dans le temps et dans l'espace. Contrairement aux voiliers du xviii^e siècle, un avion a une autonomie et un nombre de points d'arrivée limités : il ne peut disparaître aux yeux de tout le monde et le moment de quitter l'appareil est en principe un moment critique pour les auteurs du détournement. De plus, la grande majorité des détournements d'aéronefs est effectuée dans un but politique ; or on ne peut, du point de vue du traitement pénitentiaire, assimiler le délinquant politique à un délinquant de droit commun. Avant la loi du 15 juillet 1970, le détournement d'aéronef n'était pas punissable en droit français : à la rigueur, l'article 307 du Code pénal, ayant trait aux mesures verbales faites avec ordre sous conditions, était

applicable ; mais la sanction prévue, une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 500 à 1 800 francs, ne semblait pas appropriée au détournement d'aéronef. Un jugement du tribunal de grande instance de Corbeil avait, le 12 mars 1969, condamné les auteurs d'un détournement d'aéronef sous le chef de violences et voies de fait avec préméditation et de détention illégale d'armes. Mais la peine ne s'était élevée, à défaut de texte spécial, qu'à quelques mois de prison, bien que le tribunal ait reconnu que « ... cette action comportait de grands dangers, qu'elle fut de nature à compromettre et avait compromis la sécurité de l'aéronef, de personnes à bord et de la navigation aérienne... »

Devant cette carence législative et devant l'augmentation considérable des détournements fut votée, le 15 juillet 1970, une loi qui insérait dans le Code pénal un article 462 spécifiant ce type d'infraction. Étendues ensuite à d'autres cas, ces dispositions se retrouvent dans l'article 224-6 du nouveau Code pénal, lequel punit « le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire ou de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place [...] de vingt ans de réclusion criminelle ». Cette infraction est punie de la réclusion criminelle à perpétuité « lorsqu'elle est accompagnée de tortures ou d'actes de barbarie, ou s'il en est résulté la mort d'une ou de plusieurs personnes ». La loi de 1970 exigeait que l'avion fût en vol, ce qui souleva des difficultés d'interprétation, nombre de détournements ayant en effet lieu alors que l'aéronef est encore sur la piste d'envol ; la loi ne s'appliquait-elle pas alors, sous prétexte que l'avion n'était pas à proprement parler en vol ?

Pour pallier cette insuffisance, la loi du 5 juillet 1972 précisait qu'« un aéronef est considéré comme en vol depuis le moment où, l'embarquement étant terminé, toutes ses portes extérieures ont été fermées jusqu'au moment où l'une de ces portes est ouverte en vue du débarquement. En cas d'atterrissage forcé, le vol est censé se poursuivre jusqu'à ce que l'autorité compétente prenne en charge l'aéronef ainsi que les personnes et biens à bord. » Le nouveau Code pénal de 1992 ne mentionne plus le vol comme élément constitutif de l'infraction.

Les tribunaux français sont compétents pour connaître du délit dans tous les cas s'il a été commis à bord d'aéronefs français ; si le délit a été commis à bord d'un aéronef étranger, la loi française demeure cependant compétente lorsque l'auteur de l'infraction est français, lorsque la victime est française (donc dès qu'il y a un Français à bord), lorsque l'avion a atterri en France. Mais un détournement d'aéronef est susceptible de susciter de nombreux conflits de compétence internationale, d'origine tant juridique que politique. Aussi les conventions internationales se sont-elles multipliées ! La première est celle de Tōkyō (14 sept. 1963), ratifiée par la France le 11 juillet 1969 et rendue applicable en France le 19 février 1971. On y retrouve les mêmes termes que dans la loi française, mais la formule « les États contractants prennent toutes mesures appropriées pour restituer ou conserver le contrôle de l'aéronef au commandant légitime » (art. 11) est dénuée de portée. Aussi deux nouvelles conventions ont-elles été signées, qui contiennent des clauses pénales, le 16 décembre 1970 à La Haye et, surtout, le 23 septembre 1971, à Montréal où cinquante États, dont la France, furent signataires. La convention d'extradition réciproque, signée le 8 avril 1971 entre la France et les États-Unis, a une incidence sur notre sujet puisque parmi les causes classiques d'extradition (abus de confiance, escroquerie, vols, recels, enlèvement de mineurs, infraction à la législation concernant les stupéfiants, banqueroute) est prévue la révolte à bord d'un aéronef contre l'autorité du commandant de bord et le fait de s'emparer ou d'exercer le contrôle d'un aéronef par violence ou menace de violence. Enfin, la répression du détournement d'aéronef est encore visée par la convention internationale contre la prise d'otages, signée à New York le 17 décembre 1979.

INFRACTIONS PÉNALES

Du latin *foris factura*, le terme de forfaiture désigne l'action accomplie en dehors des règles édictées. Dans le droit féodal, la forfaiture correspondait à une « faute grave ». En effet, un vassal s'était-il rendu coupable d'une violation grave de l'hommage qui le liait à son suzerain que ce dernier était en droit de reprendre le fief concédé. Le Code du 3 brumaire an IV de la République a donné au terme forfaiture un sens beaucoup plus précis ; il en a fait une faute grave, mais professionnelle, c'est-à-dire une faute commise dans l'exercice de ses fonctions par l'individu reprochable et dont seuls les juges pouvaient se rendre coupables. Si une sanction était alors prononcée à l'encontre des magistrats coupables de forfaiture, ces juges perdaient notamment tout droit de remplir une fonction quelle qu'elle soit ou un emploi public pendant une durée de vingt ans. Les rédacteurs du Code pénal de 1810 élargirent le terme de forfaiture et étendirent cette dernière qualification : le Code pénal disposa en son article 166 que « tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture ». Le domaine de la forfaiture était désormais réduit au seul crime — à l'exclusion des délits — commis dans l'exercice d'une fonction ; la peine encourue était alors celle de la dégradation civique, qui comporte, comme on le sait, la perte des droits de citoyen et l'incapacité de remplir une fonction publique quelle qu'elle soit. Le terme de forfaiture était, en fait, une qualification générale dans laquelle le Code pénal de 1820 embrassait un ensemble d'infractions dont chacune formait l'objet d'une incrimination spéciale.

Pour qu'il y eût forfaiture, il fallait que le fait constitutif soit un crime proprement dit, conformément aux termes de la loi — ce qui excluait les délits et les contraventions du cadre de l'infraction —, que le crime ait été commis par un fonctionnaire public, que le fait constitutif ait été commis dans l'exercice même des fonctions imparties à l'individu poursuivi, qu'enfin une intention criminelle se soit manifestée expressément. Le nouveau Code pénal de 1993 a supprimé les dispositions générales relatives à la forfaiture. Celles-ci s'étaient en effet révélées inutiles, et même dangereuses. Inutiles, parce que chacun des crimes susceptibles d'être commis par des fonctionnaires dans l'exercice même de leurs fonctions avait fait l'objet d'une incrimination spéciale et de pénalités particulières de la part du législateur ; dès lors, on ne poursuivait plus un fonctionnaire pour forfaiture, et la qualification était devenue désuète. La généralité même de ces dispositions les rendait dangereuses ; qu'on se rappelle l'affaire Malvy : ministre de l'Intérieur au cours de la Première Guerre mondiale, Malvy avait été mis en accusation par la Chambre des députés, déclaré coupable d'avoir méconnu les devoirs de sa charge, et renvoyé devant le Sénat, constitué en Haute Cour de justice, sous l'inculpation de trahison ; la Haute Cour de justice l'avait acquitté de ce chef, mais elle avait retenu contre lui différents agissements expressément prévus par la législation pénale et, en vertu de son pouvoir souverain, avait, dans un arrêt du 6 août 1918, qualifié de forfaiture les agissements du ministre et aggravé la peine en le frappant de bannissement (sanction qu'elle substituait à la dégradation civique encourue).

INFRACTIONS PÉNALES

Domage corporel infligé à un individu et ayant entraîné sa mort, l'homicide est réprimé très différemment, dans le droit français, selon l'intention de l'auteur ; on distingue l'homicide volontaire, l'homicide préintentionnel, l'homicide par imprudence.

L'homicide volontaire comprend :

le meurtre simple, puni de trente ans de réclusion criminelle ; il – suppose un acte homicide, positif et matériel, exercé sur une victime vivante même si celle-ci a donné son consentement (euthanasie) ou s'il y a eu erreur sur sa personne, quel qu'en soit le mobile ;

le meurtre aggravé, puni de la réclusion criminelle à perpétuité ; – il suppose une circonstance aggravante prévue par la loi : l'assassinat, ou meurtre commis avec préméditation, c'est-à-dire dessein formé avant l'action d'attenter à la vie d'une personne (le guet-apens, assimilé à la préméditation, ne fait plus l'objet d'une incrimination spécifique dans le Code pénal de 1993) ; le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre meurtre ; le meurtre qui a pour objet de préparer ou de faciliter un délit, de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur d'un délit ; le meurtre commis sur un mineur de quinze ans, sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs, sur une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse ; enfin le meurtre commis sur un magistrat, un juré, un avocat, sur tout représentant de l'autorité publique, dans l'exercice de leurs fonctions, et sur un témoin, une victime ou une partie civile.

L'homicide préterintentionnel consiste dans l'infraction de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. La peine encourue, en principe la réclusion criminelle de quinze ans, est portée à vingt ans si l'infraction est accompagnée des circonstances aggravantes énumérées par l'article 222-8 du Code pénal, où l'on retrouve nombre de celles mentionnées précédemment pour le meurtre. Elle est portée à trente ans si l'infraction a été commise « sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur ».

L'homicide par imprudence, commis involontairement mais dû à une faute de l'auteur (maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements) est considéré comme un délit ; il est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende.

E.U.

Thèmes associés

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

INFRACTIONS PÉNALES

Mesures de répression des infractions pénales, édictées par la loi, les peines sont proportionnelles auxdites infractions, ce qui permet de les classer en peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles.

Les peines criminelles sont toutes de droit commun depuis le nouveau Code pénal de 1993. Les peines de droit commun sont : la réclusion criminelle ou la détention criminelle à temps, qui remplace les travaux forcés à temps et qui peut être de quinze à trente ans ; la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité, qui remplace depuis 1960 les travaux forcés à perpétuité. En fait, cette réclusion criminelle à perpétuité n'est jamais exécutée en totalité, les prisonniers étant souvent libérés avant la fin de leur peine, soit par l'effet d'une grâce, soit pour bonne conduite. Abolie par la loi du 9 octobre 1981, la peine de mort, qui avait été présentée comme une mesure d'intimidation conforme au principe de l'exemplarité de la peine, était depuis le début du xxe siècle de moins en moins prononcée et de moins en moins appliquée.

En plus des peines précédemment citées, il existait jusqu'en 1993 deux peines spécifiques des crimes politiques : le bannissement (de cinq à dix ans) qui consistait en un exil hors du territoire français ; la dégradation civique, qui privait le délinquant d'un certain nombre de droits et pouvait être accompagnée d'une peine de prison de moins de cinq ans. Cette dernière a été conservée à titre de peine complémentaire dans le nouveau Code, qui parle désormais d'« interdiction des droits civiques ».

Les peines contraventionnelles sont l'emprisonnement supérieur à six mois et inférieur à dix ans (sauf en cas de récidive), l'amende supérieure à 10 000 francs, le jour-amende, le travail d'intérêt général, les peines privatives ou restrictives de certains droits, enfin les peines complémentaires prévues par la loi (confiscation, fermeture d'établissement, affichage ou diffusion de la peine prononcée).

Les peines correctionnelles consistent en l'amende de moins de 10 000 francs, qui peut être portée à 20 000 francs pour les contraventions de la cinquième classe en cas de récidive.

E.U.

Thèmes associés

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

INFRACTIONS PÉNALES

Commencement d'exécution qui n'est suspendu que par des circonstances extérieures indépendantes de la volonté de l'auteur, la tentative est dans certains cas réprimée par le droit pénal.

Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait tentative : un commencement d'exécution et une absence de désistement volontaire. Le commencement d'exécution consiste en actes extérieurs faisant partie de l'infraction tentée et différents des actes préparatoires, lorsque l'auteur a agi dans le but et avec l'intention de commettre le délit ou le crime. L'absence de désistement volontaire implique que l'auteur ait eu l'intention réelle de mener à bien son projet et qu'il en ait été empêché en raison de circonstances fortuites et contre sa volonté. La loi a ainsi voulu donner une dernière chance à l'auteur d'une infraction en lui permettant d'abandonner l'exécution de son acte sans tomber sous le coup de l'article 121-5 du nouveau Code pénal de 1993, qui a repris les dispositions de l'article 2 de l'ancien code.

La tentative de crime est passible de la même peine que le crime consommé. En revanche, la tentative de délit n'est pas punissable, sauf si elle est réprimée par un texte spécial, notamment en matière de vol et d'escroquerie.

Il ne faut pas confondre la tentative avec l'infraction manquée, dans laquelle il y a eu accomplissement du délit ou du crime, mais où le but n'a pas été totalement atteint à cause de circonstances externes.

Martine BABE_ Thèmes associés

INFRACTIONS PÉNALES

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Lorsque surviennent certains faits juridiques appelés circonstances aggravantes, le législateur français a expressément prévu que le délinquant serait frappé d'une peine plus élevée que la peine normalement

encourue pour l'infraction commise. Les circonstances aggravantes peuvent être objectives, subjectives ou mixtes. On dit qu'elles sont objectives lorsqu'elles ont trait à l'élément matériel de l'infraction, à l'objet des faits ; le vol en fournit un exemple remarquable, tant pour les moyens employés (vol en bande organisée, par escalade, par effraction ou à l'aide de fausses clés, avec usage ou menace d'arme, précédé, accompagné ou suivi de violences, etc.) que pour le lieu de l'infraction (vol dans une maison habitée ou dans un train de voyageurs) ou la qualité de la victime (vol facilité par l'état particulièrement vulnérable de celle-ci ; inversement, l'incrimination ne peut être retenue quand le vol est commis au préjudice d'un ascendant, d'un descendant ou d'un conjoint non séparé de corps) ; en revanche le nouveau Code pénal a supprimé la circonstance aggravante de la commission du vol pendant la nuit, le législateur ayant estimé que la vie économique et sociale ne s'arrête plus avec le jour, comme au XIX^e siècle. On dit que les circonstances aggravantes sont subjectives lorsqu'elles sont relatives à la personne de l'agent, au sujet. Le but du législateur est ici de sanctionner particulièrement certaines personnes qui, par l'étroitesse de leurs liens avec la victime ou par la fonction qu'elles occupent, devraient obéir à un devoir particulier de respect ou de probité ; il est vrai aussi que le législateur a tendance à condamner d'autant plus sévèrement que l'infraction est difficile à déceler ou à prouver. Ainsi, la qualité de fils (légitime, naturel ou adoptif) est une circonstance aggravante du meurtre, la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique ou de personne faisant appel public à l'épargne une circonstance aggravante de l'escroquerie. La préméditation, la récidive constituent d'autres circonstances aggravantes subjectives. Les circonstances aggravantes peuvent avoir, en outre, trait à la fois au fait délictueux et à l'auteur de celui-ci, ainsi la préméditation dans l'assassinat. Les circonstances aggravantes diffèrent des éléments constitutifs de l'infraction en tant que si elles disparaissent l'infraction subsiste quand même ; par exemple, si le lien de filiation disparaît, l'infraction (le meurtre) subsiste. Par contre, si l'élément constitutif de l'infraction disparaît, l'infraction, elle, n'existe plus.

Joël P. GREGOGNA Thèmes associés

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

RESPONSABILITÉ PÉNALE

L'octroi des circonstances atténuantes est un procédé juridique qui permet au juge d'abaisser, suivant sa propre appréciation, le taux de la peine légalement encourue par le délinquant afin d'aménager le traitement pénal au mieux de l'intérêt du prévenu ou de l'accusé. Dans le système français antérieur au nouveau Code pénal, l'octroi des circonstances atténuantes était laissé à la libre appréciation du juge, mais il ne s'agit pas là d'un principe universel puisque certaines législations étrangères (Italie, 1930 ; Danemark, 1933 ; Suisse, 1938) ont restreint cette appréciation dans un cadre légal strict, en fait plus théorique que pratique. Sous l'Ancien Régime, l'aspect comminatoire de la peine, l'absence de traitement pénal, la rigidité des ordonnances, la relative difficulté d'appréhender un coupable et l'arbitraire des décisions rendaient inutile l'existence de circonstances atténuantes. La Révolution devait les introduire dans les faits, mais le Code de 1810 ne les prévoit qu'en certaines matières correctionnelles. Une loi de 1824 les appliqua à quelques crimes, mais il fallut attendre la loi du 28 avril 1832 pour que, devant l'attitude des jurés qui préféraient acquitter plutôt que de voir prononcer une peine trop lourde, les circonstances atténuantes fussent généralisées à l'ensemble des crimes. Une loi de 1928 les étendit enfin à tous les délits. Ainsi, jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 1994, du nouveau Code pénal, le jury et la cour réunis aux assises, les magistrats dans les autres cas, pouvaient toujours accorder les circonstances atténuantes à un prévenu ou à un accusé, quelle que fût l'infraction (crime, délit, contravention), à l'exception de certaines infractions du Code forestier et de certaines infractions réitérées du Code des impôts. Les juridictions de jugement avaient seules, en France, le

droit d'accorder les circonstances atténuantes alors que dans d'autres pays, en Belgique par exemple, les juridictions d'instruction ont aussi ce pouvoir. En matière correctionnelle et contraventionnelle, par exemple, le tribunal possédait une liberté à peu près totale quant à l'octroi des circonstances atténuantes et au choix de la peine ; il pouvait ainsi substituer à une peine d'emprisonnement une peine d'amende ou, à l'inverse, rester dans la fourchette de peines établie par le législateur. Abrogés par la loi du 16 décembre 1992, le mécanisme des circonstances atténuantes et la mention du minimum des peines n'ont pas été repris par le nouveau Code pénal. La disparition du minimum des peines marque la volonté du législateur de reconnaître au juge la plus grande liberté dans le choix de la nature de la peine (parmi celles qui sont encourues pour l'infraction dont il est saisi) et dans celui de son quantum (sous réserve de certaines restrictions en matière de peine de réclusion ou de détention criminelle, notamment) ; en conséquence, le mécanisme des circonstances atténuantes n'avait plus de raison d'être. Les juridictions n'ont donc plus à motiver leur clémence par l'octroi de circonstances atténuantes. En revanche, elles peuvent invoquer des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité liées à la personnalité de l'auteur de l'infraction comme aux circonstances dans lesquelles celle-ci a été commise.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Prise de vue

Le terme « démence », longtemps synonyme d'aliénation mentale, a vu, tout au long du xix^e siècle, sa définition psychiatrique se limiter et se préciser. La conception primitive n'apparaît plus actuellement que dans le langage courant et en médecine légale. Dans le premier, elle souligne l'impossibilité, pour le « dément », de toute vie collective et personnelle normale. Le légiste limite, quant à lui, le terme démence à la seule notion d'irresponsabilité pénale. « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action » (article 64 du Code pénal).

Actuellement, il convient de réserver, en pratique psychiatrique, le terme démence aux états acquis d'affaiblissement mental frappant l'ensemble des facultés psychiques et altérant, avec l'affectivité et l'activité du malade, ses conduites sociales. L'évolution irrémédiable de ce déficit intellectuel reste un caractère essentiel des démences, bien que les progrès thérapeutiques aient permis, dans certaines démences d'origine infectieuse, comme la paralysie générale syphilitique, des améliorations sensibles. C'est pourquoi il importe que le diagnostic des démences soit étayé par de nombreuses investigations cliniques ayant pour objet de préciser la nature du processus pathologique et son dynamisme évolutif.

Les processus dégénératifs, plus particuliers à l'adulte, relèvent principalement de la sénescence. Rançon de l'augmentation de la longévité, la relative fréquence des démences séniles pose à la fois un problème médical, qui est celui de la prophylaxie et de la thérapeutique du vieillissement, et un problème social, qui est celui de l'adaptation du vieillard et de l'assistance psychiatrique qu'il convient de lui assurer.

Le cadre de la schizophrénie est venu d'autre part regrouper non seulement une grande partie des anciennes démences vésaniques, mais aussi les états pseudo-démence de l'adolescent et de l'enfant décrits dans la nosologie française sous le nom de démence précoce.

I - Nosologie de la démence

Dès le début du XIX^e siècle, Pinel tente de classer les diverses espèces d'aliénation et distingue la manie, « où la faculté de jugement subsiste souvent », de la démence, « débilité particulière des opérations de l'entendement et des actes de la volonté » où « la faculté de pensée est abolie ». Esquirol devait ultérieurement insister sur le caractère acquis des troubles démentiels, opposant ainsi l'idiotie, de caractère congénital, à la démence, d'apparition secondaire. « L'homme en démence est privé des biens dont il jouissait autrefois. C'est un riche devenu pauvre ; l'idiot a toujours été dans l'infortune et la misère. L'état de l'homme en démence peut varier, celui de l'idiot est toujours le même. » Mais Esquirol, en décrivant des formes passagères et des démences aiguës, ne fait pas de discrimination entre les affaiblissements intellectuels incurables et ceux qui sont réversibles. Le terme « stupidité », introduit par Georget en 1820 pour définir les déficits intellectuels passagers, paraît correspondre aux démences aiguës décrites par Esquirol. Ces états aigus, étudiés ultérieurement par Chaslin sous le terme confusion mentale, seront bien décrits par Régis et par Seglas en France, qui les opposeront à la démence de caractère acquis, mais d'évolution irréversible.

La découverte de la paralysie générale par Bayle (1822), avec ses lésions de méningoencéphalite chronique, rapportées ultérieurement à la syphilis par Fournier, introduit la notion d'organicité en psychiatrie et fournit un premier facteur étiologique de démence. Ultérieurement, Klippel, avec la pseudo-paralysie générale soulignera l'importance des lésions vasculaires que préciseront Binswanger et Alzheimer dans certains états démentiels. En même temps, le rôle de la sénescence sera mieux compris avec les travaux de Klippel, de Lhermite, de Lévi, tandis que Wernicke limitera l'emploi du terme « presbyophrénie » à la seule démence confabulante du sujet âgé. L'individualisation ultérieure des démences préséniles de Pick et d'Alzheimer, et plus récemment de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, apporte toute une série de nouveaux facteurs étiologiques. L'ensemble de ces affections, dont l'état démentiel est l'aboutissant commun, malgré des nuances symptomatiques et évolutives particulières, constitue le groupe des démences organiques. Parfois celles-ci peuvent être secondaires à des causes toxiques, infectieuses, traumatiques dont la démence n'est qu'un des signes. Ailleurs, la démence résume tout le tableau clinique. Il en est de même des processus dégénératifs, actuellement mieux connus et observés durant la sénilité et le présénium.

Le cadre classique des démences vésaniques, ou démences survenant au terme d'une psychose de longue durée, devait parallèlement se transformer et se limiter.

L'évolution démentielle des vésanies est ainsi largement décrite par Esquirol, puis par

Georget qui oppose démence primitive et démence secondaire, tandis que Morel (1860) la conçoit comme la « longue agonie d'un cerveau longtemps surmené par le délire et blessé dans ses œuvres vives ». Cette conception classique, mais assez imprécise, a perdu de son importance avec la connaissance des processus démentiels organiques dont le début peut être marqué par des troubles psychotiques. Les travaux de Kraepelin sur la démence précoce, puis les conceptions de Bleuler et la description de la schizophrénie devaient réduire de plus en plus l'usage de cette notion traditionnelle devenue anachronique dans la nosologie contemporaine.

Ces constatations historiques illustrent ainsi les divers problèmes diagnostiques soulevés en pratique par les états démentiels : processus démentiels organiques, épisodes confusionnels transitoires, états stuporeux d'origine thymique, désagrégation physique pseudo-démentielle des états schizophréniques.

II - L'évolution démentielle

La désorganisation globale et progressive de l'ensemble des facultés mentales rend malaisés une description synthétique des troubles démentiels.

Au début, la démence, d'installation insidieuse, peut ne pas – s'imposer avec évidence, et l'existence de la détérioration intellectuelle ne sera affirmée que sur des données psychométriques. Des troubles de l'humeur, des préoccupations délirantes, le plus fréquemment à type de persécution ou de préjudice, des altérations de la mémoire, affectant plus gravement les souvenirs récents que les faits anciens, peuvent en marquer le début. Ailleurs, des actes médico-légaux, des difficultés socioprofessionnelles révèlent des troubles déjà évolués et le plus souvent méconnus de l'entourage. Le déficit mental affecte pourtant déjà l'ensemble des fonctions intellectuelles et intéresse à la fois raisonnement, jugement, abstraction, compréhension, association des idées et attention.

L'examen psychométrique précise l'existence de la détérioration intellectuelle et permet dans une certaine mesure d'en apprécier l'importance. Il fait la part entre le niveau d'efficacité antérieure, jugé sur certains tests mieux exécutés, comme le test de vocabulaire de Binois et Pichot, et l'efficacité actuelle. L'échelle de WechslerBellevue, avec les épreuves « qui tiennent » (surtout de vocabulaire) et celles « qui ne tiennent pas » (arithmétique, cubes de Kohs, code, etc.), permet l'appréciation d'un indice de détérioration ; le test de rétention mnésique de Benton, le PM 38 (progressive matrice 38 de Raven) sont également très sensibles à cet égard.

Toutes ces épreuves sont utiles car, en pratique, la bonne conservation des structures verbales, des automatismes socioprofessionnels acquis, la bonne adaptation à un milieu et à ses habitudes peuvent faire illusion pendant longtemps et masquer la détérioration intellectuelle. Celle-ci se révèle souvent de manière brutale lorsque les circonstances amènent le sujet à quitter son milieu et ses habitudes.

À un stade plus avancé, la démence est évidente. Les troubles – profonds du jugement et de la conduite s'expriment par des actes absurdes, des erreurs professionnelles grossières et répétées, des atteintes à la moralité et à la sexualité. Des troubles de l'orientation temporo-spatiale peuvent entraîner des fugues avec errances. La capacité d'expression verbale est très altérée, avec réduction importante du stock idéique, usage de formules stéréotypées. Le fonds mental est grossièrement désorganisé et l'indifférence aux échecs, aux erreurs, va souvent de pair avec une profonde indifférence affective, une négligence de l'entourage et de soi-même.

En pratique, l'affirmation du processus démentiel après élimination de divers diagnostics (tumeurs frontale ou de la base du cerveau, états confusionnels toxiques ou infectieux) rend indispensable, en plus des sanctions thérapeutiques possibles, des mesures de protection comme l'assistance d'un conseil judiciaire ou l'interdiction mettant le malade en tutelle. De même, des mesures d'internement seront à envisager si des troubles importants du comportement et l'absence d'un milieu familial capable d'assistance le nécessitent.

À la phase terminale, la désintégration psychique est profonde : – troubles du comportement, activité insolite et désordonnée, incurie, gâtisme, malpropreté, apragmatisme. La désorientation est complète, les troubles mnésiques massifs, l'indifférence totale. Le langage peut être massivement appauvri jusqu'au mutisme terminal, avec quelques propos stéréotypés ou quelques phénomènes itératifs (écholalie, palilalie). Les troubles du comportement, l'agitation, la turbulence, le gâtisme imposent l'internement.

III - Les principales démences

Démences dégénératives

La démence sénile

La démence sénile est une régression globale et définitive des fonctions psychiques apparaissant après soixante-cinq ou soixante-dix ans. L'imprécision de cette définition, basée sur l'âge, est l'un des éléments de discussion nosologique. Cela est d'autant plus vrai que les lésions microscopiques (association de lésions neuronales à type de dégénérescence neurofibrillaire, de dégénérescence granulo-vacuolaire et de plaques séniles) sont communes à la sénescence physiologique et à la maladie d'Alzheimer.

La démence sénile simple se traduit par des troubles progressifs assez banals : fatigabilité intellectuelle, indifférence affective, égoïsme, négligence corporelle et alimentaire, idées de préjudice, de frustration, dépression. La réduction du vocabulaire contraste parfois avec une véritable incontinence verbale (logorrhée, bavardage ou radotage).

Des troubles du comportement, souvent marqués, avec des bouffées d'agitation à maximum nocturne, des troubles du caractère, joints à l'incurie, peuvent imposer l'hospitalisation. L'évolution, fonction des tares viscérales particulières à cet âge, peut se prolonger plusieurs années.

La presbyophrénie de Wernicke (1906) est caractérisée par l'importance des troubles mnésiques affectant surtout la mémoire de fixation. La désorientation temporo-spatiale, les fausses reconnaissances, la fabulation et l'euphorie réalisent un tableau de démence confabulante assez semblable au syndrome de Korsakov, mis à part l'importance de la détérioration intellectuelle.

Démences préséniles

L'individualisation des démences préséniles est déterminée par leur survenue habituelle aux environs de la cinquantaine, ce qui n'exclut pas cependant la possibilité de formes plus précoces ou au contraire très tardives. Elles comprennent essentiellement les tableaux des maladies d'Alzheimer et de Pick, souvent confondues au point de vue clinique, mais dont les lésions anatomiques sont très différentes.

La maladie d'Alzheimer est environ quatre fois plus fréquente. Son individualisation date des descriptions anatomiques d'Alzheimer (1906) et cliniques de Bonfiglio (1908) et Perusini (1909).

Elle réalise une atrophie cérébrale diffuse où les lésions microscopiques (plaques séniles, dégénérescences neurofibrillaires et dégénérescences granulo-vacuolaires), identiques à celles de la démence sénile, n'en diffèrent que par leur plus grande intensité. L'évolution, qui n'excède pas deux à cinq ans, est marquée par des difficultés mnésiques et des troubles de l'orientation temporo-spatiale profonds et précoces. La netteté d'un syndrome aphaso-apraxique donne un aspect particulier à la démence, notamment l'aphasie avec jargon, associée aux itérations verbales.

Les rapports avec la démence sénile paraissent étroits, et l'analogie des lésions anatomiques plaide pour les conceptions unicistes (Mutrux) que confirment les données de microscopie électronique. Il s'agirait d'un processus dégénératif semblable ; des conditions dépendant du terrain et de l'âge d'apparition expliqueraient les quelques différences lésionnelles purement quantitatives et les particularités cliniques et évolutives.

La maladie de Pick, individualisée à partir des cas d'atrophie cérébrale circonscrite étudiée par Pick (1892-1904) et des synthèses anatomo-cliniques d'Onari et Spatz (1926), réalise une atrophie cérébrale circonscrite remarquable par sa localisation fronto-temporale, respectant la partie postérieure du lobe temporal et notamment les zones du langage. Les lésions microscopiques à type de gonflement neuronal avec gliose, les altérations associées de la substance blanche évoquent un processus dégénératif systématisé probablement sous-cortical. La fréquence des formes familiales ou héréditaires, l'existence de formes précoces et de formes de passage vers d'autres maladies dégénératives (chorée de Huntington, sclérose latérale amyotrophique) achèvent de la caractériser.

Le tableau clinique est celui d'une démence frontale avec un respect relatif des fonctions intellectuelles élémentaires et instrumentales au début, euphorie ou akinésie, comportement stéréotypé. Le langage réduit peut confiner au mutisme, sans élément aphasique.

La maladie de Creutzfeldt-Jakob, d'individualisation plus récente (1920-1921), paraît actuellement plus fréquente. L'association d'une démence subaiguë d'évolution rapide en six mois à un an, de troubles pyramidaux, de signes extrapyramidaux avec mouvements anormaux, de myoclonies, parfois d'une atteinte nerveuse périphérique, constitue l'essentiel du tableau clinique, qualifié de pseudo-sclérose spastique par Jakob, de dégénérescence cortico-strio-spinale par Wilson.

L'existence d'une gliose importante et d'une spongiose corticales sont caractéristiques, mais l'importance de cette dernière dans la variété occipitale d'Heidenhaim (démence avec cécité et myoclonies) est à l'origine des discussions concernant les rapports avec l'encéphalopathie spongiforme subaiguë de Jones et Nevin. Le rôle des lésions thalamiques a été souligné dans certains cas.

Cette affection est surtout caractérisée par la transmissibilité à l'animal (chimpanzé et autres espèces) à partir de fragments de biopsies cérébrales (Gazdusek et Gibbs, 1968). Ses analogies avec certaines affections virales animales (la tremblante du mouton) et avec une maladie humaine observée en Nouvelle-Guinée (le kuru), ainsi que sa transmissibilité expérimentale au singe, autorisent à considérer la maladie de Creutzfeldt-Jakob comme due à une infection lente à virus, bien que l'agent pathogène n'ait pas encore été isolé et que le tableau histopathologique ne comporte aucune des lésions habituelles aux encéphalites.

La démence à corps de Lewy se manifeste par des pertes de mémoire à court terme, une légère aphasie lexicale, des difficultés en calcul. Le malade est souvent confus, anxieux, dépressif, et sujet à des hallucinations visuelles. Plus fréquente chez l'homme que chez la femme, elle est caractérisée par des anomalies cellulaires dans certains neurones, nommées « corps de Lewy », dont on ignore les conditions d'apparition. Elle peut se manifester seule ou associée à la maladie d'Alzheimer ou la maladie de Parkinson. Environ un cinquième des maladies neuro-dégénératives lui sont imputables.

D'autres processus dégénératifs neurologiques peuvent également s'accompagner d'une évolution démentielle, mais celle-ci reste alors au second plan. Il en est notamment ainsi de la chorée de Huntington, de certaines formes de sclérose latérale amyotrophique ou d'affections dégénératives portant sur les formations spinocérébelleuses qui peuvent s'associer à des altérations cérébrales.

Démences artériopathiques

Les lésions vasculaires athéroscléreuses sont fréquemment associées aux lésions cérébrales dégénératives séniles (démences mixtes), mais leur seule présence peut rendre compte de certains tableaux démentiels. Classiquement, il s'agit de lésions diffuses et l'affaiblissement intellectuel est souvent marqué par des ictus plus ou moins régressifs, des signes neurologiques, des perturbations émotionnelles aboutissant au rire et au pleurer spasmodiques des états pseudobulbaires.

Le processus lésionnel est habituellement constitué par des foyers lacunaires, mais des aspects comme celui de l'encéphalopathie sous-corticale de Binswanger ou de l'atrophie granulaire corticale sont possibles. Le rôle, dans ce dernier processus, des occlusions carotidiennes bilatérales, des cardiopathies évoluées, montre la dépendance étroite entre fonctionnement vasculaire général et fonctionnement cérébral.

Ailleurs, les lésions sont localisées à certaines structures physiologiquement privilégiées : ramollissements thalamiques intralaminaires bilatéraux, altérant les fonctions d'intégration et le contrôle de l'activité corticale ; ramollissement affectant les formations hippocampiques jouant dans le contrôle émotionnel et les phénomènes de mémorisation.

Paralysie générale

Méningo-encéphalite syphilitique tertiaire, la paralysie générale a vu sa fréquence diminuer considérablement avec la prophylaxie et les thérapeutiques antisypilitiques.

L'affaiblissement démentiel est associé à des préoccupations délirantes mégalomaniaques avec expansivité et euphorie. À l'inverse, des formes dépressives sont également possibles. Le tremblement, les anomalies pupillaires avec signe d'ArgyllRobertson, la dysarthrie sont caractéristiques.

Les anomalies du liquide céphalorachidien : lymphocytose, hyperalbuminorachie, modification de la réaction du benjoin colloïdal ; les réactions biologiques de la syphilis positives dans le sang et le liquide céphalorachidien complètent le tableau.

Le pronostic est fonction de la précocité du traitement. La malariathérapie, pratiquée depuis von Jaureg (1917), et surtout l'antibiothérapie peuvent amener une guérison remarquable si elles sont appliquées suffisamment tôt, une stabilisation du processus démentiel en cas d'instauration trop tardive lorsque l'atrophie cérébrale est déjà évoluée.

Processus démentiels secondaires

La survenue de démences au cours de divers processus organiques est souvent discutable, car les troubles entraînés par les lésions cérébrales ne répondent pas toujours à la définition du processus démentiel.

Les démences épileptiques correspondent souvent à l'évolution du processus organique cause de l'épilepsie. Parfois, le déficit intellectuel peut être consécutif aux lésions hippocampiques que provoque l'anoxie due à des crises répétées ; il peut être simulé par un traitement médicamenteux barbiturique mal réglé.

Dans les démences posttraumatiques, le traumatisme n'a souvent qu'un rôle déclenchant.

Parmi les démences éthyliques, seules les lésions corticales laminaires décrites par Morel et la nécrose du corps calleux de Marchiafava-Bignami avec lésions cérébrales souvent associées constituent un tableau à peu près bien individualisé.

Enfin, les démences postoxycarbonées procèdent plus souvent de l'akinésie extrapyramidale due aux lésions pallidales anoxiques, que d'une démence vraie.

Démences infantiles

La notion de démence infantile ne s'est imposée que tardivement et notamment après les travaux de Moreau de Tours (1888) ; celle de schizophrénie infantile est d'individualisation encore plus récente. Il existe de nombreuses formes de démences infantiles. La plupart sont très rares. Chez le bébé, leur survenue se manifeste par la perte de la curiosité, la torpeur, et la disparition des acquisitions précédentes : le bébé ne peut plus se tenir assis, ou debout, il ne gazouille plus, les interactions avec ses parents disparaissent peu à peu, et il semble indifférent aux personnes et à l'environnement. Certaines maladies mentales peuvent parfois être incriminées, comme les autismes primaires, les psychoses précoces, ainsi que les carences affectives graves et les mauvais traitements.

Mais la plupart des démences de l'enfant sont dues à des processus organiques acquis, et la régression intellectuelle coexiste avec les signes propres des diverses affections organiques. Parmi les causes infectieuses, la paralysie générale infantile est devenue beaucoup plus rare. Les séquelles d'encéphalites primitives et secondaires de l'enfant sont classiques. Plus intéressantes sont les régressions intellectuelles observées dans la leuco-encéphalite sclérosante subaiguë, les maladies démyélinisantes comme la maladie de Schilder, les diverses leucodystrophies et les processus dysmétaboliques comme les neuropilidoses tardives.

Le syndrome de West, ou « encéphalite myoclonique infantile avec hypersyndrome », apparaît chez un enfant de 5 à 8 mois, normalement développé jusque-là, ou parfois associé à une trisomie 21. C'est une forme rare d'épilepsie du nourrisson, qui, non traitée, entraîne la perte des apprentissages acquis et la constitution d'un tableau de démence. Les antiépileptiques contrôlent souvent mal la maladie, le pronostic est en général très mauvais.

Le syndrome de Landau-Kleffner survient chez des enfants âgés de 4 à 5 ans. L'enfant donne l'impression de ne plus bien entendre, son expression verbale régresse, il devient indifférent, et présente des crises d'épilepsie nocturnes, souvent méconnues parce que non constatées. L'examen attentif met en évidence que l'enfant n'a pas perdu son acuité auditive, mais qu'il présente une agnosie auditive lui ôtant la capacité de donner une signification aux sons qu'il perçoit. Les examens d'imagerie cérébrale mettent en évidence des anomalies caractéristiques de l'épilepsie. Non traité, ce syndrome évolue en quelques mois vers une démence irréversible. Le traitement de l'épilepsie et une rééducation orthophonique précoces permettent le retour à la normale.

Les démences par intoxication, au plomb, au gaz d'éclairage ou à l'oxyde de carbone, ont pratiquement disparu depuis que les peintures à base de sels de plomb ont été interdites et que l'éclairage au gaz et le chauffage par poêle à charbon relèvent du passé. Toutefois, on en observe encore dans les régions défavorisées.

Chez l'enfant plus âgé et à l'adolescence, on rencontre bien entendu les démences apparues chez des bébés devenus plus âgés. La survenue d'un syndrome démentiel à l'adolescence pose le problème essentiel d'un début de psychose schizophrénique, au cours duquel la pensée est fortement altérée par la perte des repères de la réalité du monde et de soi-même, et par la survenue d'hallucinations et de délire. L'apparition d'états démentiels chez des adolescents conduisit Morel, aliéniste du xix^e siècle, à proposer de nommer ces syndromes « démence précoce », car ils apparaissaient beaucoup plus tôt que les démences séniles, seules démences connues à l'époque.

□ [Raymond ESCOUROLLE](#)

IV - Démence et responsabilité pénale

Si, comme les positivistes, on ne s'attache qu'au trouble social provoqué par une infraction, la démence ne devrait pas entrer en ligne de compte pour le calcul du quantum de la peine. Il en est tout autrement lorsqu'on s'interroge sur la culpabilité, sur la responsabilité pénale de l'individu : si l'on adopte ce deuxième principe, cela signifie que, pour être prise en considération, la démence doit s'être manifestée au moment même de l'action.

Le droit français du Moyen Âge voyait dans la démence une manifestation du pouvoir du Diable. En conséquence, c'était rendre un service à la société et à l'âme de l'individu que de l'éliminer. À la fin de l'Ancien Régime, la démence commença à apparaître comme une cause de non-culpabilité, et on le voit notamment en matière de suicide, où le suicidé, dément au moment de l'action, n'était pas condamné et n'encourait pas la confiscation de ses biens. Mais il ne s'est jamais agi d'une véritable cause d'imputabilité à proprement parler. Il faudra attendre le Code pénal de 1810 pour que l'article 64 dispose : « Il n'y a ni crime ni délit – ajoutons contravention – lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action... » Mais il ne définit pas la démence. Il est, cependant, certain que ce terme doit en fait s'entendre dans le sens d'« aliénation mentale ».

En principe, la même politique de non-définition est adoptée dans les pays étrangers. Ainsi, le Code pénal allemand dispose qu'« il n'y a pas d'acte punissable lorsque son auteur était, lors de la perpétration de cet acte, dans un état d'inconscience ou de trouble maladif de l'activité de l'esprit, excluant la détermination libre de sa volonté ». Quant au Code pénal hollandais, il stipule : « Quiconque commet un fait qui ne peut lui être imputé à cause du développement incomplet ou du trouble maladif de son intelligence n'est pas punissable. » Il n'y a, en fait, qu'en droit anglais que l'on trouve certaines règles dégagées par les magistrats pour déterminer en quoi consiste exactement la démence, et quand il y a démence.

Les rédacteurs du nouveau Code pénal de 1992 ont abandonné la notion de démence, trop générique. La nouvelle formulation de l'article 122-1 du nouveau Code a surtout le mérite d'introduire dans la loi des distinctions observées depuis longtemps par la jurisprudence. Dans son premier alinéa, cet article dispose en effet que « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses

actes ». Dans ce premier cas, qui recoupe en fait la situation définie par l'ancien article 64, si l'expertise psychiatrique (obligatoire en matière criminelle) établit l'existence d'un tel trouble au moment de l'infraction, le juge déclare la personne irresponsable et prononce, selon l'état de l'affaire, un non-lieu, une relaxe ou un acquittement. Le « gardien », au sens juridique du terme, peut toujours être condamné, sur le fondement des principes de la responsabilité civile, à réparer le préjudice qu'a causé le dément à la victime. Si l'état d'aliénation ne se manifeste qu'après l'infraction, mais avant toute condamnation définitive, les poursuites sont suspendues. Si cet état d'aliénation mentale ne survient, par contre, qu'après que la condamnation est devenue irrévocable, les peines pécuniaires et les peines privatives de droit demeurent. Cependant, toutes les peines privatives de liberté ne peuvent être en aucun cas appliquées.

Le deuxième alinéa de l'article 122-1 du nouveau Code prévoit que « la personne qui est atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable : toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Dans ce second cas, il n'est plus question de l'aliéné mental mais de la personne mentalement perturbée dont le trouble n'a pas totalement supprimé le libre arbitre. Par rapport à l'ancienne pratique, qui réduisait arbitrairement la peine par le jeu des circonstances atténuantes, les dispositions nouvelles de cet alinéa permettent au juge une plus grande liberté d'appréciation. En maintenant par principe la responsabilité du délinquant, elles autorisent le juge non plus seulement à atténuer la peine mais aussi à l'aggraver. Même si dans la plupart des cas ces dispositions conduiront à l'atténuation de la peine, elles couvrent aussi les cas où le trouble psychique constaté fait souhaiter une incarcération la plus longue possible compte tenu des faits incriminés. C'est le cas par exemple des névropathes pervers susceptibles de récidive. La loi n'a pas voulu que le juge se substitue au psychiatre pour prescrire d'autorité un traitement au succès incertain compte tenu de l'indigence du suivi psychiatrique dans les prisons et de la nécessité d'une véritable volonté de cure de la part du sujet. Le juge n'apprécie en fait que la dangerosité du délinquant pour la société. Il y a là un aveu d'impuissance de cette dernière, qui accepte de voir condamner certains de ses « fous », pourtant réputés étrangers à l'économie de la culpabilité qui fonde le système pénal.

[Joël P. GREGOGNA,](#)

[E.U.](#)

Thèmes associés

[HISTOIRE DE LA PSYCHIATRIE](#)

[MÉDECINE PSYCHIATRIQUE](#)

[PSYCHOPATHOLOGIES](#)

[RESPONSABILITÉ PÉNALE](#)

Bibliographie

E. Bleuler, *Dementia praecox, ou Groupe des schizophrénies*, trad. A. Viillard, suivi de H. Ey, La Conception d'Eugen Bleuler, E.P.E.L.-

G.R.E.C., Paris, 1993

B. Défontaines, Les Démences, 2e éd. rev., Paris, Med-Line, 2004

J. Delay & S. Brion, Les Démences tardives, Masson, Paris, 1962

H. Ey, P. Bernard & C. Brisset, « Les Démences », in Manuel de psychiatrie, Masson, Paris, 6e éd. 1989

J. C. Hughes, S. J. Louw & S. R. Sabat, Dementia : Mind, Meaning, and the Person, coll. International perspectives in philosophy and psychiatry, Oxford

University Press, Oxford-New York, 2006 / M. P. Janicki & A. J. Dalton,

Dementia, Aging, and Intellectual Disabilities : A Handbook, Brunner-Mazel,

Philadelphie (Penn.), 1998 / M. F. Mendez & J. L. Cummings, Dementia : A

Clinical Approach, 3e éd. Butterworth-Heinemann, Philadelphie (Penn.), 2003

H. Parent, Responsabilité pénale et troubles mentaux. Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien, thèse, Y. Blais, Cowansville, 1999

F. Pasquier & F. Lebert, Les Démences fronto-temporales, Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, 93e session (Saint-Malo), Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1995

R. H. Perry, I. G. McKeith, E. K. Perry, Dementia with Lewy Bodies. Clinical,

Pathological, and Treatment Issues, Préf. J. L. Cummings, Cambridge University Press, Cambridge,

1996 / H. Spatz, « La Maladie de Pick, les atrophies systématisées progressives et la sénescence

cérébrale prématurée localisée », in Atti del primo congresso internazionale d'istopatologia del sistema nervoso, t. II, Rome, 1952

R. Tissot, J. Constantinidis & J. Richard, La Maladie de Pick, Masson, 1975.

Fait justificatif qui n'est pas, en principe, prévu par la loi. On dit qu'il y a état de nécessité lorsqu'un individu juge nécessaire de commettre une infraction pour préserver quelqu'un ou quelque chose d'un mal plus important encore que celui résultant de l'infraction. Le droit canonique disait déjà : « Nécessité n'a pas de loi » ; et la coutume édictera : « De deux maux, on choisit le moindre. » Ainsi répond à un état de nécessité l'attitude de l'individu qui franchit une ligne blanche sur une route pour éviter d'écraser un piéton. Obéit également à un état de nécessité le sauveteur qui délaisse volontairement deux naufragés pour en sauver cinquante autres qui auraient indiscutablement péri s'il avait secouru les deux premiers naufragés.

Parfois, il est vrai, l'état de nécessité peut être prévu par la loi. C'est ainsi que, lorsque la vie de la mère est en danger, il est possible à un médecin de pratiquer un avortement sur elle bien que ce fait soit, en l'absence de consentement, puni par le Code pénal.

L'état de nécessité répond à un libre choix de l'individu. Il en résulte que sa conscience de commettre l'infraction est demeurée entière, ce qui distingue d'ailleurs l'état de nécessité de l'état de contrainte, l'état de contrainte répondant à une situation qui aboutit à annihiler la volonté de l'individu. L'article

122-2 du nouveau Code pénal de 1993 pose ainsi que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». Les tribunaux ont opéré cependant une confusion entre les deux notions. L'état de nécessité est donc un des moyens pour la jurisprudence de prendre en considération le mobile de l'acte alors qu'on sait qu'en droit pénal français, si l'intention de commettre une infraction joue un rôle, le mobile n'est la plupart du temps pas pris en considération.

Est-ce à dire que l'état de nécessité ne doit répondre à aucune condition ? L'état de nécessité implique tout d'abord que le péril soit imminent ; ainsi, lorsqu'il s'agit de forcer une serrure pour éviter une inondation ou pour sauver une maison de l'incendie, le péril ne doit pas être dû à la faute de l'agent quoique cette condition soit fortement débattue en doctrine ; quant à l'acte délictueux lui-même, il doit, bien entendu, être proportionné au péril et, surtout, nécessaire : l'infraction doit être le seul moyen d'éviter le pire mal. L'état de nécessité a pour effet de faire échapper l'individu poursuivi pour telle infraction à une condamnation pénale. Devant les juridictions répressives, le problème peut se poser, dans ce cas, du dédommagement de la victime. Devant les juridictions civiles, les dommages-intérêts peuvent être accordés à la victime sur le fondement de l'article 1384, alinéa premier, du Code civil, c'est-à-dire sur le fondement de la garde de la chose et non pas de la faute (art. 1382 du Code civil), puisque, par définition, celle-ci n'existe pas.

En droit international, l'expression désigne une situation résultant pour un pays de données indépendantes de lui et qui le placent dans l'impossibilité d'honorer ses engagements ou obligations (cas par exemple du navire de guerre qui, mis en danger et ne pouvant contrôler sa prise, la détruit). Il y a lieu de distinguer de l'état de nécessité la situation de nécessité, celle-ci conduisant un sujet de droit à commettre un acte illicite pour se protéger dans une situation extrême ; au xviii^e siècle, le diplomate et publiciste Emmer de Vattel justifiait ainsi l'action de l'État qui, lors d'une disette générale, contraint les États voisins à lui céder des vivres à juste prix ou qui, ceux-ci refusant toute tractation, leur en enlève par la force. Quant à l'excuse de nécessité, c'est une raison d'ordre proprement politique qu'invoque un État pour se libérer d'une obligation internationale, l'appréciation des circonstances (raison d'État, honneur national) passant avant le respect du droit.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Prise de vue

Vers 112, Pline le Jeune, alors légat en Bithynie, écrit à l'empereur Trajan pour lui demander comment on doit juger les chrétiens : « Je n'ai jamais participé à des procès (cognitiones) concernant des chrétiens ; c'est pourquoi je ne sais quels sont les faits que l'on punit ou sur lesquels on enquête, ni jusqu'où il faut aller ». Il pose là des questions essentielles au sujet de la responsabilité pénale, sur le fait et sur la faute. Les actes interdits sont-ils définis par une règle ? Sont-ils décrits dans leur matérialité ? Faut-il tenir compte de l'âge, de l'enfance à la vieillesse (notre notion de cause subjective de non-culpabilité) ? Quel est l'effet du repentir sur la peine (aujourd'hui, faculté pour le juge d'abaisser la peine), et quelle est sa valeur, car Pline s'inquiète du lien entre l'intériorité de l'intention et l'acte illicite pour lequel la clémence est sollicitée. Faut-il encore distinguer entre le fait de se dire chrétien, d'exprimer un être chrétien (est-ce notre « état dangereux » ?), et la commission d'un « crime de chrétien » (refus de sacrifier ou de présider à un sacrifice) ?

Adaptant une célèbre analyse de Sartre, on pourrait dire : la responsabilité pénale est responsabilité de quelque chose. Le droit ne demande pas si quelqu'un est coupable, mais de quoi ? pour quel acte ? Sinon, comment être coupable, en soi, en son être ? C'est opposer à une conception théologique, qui affirme la culpabilité originelle de l'être, une anthropologie, qui définit la responsabilité dans l'extériorité de l'acte – même si la dimension transcendante de la faute est postulée par la référence à la nature, ou aux valeurs d'une société.

Et, enfin, s'agit-il seulement de savoir si un individu est responsable parce qu'il est religieux, qu'il a chanté en public, s'est vêtu de telle façon ou a pratiqué un usage ancestral ? Une théorie de la responsabilité pénale n'est-elle pas également, pour l'autorité politique, et pour l'autorité judiciaire, la définition des conditions dans lesquelles les individus peuvent être recherchés pour leurs fautes dans leurs rapports aux personnes et aux biens, mais aussi à l'autorité de l'État, aux intérêts de la nation et à la paix publique ? Beccaria nous le dit au sujet des lois : c'est de la condition des hommes qu'il s'agit.

I - Conditions de la responsabilité

L'acte interdit

Si la notion de responsabilité est liée à celle de faute, celle-ci consiste à violer une règle de droit. Le droit pénal a pour objet la définition de l'acte interdit et de la peine applicable. L'étude des conditions de la responsabilité pénale en est un développement relatif à la constitution de l'infraction en trois éléments (légal, matériel et moral) et à l'imputabilité de l'acte.

L'élément légal. Dans les traditions romano-germaniques, le principe de légalité procède de la déclaration des droits : il n'y a pas de crime, ni de peine sans loi. Nul ne peut être accusé d'avoir commis un acte qui n'est pas interdit par la loi. Le juge statue sur l'existence de l'élément légal, en effectue l'opération, mais ne crée pas d'infraction. Tenter de se suicider n'est pas incriminé ; y aider activement quelqu'un peut être défini comme un meurtre, tandis que le laisser faire peut constituer une des infractions de non-assistance à personne en danger ou d'atteinte involontaire à la vie.

La situation est différente en droit anglais. Certes, la rédaction d'un avant-projet de Code pénal a été achevée en 1989 (Law Commission), et de plus en plus d'infractions sont définies et régies par des textes de lois récents, comme pour le vol (Theft Act, 1968). D'autres sont plus anciens en matière d'infractions contre les personnes

(Offences Against the Person Act, 1861) ou de crime de trahison (Statute of Treason,

1341). Mais des infractions, les common law offences, sont créées par la jurisprudence. Ainsi, dans une affaire critiquée, l'accusé qui opposait au juge que l'infraction de « conspiration contre les bonnes mœurs » n'existait pas s'est entendu répliquer que, désormais, elle existerait.

L'élément matériel. Il n'est pas interdit par la loi de souhaiter la mort de son voisin. Le droit est distinct de la morale. La pensée n'est – en principe – pas punissable, et il n'existe pas, dans les démocraties libérales, de pur délit d'intention, indépendant d'un acte, à part quelques exceptions, rares mais non dénuées de sens, telles que la notion d'intelligence dans les crimes contre la nation. L'infraction, après

avoir été définie, est saisie matériellement et décrite dans son extériorité (l'usage d'une arme à feu), mais indépendamment de son résultat (on reste coupable en ratant sa cible). À l'inverse, la seule existence matérielle d'un dommage ne caractérise pas une infraction pénale, car il n'y a pas, en droit français, de crime sans intention de le commettre. Précisons que l'acte illicite est accompli par commission comme par omission. Mais le repentir actif qui met volontairement fin au projet n'est pas punissable, ce qui n'est pas le cas de la tentative, qui déjà extériorise l'acte répréhensible dans sa préparation et le commencement de son exécution.

L'actus reus du droit anglais renvoie à la commission d'un acte déterminé, à une omission fautive ou à un état de fait constitutif d'une infraction (détention illicite de drogue). Toutefois, l'exigence d'un élément matériel n'est pas absolue : la conspiration est définie par l'entente entre deux ou plusieurs personnes impliquant la commission d'une infraction même si cette dernière n'est pas commise (Criminal Law Act, 1977).

L'élément moral. L'acte punissable a été voulu en lui-même et pour ses conséquences comme dans les infractions intentionnelles (meurtre, vol), ou bien a été commis volontairement mais sans volonté du résultat (délits d'imprudence). L'aveu étant la forme parfaite de la preuve, la difficulté d'atteindre cet idéal théologique expose à la crainte de l'arbitraire en matière de preuve de l'intention, surtout pour celles des infractions dont l'élément matériel n'est pas une exigence. En droit pénal français, il n'y a pas, à la différence du droit civil, de présomption de faute. L'accusation doit rapporter la preuve des éléments constitutifs de l'infraction.

La classification des infractions. Les éléments constitutifs de l'infraction étant définis, la classification des infractions elles-mêmes a des effets sur les conditions de la responsabilité pénale, et notamment sur la responsabilité de l'auteur, celles des complices ou des co-auteurs, la procédure applicable, la peine. À la classification historique en treason, felonies et misdemeanours – les deux dernières catégories étant en vigueur jusqu'en 1967 –, le droit anglais a substitué la distinction entre arrestable offences et non-arrestable offences, la différence la plus pertinente, dans la pratique judiciaire, étant celle des summary offences qui ressortissent aux Magistrates Courts, compétentes pour les peines légères, et des indictable offences qui ressortissent à la Crown Court, dont la compétence en matière de peine est plus large. Les régimes de la tentative et de la prescription diffèrent. Il existe une catégorie mixte, celle des either-way offences, qui constituent des indictable offences mais peuvent être portées devant les Magistrates, suivant une pratique analogue à celle du parquet, en France, lorsqu'il décide, avec l'accord de la juridiction concernée et des parties, de « déqualifier » une infraction ; des faits susceptibles de recevoir la qualification de crime (viol) seront ainsi portés non devant la cour d'assises mais devant le tribunal correctionnel sous la qualification inférieure de délit (agressions sexuelles remplaçant les anciens attentats à la pudeur depuis 1992).

En droit français, les classifications sont généralement fondées sur les différents éléments constitutifs de l'infraction. Elles en commandent le régime. La classification selon l'élément légal distingue entre crimes, délits et contraventions. L'élément matériel permet de différencier entre infractions continues (recel) et instantanées (vol), infractions simples (vol) et complexes (escroquerie). L'élément moral commande la distinction entre les infractions intentionnelles (meurtre, vol, faux témoignage) et les infractions non intentionnelles d'imprudence (risques causés à autrui) – une distinction très importante en raison du développement de ces dernières en droit contemporain (augmentation des risques liés à l'usage de diverses technologies en matière de santé, de transports, etc.). Une modification récente en droit français de la rédaction de la classification fondée sur l'élément légal en illustre, au-delà du champ national, les enjeux.

Le Code pénal de 1810 énonçait en son article premier : « L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent des peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. »

Paradoxalement, il faisait dériver le nom qu'il donne à l'acte (au fait ainsi qualifié) de la gravité de la peine, au lieu de faire dériver la gravité du nom et de la peine, de la gravité du fait. C'est que, écrivait Joseph-Édouard Boitard, le législateur ne considère pas la moralité du fait pour savoir s'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. Il regarde dans le Code de quelle nature de peine il est puni. La division est pratique, car elle correspond aux trois ordres de tribunaux (police, correctionnel, assises). Un second intérêt pratique réside en ce que deux faits, apparemment semblables au regard de la morale mais distincts en termes de péril social, ne se trouveront pas dans la même catégorie. Ainsi l'abus de blanc-seing est un délit dans le Code de 1810, tandis que le faux est un crime, car on ne peut empêcher un faussaire de contrefaire, alors qu'on peut refuser de donner une signature en blanc.

Au contraire, le nouvel article 111-1 du Code pénal de 1992 dispose : « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions. » Or il y a une différence entre la question de savoir in abstracto quels sont l'ordre de gravité des peines institué par la loi et la catégorie à laquelle l'infraction peut être attachée, et celle de savoir in concreto quelle est la gravité de telle ou telle infraction et la catégorie de peine correspondante ? Dans le premier cas, il y a un ordre de peine préexistant, qui peut être modifié par une réflexion sur les principes : il s'agit ainsi de savoir si l'on établit ou non la peine de mort dans un ordre judiciaire, et non pas si tel fait mérite cette peine. Dans le second cas, une modification contingente altère l'ordre, en postulant simplement que l'évolution des choses et la nature de telle infraction justifient telle mesure. Un avant-projet de 1983 comportait une précision qui n'a pas été reprise et suivant laquelle « seules les atteintes aux valeurs de la société constituent des crimes et des délits, les contraventions n'étant que des manquements à la discipline de la vie sociale ». Mais quelle est la liste officielle des valeurs d'une société ? où est-elle donc objectivée si ce n'est dans la classification du Code ?

Enfin, depuis la fin du xix^e siècle, certaines préoccupations venant de la biologie, de la sociologie, mais aussi du droit, avec les écoles du positivisme et de la défense sociale, ont, dans le cadre d'une réflexion sur la prévention de l'infraction et le traitement du délinquant, apporté au droit pénal la catégorie de l'état dangereux. La définition de celui-ci par un élément légal, sa description dans un élément matériel font référence à des facteurs d'ordre individuel (biologiques, anthropologiques, psychologiques) ou social (milieu économique et humain) qui constituent les déterminations d'une existence, d'une condition et non pas un fait illicite, dont l'éventuelle réalisation future est postulée. Suivons le droit pénal contemporain dans son passage de l'acte à la personne.

L'auteur

L'auteur de l'acte apparaît, en filigrane, à l'examen des éléments légal, matériel et moral de l'infraction. Il y est précisément aperçu dans l'extériorité de ses actes. Non qu'il n'y ait pas, dans la considération propre à l'esprit de la tradition romaniste, une analyse psychologique, sociale et en tout cas une considération de la personne ; mais – consciente ou non de son caractère spontané, et aussi bien traversée que toute autre par l'idéologie – elle ne revendique nulle légitimité scientifique quand il s'agit de traiter de l'âme. Elle emprunte à cet égard le langage classique de l'analyse des passions ; ne change que la clarté du regard. Cependant, un déplacement est perceptible, aujourd'hui, de la considération de l'acte à celle de la personne.

L'évolution libérale des législations depuis le premier tiers du xix^e siècle (la monarchie de Juillet en France voit la naissance des circonstances atténuantes), la réflexion criminologique ou celle des sciences pénitentiaires sur la prévention et le traitement du délinquant ont déjà, par la personnalisation des peines (également appelée individualisation de la peine), tenu compte de la personne du délinquant. La préoccupation contemporaine de la personne met l'accent sur les déterminations individuelles, incitant le droit pénal à intégrer dans son élaboration les objets de savoirs éclatés produits dans les sciences biologiques, sociales et humaines, comme le droit pénal à son tour voudrait étreindre les innombrables dispositions de nature pénale qui hantent tant de textes. Toutefois, la personne n'étant pas une notion, ni surtout une réalité homogène, les savoirs convoqués, dans leur hétérogénéité parallèle, à l'urgence éternelle de son étude, ne se sont présentés que sous la forme pluridisciplinaire, qui n'est pas sans problèmes de maîtrise. Il y a une étude à entreprendre concernant les effets secondaires des instruments issus de ces sciences sur la constitution de types qui, à l'image de l'être-voleur du Saint Genet de Sartre, fonctionnent comme des essences. À côté du drogué, un rassemblement de données constitue une catégorie de délinquants sexuels qui accrédite l'idée d'une essence criminelle étrangère à la défiance de la pensée juridique à l'égard de toute métaphysique.

Que punir dans une société ? C'est la question du droit pénal, qui définit et interdit un faire (quel serait le nom du savoir ou du pouvoir qui interdirait un être ?). Quelles sont les causes des actes illicites et les déterminations des personnes qui les commettent ? L'étude de la criminalité en tant que fait social et l'étude de l'homme par lui-même – et non pas celle du criminel – ne se confondent pas avec le droit pénal. Une troisième question rapproche bien les deux premières : quelles dispositions prendre à l'encontre de ceux qui enfreignent la loi ? Mais elle ne concerne que l'adéquation d'un traitement à la condition humaine, et ne s'appuie sur aucun fondement ontologique ordonnant l'inférence d'un acte à l'être de son auteur. Cette dernière question est confondue avec celle qui consiste à demander si l'on juge une infraction ou des hommes qui l'ont commise. Le législateur français a hésité devant la définition de la responsabilité (l'infraction) « à travers la personnalité de l'individu » (avant-projet de réforme de 1978), qui devait être placée sous un titre consacré à la « personne punissable », et il a finalement conservé la notion de responsabilité pénale.

II - Responsable, irresponsable

C'est, en droit pénal, la volonté de commettre l'acte interdit qui constitue la faute (culpa) intentionnelle ou d'imprudence, et définit de ce fait la culpabilité. Par conséquent, on ne peut dire, en droit pénal – et à la différence du droit civil –, qu'on est responsable mais pas coupable, car il s'agit non pas de payer financièrement la réparation d'un fait matériel consistant seulement en un dommage, mais de répondre d'un acte réprimé par le droit pénal. En revanche, la question subsiste de savoir si l'infraction peut être reprochée, c'est-à-dire imputable à l'auteur.

Suppression de la responsabilité. L'infraction n'est pas imputable à l'agent lorsque certains états peuvent altérer la volonté de commettre l'acte : la minorité, la démence, la contrainte constituent ainsi des causes subjectives de non-culpabilité. Des causes objectives de non-culpabilité, faits justificatifs et circonstances extérieures à l'agent, excluent également la responsabilité : ainsi de l'ordre ou de l'autorisation de la loi, du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense. L'état de nécessité était, en France, une construction jurisprudentielle avant d'être consacré par le Code pénal de 1992 ; cette non-culpabilité laisse toutefois subsister la responsabilité civile de l'auteur en raison de

l'acte dommageable qu'il a dû commettre pour éviter un péril (vol d'aliment), ce qui illustre bien la différence entre les deux responsabilités.

Diminution et aggravation. Le juge peut toujours, en droit français, abaisser la peine jusqu'à un minimum défini par la loi, mais le Code pénal de 1992 a supprimé la notion symbolique de circonstances atténuantes. Les circonstances aggravantes sont spéciales, c'est-à-dire obligatoirement prévues par un texte, et constituées par des faits définis par rapport aux critères de l'infraction (la nuit, l'effraction ou la réunion pour le vol), à la qualité personnelle de l'auteur (ascendant ou descendant de la victime), ou aux deux (parricide avec préméditation). La récidive entraîne, par ailleurs, une responsabilité accrue de l'ordre du double.

L'extinction. En droit anglais, la prescription n'entraîne pas l'extinction de la responsabilité de toutes les infractions, cette règle n'étant pas applicable aux indictable offences, malgré la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6) aux termes de laquelle les poursuites doivent être entamées dans un délai raisonnablement court. En droit français, la prescription s'applique à toutes les infractions, suivant leur classification fondée sur l'élément légal (crimes : dix ans ; délits : trois ans ; contraventions : un an). Au-delà, le mal – s'il n'est imprescriptible (crime contre l'humanité) – disparaît dans la nuit pénale de l'oubli.

[Luc VILAR](#)

Thèmes associés

[RESPONSABILITÉ PÉNALE](#)

Bibliographie

M. Ancel, La Défense sociale nouvelle, 3e éd., Cujas, Paris, 1981

R. Badinter, Projet de nouveau Code pénal, Dalloz, Paris 1988

L. Casamayor, Le Bras séculier, Seuil, Paris, 1960

Code pénal, « Circulaire générale du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal », in Journal officiel, Paris, 1er sept. 1993

Commission de révision du Code pénal, Avant-projet de Code pénal, Document. franç., Paris, 1978

F. Digneffe & T. Moreau dir., La Responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, colloque international de Louvain (avr. 2005), De Boeck, Bruxelles, 2006

R. Hidalgo et al., Entreprise et responsabilité pénale, L.G.D.J., Paris 1994

J. A. Jolowicz dir., Droit anglais, 2e éd., Dalloz, 1992

A. Laingui, La Responsabilité pénale dans l'ancien droit. XVIe-XVIIIe siècle, L.G.D.J., Paris, 1970

C. Lazerges dir., *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pedone, Paris, 1995 □ J. Pradel & A. Varinard, *Les Grands Arrêts du droit criminel*, t. I : Les Sources du droit pénal, l'infraction, t. II : Le Procès, la sanction, Sirey, Paris, 1995, 2e éd. 1997-1998

M. Renneville, *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Fayard, Paris, 2003

D. Thomas dir., *Le Nouveau Code pénal dix ans après*, Pedone, 2005.

Commencement d'exécution qui n'est suspendu que par des circonstances extérieures indépendantes de la volonté de l'auteur, la tentative est dans certains cas réprimée par le droit pénal.

Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait tentative : un commencement d'exécution et une absence de désistement volontaire. Le commencement d'exécution consiste en actes extérieurs faisant partie de l'infraction tentée et différents des actes préparatoires, lorsque l'auteur a agi dans le but et avec l'intention de commettre le délit ou le crime. L'absence de désistement volontaire implique que l'auteur ait eu l'intention réelle de mener à bien son projet et qu'il en ait été empêché en raison de circonstances fortuites et contre sa volonté. La loi a ainsi voulu donner une dernière chance à l'auteur d'une infraction en lui permettant d'abandonner l'exécution de son acte sans tomber sous le coup de l'article 121-5 du nouveau Code pénal de 1993, qui a repris les dispositions de l'article 2 de l'ancien code.

La tentative de crime est passible de la même peine que le crime consommé. En revanche, la tentative de délit n'est pas punissable, sauf si elle est réprimée par un texte spécial, notamment en matière de vol et d'escroquerie.

Il ne faut pas confondre la tentative avec l'infraction manquée, dans laquelle il y a eu accomplissement du délit ou du crime, mais où le but n'a pas été totalement atteint à cause de circonstances externes.

[Martine BABE](#) Thèmes associés

[INFRACTIONS PÉNALES](#)

[RESPONSABILITÉ PÉNALE](#)

Prise de vue

Le terme « aveu » (du latin *advocare*, appeler ou avoir recours) désignait, à l'époque féodale, l'acte par lequel le serviteur reconnaissait son maître et le maître son serviteur. Il a pris ensuite le sens général d'approbation ou consentement et, dans la langue judiciaire, celui de reconnaissance, par une partie au procès, d'un élément favorable à la thèse de la partie adverse.

Une tendance naturelle pousse les hommes à exprimer des aveux qu'une longue tradition autorise à retenir contre eux à titre de preuves, tant dans le procès civil qu'en procédure pénale. La multiplicité des aveux est un fait d'expérience – bien que la criminologie, trop exclusivement attachée à l'étude des causes du crime, la néglige ordinairement – et l'efficacité juridique reconnue à l'aveu a sa justification.

La preuve par l'aveu n'est cependant pas admise de la même façon dans le procès civil et dans le procès pénal. Ceux-ci conçoivent différemment l'aveu, et la justice criminelle, en particulier, quoique sachant la valeur souvent très relative de l'aveu, manifeste envers lui une fidélité qui se comprend, mais aussi

une ardeur à l'obtenir par laquelle s'explique le discrédit dans lequel est tombée l'ancienne « reine des preuves ».

Un mot connu, dont l'expression est attribuée à Fouché ou à Talleyrand, mais dont l'inspiration pourrait bien remonter à Voltaire ou Molière, veut que la parole ait été donnée à l'homme pour qu'il puisse déguiser sa pensée. Plus réaliste est sans doute le « N'avouez jamais... » crié par le boucher Avinain à la foule, au moment de son exécution.

Indépendamment des ennuis qu'auront pu valoir à leurs auteurs de « doux aveux » ou quelque « aveu dépouillé d'artifice », il est de fait que l'homme manifeste une propension certaine à s'avouer dépendant, en défaut ou en faute. Ce peut être par égard pour la vérité ou dans quelque sentiment d'humilité qui vaudrait d'être approfondi ; de toute façon, le fait est là, comme l'attestent une longue pratique de la confession (sacrement de pénitence) dans le catholicisme et l'expérience des polices de tous pays, qui savent avec quelle facilité tel délinquant, une première fois condamné en suite de ses aveux, avoue encore, et spontanément, après récidive et arrestation nouvelle.

Or, cet aveu consenti aisément, et plus souvent qu'on ne le croirait (dans un tiers des cas, selon Scotland Yard), présente pour la justice une incomparable valeur de preuve.

Certes, l'aveu peut être, par mensonge, contrainte ou erreur, aussi trompeur et fallacieux que bien des témoignages. Pierre Bouchardon, dénonçant la « fragilité de l'aveu » à l'occasion de l'affaire Doise (1861-1862), n'a-t-il pas demandé : « Quel est le magistrat qui, une fois au moins dans sa carrière, n'a reçu de faux aveux ? » Comment ne pas croire cependant une personne qui est peut-être la seule à savoir ce qu'elle a fait ou dit, et dont les déclarations paraissent d'autant plus convaincantes qu'elles ne servent pas ses intérêts, mais ceux d'une partie adverse ? Qui pourrait nier qu'un aveu puisse seul, en certains cas, délivrer de tout doute la conscience du policier, du procureur ou du juge ? Mais tous les aveux ont-ils exactement la même signification ?

À l'origine de l'aveu mensonger apparaît le plus souvent la volonté d'obliger autrui. L'aveu, dans l'opinion générale, ne procède cependant pas d'une volonté quelconque, mais plutôt d'une nécessité qui veut qu'on s'incline devant la vérité d'un fait comme devant l'évidence d'un flagrant délit. L'aveu doit-il être compris comme un fait juridique, susceptible d'être retenu en preuve de la même façon que toute autre circonstance de fait, ou est-il un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté produisant un effet de droit ? Il suffit de poser la question pour qu'une distinction s'impose.

En France, par exemple, il est admis dans l'ordre de la procédure civile que « l'aveu n'est toujours qu'une manifestation unilatérale de volonté, laquelle n'est pas nécessairement le reflet exact de la vérité » (R. Perrot), alors que le Code de procédure pénale de 1958 traite l'aveu « comme tout élément de preuve », comme l'une quelconque de ces preuves sur lesquelles le juge de répression peut fonder sa décision, à la condition qu'elles lui soient apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui (art. 427 et 428).

Fondamentale, cette distinction demande à être précisée, mais la préciser, c'est approfondir du même coup la nature de l'aveu.

I - L'aveu civil

En ce qui concerne le procès civil, une autre distinction, si généralement admise qu'elle se retrouve, par exemple, dans le Code de droit canonique de 1983, oppose l'un à l'autre l'aveu judiciaire, fait en présence du juge, et l'aveu extrajudiciaire, qui s'entend de tout autre aveu.

Qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, l'aveu ne peut porter que sur des questions de fait et n'a de valeur que s'il porte sur des faits que la loi n'interdit pas de reconnaître, générateurs de droits dont elle n'interdit pas de disposer. L'aveu, en outre, n'a force probante, dans les deux cas, qu'à la condition d'émaner d'une personne capable et ayant le pouvoir de disposer de l'objet en litige, ou d'un représentant en ayant reçu régulièrement le pouvoir.

Ainsi présenté, l'aveu apparaît principalement dans le procès civil comme une manifestation de volonté. Mais, en réalité, il n'a pleinement ce caractère que dans le cas de l'aveu judiciaire.

L'aveu judiciaire

L'aveu judiciaire est bien une déclaration de volonté selon l'article 1356 du Code civil qui lui attribue, en France, trois caractères principaux : il fait pleine foi contre celui qui l'a fait, il ne peut être divisé contre lui et il ne peut être révoqué.

En premier lieu, l'aveu judiciaire relève évidemment du pouvoir d'appréciation du juge, quand il y a contestation sur le point de savoir quelle est sa signification exacte. Mais, sous cette réserve, il rend certain le fait avoué, de sorte que l'autre partie au procès est dispensée d'en administrer la preuve, comme l'admet aussi le Code de droit canonique.

En second lieu, l'aveu judiciaire est indivisible, en ce sens que, sauf contradiction ou invraisemblance manifeste, celui qui l'invoque ne peut prétendre retenir exclusivement ce qui lui est favorable dans une déclaration unique, accompagnée d'une condition quelconque (aveu qualifié) ou articulante, avec le fait principal, quelque fait secondaire et distinct qui en est la suite naturelle (aveu complexe).

Enfin, l'aveu judiciaire est irrévocable, en ce que, du moment qu'il a été formulé, et sauf le cas où il procéderait d'une erreur de fait, cet aveu ne peut pas être rétracté, même pour cause d'erreur de droit et alors même que la partie adverse n'en aurait pas encore pris acte.

Ainsi, l'aveu judiciaire, qui fait pleinement foi contre son auteur, ne peut décider de l'issue d'un procès qu'à la condition d'être pris tel qu'il est, dans sa totalité ; mais, si le fait avoué est pertinent, il décide de l'issue du procès sans que le plaideur puisse l'éviter en invoquant qu'il a mal mesuré les conséquences juridiques de son aveu. L'aveu judiciaire est bien une manifestation de volonté, un acte juridique.

L'aveu extrajudiciaire

Formulé hors de la présence du juge, l'aveu extrajudiciaire offre évidemment beaucoup moins de garanties que le précédent. Tout d'abord, il faudra en rapporter la preuve, ce qui peut faire difficulté dans le cas d'un aveu verbal. Mais surtout, exprimé sans les formes solennelles de la justice, il peut être suspecté d'avoir été fait avec quelque légèreté et ne peut donc s'imposer au juge avec la même force qu'un aveu judiciaire.

Il en résulte que l'aveu extrajudiciaire relève toujours du pouvoir d'appréciation du juge, libre d'en estimer la valeur, comme le décide encore le Code de droit canonique ; et cela, avec cette double conséquence, que, si l'aveu extrajudiciaire, de même nature que l'aveu judiciaire, demeure toujours comme celui-ci une manifestation de volonté, le juge garde cependant, vis-à-vis de lui, la double faculté de le diviser, pour n'en retenir qu'une partie, et de prendre éventuellement en considération la rétractation qui aura pu le suivre.

L'aveu extrajudiciaire, invoqué devant le magistrat mais non formulé en sa présence, relève du pouvoir qu'a ce juge d'en contrôler l'exactitude par d'autres éléments de preuve. Mais il demeure toujours l'expression d'une volonté et, comme tel, ne vaut élément de conviction que s'il est le fait d'une personne civilement capable et ayant le pouvoir de disposer de l'objet en litige.

En somme, manifestation de volonté de la part de son auteur, l'aveu civil extrajudiciaire ne produit pas par lui-même un effet de droit et tend à n'être pour le juge qu'un élément de fait parmi tous ceux qui peuvent fonder sa décision.

II - L'aveu pénal

Si le procès de répression était de même nature que le procès civil, et si l'aveu devait être toujours et exclusivement considéré comme une manifestation de volonté, comment une condamnation pénale pourrait-elle être fondée sur l'aveu d'un prévenu ou accusé ? La liberté de l'homme (pour ne parler que d'elle) n'est-elle pas un bien dont celui-ci ne peut disposer et, surtout, le juge criminel n'a-t-il pas le devoir de rechercher lui-même, indépendamment du comportement ou des déclarations de l'accusation et de la défense, la manifestation d'une vérité qu'on doit dire d'ordre public ?

Deux grands systèmes juridiques répondent à ces questions dans des sens opposés et différents l'un de l'autre, autant par les méthodes de leurs justices que dans l'ordre des principes.

Coupable ou non coupable ?

En Angleterre, où le président des assises n'interroge pas l'accusé (et où il est même recommandé au nouveau magistrat de prendre une gorgée d'eau bénite dans sa bouche à l'ouverture des débats, pour ne l'avaler qu'à leur clôture), l'accusé est appelé dès l'abord à déclarer s'il plaide coupable ou non coupable (guilty or not guilty). S'il plaide non coupable, les débats s'ouvriront et, à leur terme, le jury, se prononçant par oui ou non, décidera de sa culpabilité. Mais si l'accusé déclare plaider coupable, alors sa culpabilité est dès l'instant tenue pour certaine et le procès ne se poursuivra plus que pour la fixation de la peine et sans intervention du jury. L'accusé peut d'ailleurs revenir sur son choix jusqu'au jugement final et, dans toute affaire sérieuse, le juge ne manquera pas de l'inviter à réfléchir avant d'opter et lui suggérera souvent qu'il ferait mieux de plaider non coupable. Mais il n'en reste pas moins que l'accusé anglais est tenu pour coupable dès lors qu'il déclare plaider coupable.

Aux États-Unis, où le droit s'est formé initialement par « transport » de la common law et adoption du droit anglais, le même système vaut en principe et on peut même y trouver encore plus net le caractère de manifestation de volonté que présente la déclaration faite par l'accusé pour exprimer son choix : choisir de plaider coupable – ce qui se produit en certains districts dans la proportion de 95 p. 100 des

cas – permet d'éliminer le jury, et il est admis que, si l'accusé n'est pas assisté d'un avocat, la cour ne doit pas accepter qu'il plaide coupable avant de lui avoir expliqué les conséquences d'une telle déclaration.

En Europe continentale, l'aveu peut avoir exceptionnellement certains effets analogues. Ainsi, en Italie, d'après le Code de procédure pénale de 1930, une instruction sommaire engagée par le procureur de la République se substitue à l'instruction formelle du juge d'instruction, quand l'inculpé, interrogé, a avoué (décision susceptible de recours depuis une loi de 1969). Mais très généralement, et notamment en France, un prévenu ou accusé n'est pas tenu pour coupable du seul fait qu'il s'est reconnu tel.

L'aveu exprimé devant le juge, même en réponse à son interpellation, peut en fait faciliter les débats, mais il n'empêche pas que le procès suive son cours. Il a, certes, son intérêt, dans une procédure où, suivant un rapporteur du Code d'instruction criminelle de 1808, « rien n'est muet, rien n'est inutile dans le débat [car] la contenance, le sang-froid ou le trouble, les variations, l'altération des traits, les impressions diverses forment un corps d'indices qui soulèvent plus ou moins le voile dont la vérité est enveloppée ». Mais l'aveu à l'audience, comme l'aveu qui aurait pu être formulé entièrement, n'est qu'un élément de preuve parmi les autres et ne vaut pas plus qu'eux.

Que vaut l'aveu ?

En France, alors que le Code de 1808 ignorait l'aveu par « une sorte de pudeur législative », a-t-on pu dire (R. Garraud), le Code de 1958 le vise expressément et décide que « l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ». Même si un aveu a été constaté par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, il appartient aux juges de déterminer quelle valeur il faut reconnaître à cet aveu dont le fait ne peut être contesté, conformément à la règle générale qui veut que la preuve soit libre en matière pénale, mais relève toujours, en principe, du pouvoir d'appréciation des juges. Une critique de l'aveu, aussi nécessaire que la critique du témoignage, permet de faire de l'aveu une preuve ; mais elle s'impose absolument, et l'aveu, élément de conviction et non manifestation de volonté, n'a jamais qu'une valeur relative en matière pénale : il est toujours divisible et révoquant.

Au Portugal, le Code de procédure pénale de 1987 a décidé, par exemple, que, même si l'aveu lors du jugement autorise en principe le juge à abandonner l'examen des preuves, il n'y est jamais tenu, la gravité de la peine encourue, la contradiction des déclarations entre coinceulpsés et finalement même la simple conviction du juge constituant autant de motifs prévus par la loi pour ne pas tenir compte de l'aveu.

Bien des circonstances, en fait, sont à prendre en considération, surtout dans le cas d'un aveu tacite, déduit du silence ou du défaut de l'accusé. À plus forte raison faudrait-il se garder de voir à tout coup un aveu implicite dans une fuite ou un suicide, ou encore, plus simplement, dans la transaction conclue avec la victime.

La France d'avant 1789 admettait évidemment la « preuve vocale », tirée de la confession de l'accusé, « la plus simple comme la plus naturelle qui se présente ». Mais il fallait que la confession « soit appuyée de la preuve du corps du délit » et que les juges tiennent compte de l'état où se trouvait l'accusé au moment de l'aveu, de la qualité des faits avoués et de la manière de la confession, c'est-à-dire de ses termes (Muyart de Vouglans). Et cependant, ce que nous retenons surtout de notre ancien droit, c'est

que, attaché fanatiquement à la preuve par l'aveu, il n'hésitait pas à autoriser l'emploi de la torture pour l'obtenir.

Aveu spontané, aveu provoqué

Il est des aveux spontanés ; il en est de provoqués ; il est surtout un « art » de provoquer des aveux « spontanés » : tous les systèmes juridiques qui accordent une valeur de preuve à l'aveu doivent donc s'intéresser aux moyens de le provoquer.

Indépendamment de l'effet « décisive » qu'elle reconnaît au plea of guilty, la justice anglaise admet en preuve l'aveu exprimé avant la procédure de jugement. Mais elle sait combien la police peut être tentée d'abuser des possibilités qu'elle a de provoquer l'aveu et se méfie fortement des aveux consentis en réponse à des questions posées par les agents de l'autorité. De là les célèbres Judges'Rules, formulées pour la première fois en 1912-1918 et modifiées depuis, d'après lesquelles, lorsque l'officier de police a résolu d'accuser une personne, il doit l'avertir (caution) que, si elle désire parler, sans y être obligée, ce qu'elle dira sera consigné par écrit et pourra être retenu en preuve.

En France, où existe une procédure d'instruction préparatoire, obligatoire en matière criminelle, la personne formellement inculpée ne peut plus être interrogée que par le juge d'instruction, dans les formes et avec les garanties prévues par la loi ; il est admis depuis longtemps, à cet effet, que la personne soupçonnée doit être inculpée dès qu'il existe contre elle « des indices graves et concordants de culpabilité ». À l'audience de jugement, par la suite, le président de la cour d'assises ou du tribunal pourra encore interroger l'accusé ou prévenu, et recevoir ses déclarations.

La police reste, en France, fidèle à la pratique d'un interrogatoire dont elle attend, selon les cas, la justification, l'aveu ou l'enfermement de la personne, et même à l'emploi de certains procédés que l'un de ses théoriciens a qualifiés un jour, avec quelque imprudence mais juridiquement, de « tortures licites » (L. Lambert).

Un illustre avocat, au contraire, dénonça la « superstition de l'aveu » et soutint que « lorsqu'au xviii^e siècle on décida d'abolir la torture, on eût dû comprendre que du même coup l'interrogatoire d'un accusé n'avait plus de sens » (M. Garçon), alors qu'un de ses confrères, savant sur le sujet, décidait que « la question délicate n'est pas tant celle de l'aveu que celle de la manière dont l'aveu est reçu » et concluait « à la conservation de ce mode de preuve, qui ne doit être ni la reine des autres ni leur parent pauvre, mais peut être utilisé aux lumières de la saine raison » (A. Mellor).

[Robert VOUIN](#)

Thèmes associés

[INSTRUCTION JUDICIAIRE](#)

[PROCÉDURE CIVILE](#)

[PROCÉDURE JUDICIAIRE](#)

Bibliographie

- J. A. Andrews & M. Hirst, *Criminal Evidence*, Waterlow, 1987
- « L'Aveu dans la procédure pénale », in *Rev. int. Dr. comp.*, 1951
- L'Aveu : Antiquité et Moyen Âge*, colloque, École franç. de Rome, De Boccard, Paris, 1986
- E. Correia, *Les Preuves en droit pénal portugais*, Coïmbre, 1967
- R. Cross et al., *Introduction to Criminal Law*, Butterworths, 11e éd. 1988
- R. David, *Le Droit anglais*, P.U.F., 6e éd. 1991
- M. Foulon, *L'Administration judiciaire de la preuve*, Assoc. d'études et de recherches, Bordeaux, 1979
- L. Lambert, « Nécessité judiciaire, sociale, morale de l'interrogatoire policier », in *suppl. à Rev. Sci. crim. et Dr. pén. comp.*, no 2, 1949
- A. Mellor, *Les Grands Problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, Paris, 1952
- R. Merle & A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, vol. I, 6e éd. 1988, vol. II, 4e éd. 1989
- P. F. Muyart de Vouglans, *Les Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780
- R. Perrot, « Preuve », in *Répert. Dalloz civ. et comm.*, t. II, 1956
- A. Tunc, *Le Droit des États-Unis*, P.U.F., 1964, 5e éd. 1989
- S. Shelvin & M. J. Hartmann, *Constitutional Criminal Procedure, Handbook*, Wiley Law Publications, 1986.

Phase d'un procès au cours de laquelle les parties précisent leurs positions et où le tribunal réunit les éléments qui lui permettront de statuer, l'instruction est particulièrement importante en matière pénale bien qu'elle ne soit obligatoire que pour les crimes et facultative seulement pour les contraventions et les délits.

En cas d'infraction, le parquet ordonne une enquête préliminaire qu'il confie à la police judiciaire. À l'issue de cette enquête, le parquet peut décider de classer l'affaire ou, si les faits apparaissent clairs, de renvoyer directement les prévenus devant le tribunal compétent. Mais s'il s'agit d'un crime, ou d'un délit dont les circonstances doivent être élucidées, l'affaire est renvoyée devant un juge d'instruction.

Le juge d'instruction est un juge du tribunal de grande instance, délégué de façon permanente dans ces fonctions par décret et qui, par diverses convocations suivies d'interrogatoires, recueille les éléments qui permettront à la juridiction compétente de statuer. À la fin de son instruction, le juge peut rendre une ordonnance de non-lieu s'il estime l'inculpation mal fondée. Dans le cas inverse et s'il s'agit d'un crime, il prononce une ordonnance de transmission au parquet qui saisira la chambre de l'instruction. En matière de délit, il renvoie directement devant la juridiction compétente par l'intermédiaire du parquet. Pendant toute la durée de l'instruction, le procureur de la République peut se faire communiquer le dossier et contrôler de la sorte la procédure.

[Martine BABE](#)

Thèmes associés

INSTRUCTION JUDICIAIRE

Mesure d'exécution légale qui consiste à appréhender de plein droit un condamné afin qu'il s'acquitte de son dû. La contrainte par corps est une mesure de caractère primitif. Dans les civilisations les plus anciennes, il était d'usage courant de réduire en servitude un débiteur qui ne s'était pas acquitté de sa dette : à Rome, le créancier impayé avait la possibilité de se saisir de la personne physique de son débiteur ; il pouvait le garder par devers lui un certain temps, mais il avait cependant l'obligation de le présenter un certain nombre de fois et sur des marchés différents, pour qu'une caution se présente et accepte de payer pour lui ; lorsque personne ne se présentait, le débiteur devenait alors l'esclave de son créancier et payait sa dette par son travail.

La contrainte par corps se transforme ensuite en emprisonnement, et elle est couramment pratiquée sous l'ancien droit : à Paris, les débiteurs récalcitrants étaient enfermés, en matière civile, au Petit Châtelet, en matière criminelle, au Grand Châtelet. La contrainte par corps fut abolie à deux brèves reprises, en 1793 et en 1848. Mais, surtout, elle fut supprimée définitivement en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867. Le Code de procédure pénale l'a supprimée en 1958 en matière criminelle quant aux dommages-intérêts accordés à la partie civile. Aujourd'hui, la contrainte par corps ne s'applique plus qu'aux condamnations à une peine d'amende, aux frais de justice et aux paiements au profit du Trésor, et encore, à condition qu'il s'agisse bien d'une infraction de droit commun et n'emportant pas peine perpétuelle.

La durée de la contrainte par corps est variable, selon, notamment, le montant des créances garanties. Toutes les personnes ne peuvent y être sujettes. Sont prises en considération des données relatives à l'âge d'abord : l'individu doit être majeur et âgé de moins de soixante-cinq ans. En outre, disposition destinée à préserver l'intérêt de la famille, elle ne peut être exercée simultanément contre le mari et la femme, même pour le recouvrement de sommes afférentes à des condamnations différentes. La contrainte par corps est subie en maison d'arrêt, dans un quartier spécialement destiné à cet usage. Le débiteur détenu est soumis au même régime que les condamnés de droit commun, mais il n'est pas toutefois astreint au travail pénitentiaire.

Les individus contre lesquels la contrainte par corps a été prononcée peuvent en prévenir ou en faire cesser les effets soit en payant ou consignat une somme suffisante pour éteindre leur dette, soit en fournissant une caution reconnue bonne et valable. Cette caution est admise par le receveur des Finances. Mais, s'il surgit une contestation, la caution est déclarée, s'il y a lieu, bonne et valable par le président du tribunal de grande instance agissant par voie de référé. La caution dispose à ce moment d'un délai d'un mois pour se libérer, faute de quoi elle peut être poursuivie. Lorsque le paiement intégral n'a pas été effectué, la contrainte par corps peut être à nouveau requise, mais seulement pour le montant des sommes dues.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

Mesure que peut prendre la juridiction répressive saisie, à l'encontre d'une personne mise en examen, d'un prévenu ou d'un accusé, et aux termes de laquelle l'individu qui y est soumis est placé sous écrou

pour une période plus ou moins longue, bien qu'il n'ait pas encore été statué sur sa culpabilité. Mesure grave, car attentatoire aux garanties des droits de la personne devant la justice, une telle mise en détention est contraire à la présomption d'innocence. L'intérêt social et la bonne administration de la justice peuvent cependant la justifier ; on peut en effet craindre que, en liberté, l'individu fortement suspect, voire le délinquant, ne perpète à nouveau une ou plusieurs infractions ; on peut craindre aussi qu'il ne disparaisse, se soustrayant ainsi à ses responsabilités ou qu'il fasse disparaître les preuves essentielles. Enfin, dans certains cas, on peut légitimement penser que la sécurité de l'individu sera plus efficacement garantie en prison. Si la loi souligne le caractère exceptionnel de cette mesure, son application dans la pratique révèle une toute autre réalité : sur trois mis en examen surveillés judiciairement, deux sont en détention provisoire. Leur proportion n'a cessé de s'accroître au sein de la population carcérale pour atteindre près de 50 p. 100 dans les années 1980.

La France a en fait connu depuis 1808 une succession de réformes en matière de détention avant jugement. Celle-ci s'appelle détention provisoire depuis la loi du 17 juillet 1970, ce dernier terme ayant remplacé celui de « préventive ». Cette différence de vocable a le mérite de bien mettre en évidence le changement intervenu : désormais, la liberté est la règle, et la détention l'exception ; l'expression liberté provisoire que l'on opposait à détention préventive n'a plus cours. Au reste, le régime institué par le Code d'instruction criminelle avait été modifié dans un sens libéral en 1865, puis en 1933 ; par la suite, des textes de 1935 et de 1939 l'avaient plus sévèrement réglementé. Enfin, le Code de procédure pénale était revenu en 1958 à des conceptions plus libérales, et c'est dans sa lignée que se situe la loi du 17 juillet 1970 et les articles 137 et 144 à 150 du Code de procédure pénale, modifiés à plusieurs reprises depuis lors.

En matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement et si l'application du contrôle judiciaire ne paraît pas propice, la détention provisoire peut être ordonnée ou maintenue lorsqu'elle apparaît comme « l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre personnes mises en examen et complices », ou comme nécessaire « pour protéger la personne concernée, pour mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement, pour garantir le maintien de la personne concernée à la disposition de la justice ou pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ». Il en est de même lorsque l'inculpé se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire. Jusqu'en 1970, le placement en détention préventive résultait de la délivrance d'un simple mandat de dépôt ou d'arrêt du juge d'instruction. La procédure s'est ensuite considérablement alourdie au gré de multiples réformes pas toujours inspirées par le seul souci du respect des droits de la défense : c'est aussi la compétence exclusive du juge d'instruction en cette matière qui a été remise en cause. C'est désormais une ordonnance motivée qui prescrit la détention provisoire, et ce quel que soit l'état de l'information. À partir de 1984, le juge d'instruction est obligé de statuer à l'issue d'un débat contradictoire au cours duquel il entend les réquisitions du parquet puis les observations de la personne mise en examen et, le cas échéant, celles de son avocat. L'ordonnance de placement en détention provisoire est susceptible d'appel devant la chambre d'accusation (chambre de l'instruction depuis la réforme du 15 juin 2000), mais cet appel n'en suspend pas l'exécution. Cette suspension peut cependant être obtenue depuis une réforme de 1993 qui donne au président de la chambre d'accusation le pouvoir d'estimer, sur requête du parquet ou de l'intéressé, que la détention n'est pas « manifestement nécessaire » pendant la procédure d'appel. Ce dispositif, appelé communément « référé-liberté », est une garantie supplémentaire imposée par le législateur pour contrer un pouvoir du juge d'instruction maintes fois contesté. Enfin, depuis la réforme du 15 juin 2000, les décisions de placement en détention provisoire et de mise en liberté sont confiées à un juge distinct du juge d'instruction : le juge des libertés et de la détention.

La durée de la détention provisoire est limitée à un an en matière criminelle et à quatre mois en matière correctionnelle. Toutefois, la possibilité de prolongation jusqu'au jugement est toujours possible dans le premier cas, sous réserve du respect du débat contradictoire lors de chaque prolongation. Dans le second cas, la prise en compte de l'éventuel passé judiciaire de l'intéressé et des peines encourues permet une multitude de possibilités allant d'une prolongation maximale de deux mois au maintien de la détention jusqu'au jugement. En toute matière, la mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire peut être demandée à tout moment au juge d'instruction par le procureur de la République, la personne mise en examen ou son conseil. La partie civile ne peut présenter que des observations. Lorsqu'une juridiction de jugement est saisie, il lui appartient de statuer sur la détention provisoire sauf dans certains cas particuliers où ce pouvoir appartient à la chambre de l'instruction .

La détention provisoire est exécutée dans une maison d'arrêt, mais les individus qui la subissent ne sont pas mêlés aux détenus ayant fait l'objet d'une condamnation définitive. Ils ne sont astreints ni au travail pénitentiaire ni au port du costume, ils jouissent de facilités de communication avec l'extérieur plus importantes que les autres détenus pour pouvoir préparer leur défense ; ils communiquent librement avec leur avocat. En cas de condamnation, le temps passé en détention provisoire est imputé sur la durée totale de la peine ; mais, en cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, l'individu peut, sous certaines conditions, obtenir une indemnité de l'État.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

L'infraction flagrante est définie par l'article 53 du Code de procédure pénale et comprend non seulement l'infraction qui se commet ou vient de se commettre, mais aussi l'infraction que l'on appelait autrefois infraction réputée flagrante, c'est-à-dire celle dont l'auteur a été retrouvé peu après l'infraction en possession d'indices prouvant sa participation.

En cas de crime ou de délit flagrant, les pouvoirs de la police sont considérablement étendus. Toutefois, la procédure de flagrant délit ne s'applique que lorsque la loi prévoit que l'infraction peut être punie d'une peine d'emprisonnement. Elle est exclue en matière de délits de presse, de délits politiques, d'infractions commises par des mineurs ou d'infractions réprimées par une loi spéciale.

Lorsque la police judiciaire est informée qu'un délit flagrant est en train de se commettre, elle en avise immédiatement le procureur de la République et envoie sur les lieux un officier de police judiciaire, qui doit veiller à la conservation de tous les moyens de preuve utiles au déroulement de l'enquête. En fait, le législateur a donné à la police judiciaire un véritable pouvoir d'instruction. La police judiciaire arrête l'individu coupable de flagrant délit et le garde à vue en attendant que le procureur de la République l'interroge sur les faits qui lui sont reprochés.

[Martine BABE](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

Mesure intermédiaire entre l'incarcération et la liberté au cours de l'instruction. La loi du 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens en même temps qu'elle a modifié le régime de la détention provisoire, a institué le contrôle judiciaire.

Destiné à réduire le nombre des inculpés placés sous mandat de dépôt ou d'arrêt, le contrôle judiciaire se présente comme un substitut de la détention provisoire. Mais l'institution présente en outre quelques analogies avec le régime du sursis avec mise à l'épreuve. Le contrôle judiciaire a été conçu principalement pour être utilisé en matière correctionnelle. Il n'est pas applicable en matière contraventionnelle, et s'il peut être ordonné en matière criminelle, son régime est soumis à des prescriptions légèrement différentes. Il est utilisé tant par les juridictions d'instruction, au cours de l'information, que par les juridictions de jugement, après clôture de l'information.

Par ordonnance, le juge d'instruction peut, en matière correctionnelle, placer sous contrôle judiciaire l'inculpé qui encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ; l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire n'a pas à être motivée, à la différence de l'ordonnance de mise en détention provisoire, mais est ordonnée à raison des nécessités de l'instruction, ou à titre de mesure de sûreté. Le juge d'instruction précise dans son ordonnance les obligations auxquelles il désire soumettre l'individu, les modalités de leur exécution, et les autorités ou personnes chargées d'exercer le contrôle ; elle est soit signifiée, soit notifiée oralement à l'inculpé ; avis en est donné au procureur de la République. À tout moment, le juge d'instruction peut modifier le contrôle judiciaire, soit d'office, soit à la demande de l'inculpé, soit sur les réquisitions du procureur de la République ; il peut alors imposer à l'inculpé des obligations nouvelles, supprimer en tout ou partie celles qui sont prévues dans l'ordonnance de mise sous contrôle, ou encore les modifier. Le contrôle judiciaire peut prendre fin au cours de l'information, soit que la mainlevée en ait été ordonnée, soit que l'inculpé ait été placé sous le régime de la détention provisoire, soit enfin de plein droit, au moment du règlement de la procédure. Les dispositions relatives au contrôle judiciaire en matière correctionnelle sont également applicables en matière criminelle sous une réserve, toutefois, celle de l'article 181 alinéa 2 du Code de procédure pénale : le règlement de la procédure ne met pas fin de plein droit au contrôle judiciaire.

Après l'information, en matière correctionnelle, le tribunal peut être amené à prendre différentes décisions de contrôle judiciaire. Il dispose de tous les pouvoirs accordés au juge d'instruction en ce qui concerne les prescriptions, la modification, la mainlevée ou la révocation du contrôle judiciaire. Toute décision au fond fait cesser de plein droit le contrôle judiciaire, mais le tribunal peut, par une disposition spéciale, prolonger les effets de cette mesure lorsqu'il prononce une condamnation à l'emprisonnement sans sursis ou assortie du sursis avec mise à l'épreuve. En matière criminelle, le contrôle judiciaire se prolonge jusqu'à la veille de l'audience de la cour d'assises. Si l'accusé ne se présente pas au jour fixé pour être interrogé par le président de la cour d'assises, ou s'il manque aux obligations du contrôle judiciaire, l'ordonnance de prise de corps est exécutée.

Quelles sont les obligations du contrôle judiciaire ? Le contrôle judiciaire comporte de nombreuses obligations, énumérées à l'article 138 alinéa 2 du Code de procédure pénale. On peut dire que certaines de ces obligations ont pour objet de soumettre l'inculpé à une surveillance de sa personne, de ses déplacements, de ses relations ; d'autres, d'apporter une certaine assistance à l'inculpé. Les obligations relevant de l'idée de surveillance peuvent être négatives (interdictions), mais elles peuvent aussi être positives et imposent alors l'exécution d'actes déterminés. Les premières obligations négatives tendent à restreindre la liberté de l'inculpé d'aller et de venir (assignation à résidence, interdiction de fréquenter certains lieux, limitation des allées et venues, obligation de signaler tous déplacements), mais peuvent aussi viser à limiter ses contacts avec les tiers, en lui demandant de s'abstenir de communiquer, de rencontrer ou de recevoir certaines personnes. La suppression de conduire librement un véhicule est une obligation négative classique imposée par les ordonnances de mise sous un tel régime ; les obligations négatives peuvent encore tendre à restreindre la liberté de travail en interdisant à l'inculpé ou au prévenu de remplir certaines activités professionnelles lorsque l'infraction a été commise dans

l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et qu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise. Mais les prescriptions de l'ordonnance ne sont pas forcément négatives. Le juge d'instruction peut soumettre l'inculpé à des obligations consistant à se dessaisir temporairement de certains documents, carte d'identité ou permis de conduire ainsi que des armes qu'il porte ou détient, ou à se présenter périodiquement à certaines autorités, services de police ou de gendarmerie, ou à certaines personnes (enquêteurs de personnalité, membres du comité de probation, personnes bénévoles), afin de vérifier que l'inculpé demeure bien à la disposition de la justice ; il est d'ailleurs fréquent que l'inculpé ait à émarger un registre ou une fiche, à date régulière.

Outre ces mesures restrictives de liberté, destinées à garantir sa représentation, l'inculpé peut être soumis à des mesures d'assistance, mesures qui devraient faciliter son reclassement, puisqu'elles portent sur l'exercice de ses activités scolaires ou professionnelles, ou sur l'établissement de sa santé (mesures d'examen, de traitement, ou de soins, de désintoxication).

Enfin, il y a lieu de parler de la dernière des obligations possibles du contrôle judiciaire : le cautionnement. Le juge d'instruction peut subordonner la levée d'écrou au versement d'une fraction ou de la totalité d'un cautionnement, établi compte tenu des ressources de l'inculpé. Le cautionnement garantit la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et, quant à l'exécution du jugement, le paiement des peines pécuniaires éventuelles. En cas de non-lieu, une partie du cautionnement est restituée ; il en est de même en cas d'absolution ou d'acquiescement, et aussi en cas de condamnation, si le prévenu ou l'inculpé s'est présenté à tous les actes de la procédure et a satisfait aux obligations du contrôle judiciaire. La dernière partie du cautionnement est affectée au paiement des condamnations pécuniaires ayant frappé l'individu.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

[DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN](#)

[PROCÉDURE PÉNALE](#)

D'origine féodale et inspiré de l'exemple anglais, le jury fut introduit en France par la loi des 16 et 21 septembre 1791 ; cette dernière instituait un jury d'accusation chargé de l'instruction et un jury de jugement statuant sur la culpabilité. C'est aussi une dichotomie que le Code d'instruction criminelle de 1808 devait établir entre, d'une part, le jury juge de fait et, d'autre part, la cour juge de droit. La pratique des visites du président de la cour d'assises aux jurés vint pallier l'inconvénient de ce système et fut sanctionnée par la loi du 10 décembre 1908 ; puis le jury délibéra seul sur la culpabilité et, conjointement avec la cour, sur l'application de la peine. Finalement, en 1941, on associa la cour au jury tant sur le fait que sur le droit.

Les jurés sont les neuf citoyens qui, pour un temps, participent à l'administration de la justice pénale au sein de la cour d'assises, en collaboration avec trois magistrats professionnels (un président et deux assesseurs). En France, les jurés, de l'un ou l'autre sexe, doivent être âgés de plus de vingt-trois ans, jouir de leurs droits politiques, civils et de famille et n'être dans aucun des cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés par la loi (membres du gouvernement, du Parlement, fonctionnaires de police, militaires...). Une liste est établie annuellement dans le ressort de chaque cour d'assises par une commission présidée par le premier président de la cour d'appel ou par le président du tribunal de grande instance et composée d'un juge d'instance, des membres de la commission départementale et du maire de la commune siège de la cour d'assises. Les personnes ainsi désignées sont avisées par une notification individuelle de la préfecture huit jours au moins avant l'ouverture de la session. Ensuite,

vingt-sept jurés, qui formeront la liste de session, sont tirés au sort sur la liste annuelle, au cours d'une audience publique. L'accusé ou son conseil d'abord, le ministère public ensuite récusent tels jurés qu'ils jugent à propos à raison d'un maximum de cinq jurés pour les premiers, de quatre pour le second.

Le jury et la cour (composée de trois magistrats) délibèrent en commun sur le fait et sur le droit, tranchant à la fois la question de la culpabilité et celle de l'application de la peine. Ils doivent prendre toute décision défavorable à l'accusé, à une majorité de huit voix au moins (sur douze). Cependant, la pratique révèle une sous-représentation des femmes, des classes d'âge inférieur à cinquante ans et une mauvaise représentation de certaines catégories socioprofessionnelles. De fait, si l'on reconnaît au jury son indépendance, son absence de routine, on fait valoir son incompétence juridique et technique et son caractère influençable vis-à-vis des différents facteurs psychosociaux (presse, radio, affinités culturelles).

[Pierrette PONCELA](#) Thèmes associés

DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

ORGANISATION DE LA JUSTICE

PROCÉDURE PÉNALE

Mesure qui permet de libérer un détenu avant l'expiration normale de sa peine, sous certaines conditions. Introduit en France en 1885 à l'initiative de Bonneville de Marsangy, et de très nombreuses fois modifié, le régime de la libération conditionnelle est actuellement régi par les articles 729 et suivants du Code de procédure pénale ; il est généralement répandu dans les divers systèmes répressifs qui se préoccupent d'individualisation des sanctions pénales, et notamment dans ceux des pays de Common Law où il fonctionne sous la dénomination de « liberté sur parole », ou « parole ». Cette institution contribue à l'individualisation de l'exécution de la peine dans la mesure où elle est accordée aux détenus présentant des gages sérieux de réadaptation sociale ; en ce sens, elle constitue une récompense et incite le détenu à se bien conduire en prison pour y demeurer moins longtemps. Elle est aussi un moyen efficace de lutte contre la récidive au sortir de prison par la menace de réincarcération qu'elle contient en cas de mauvaise conduite, et les mesures d'assistance et de contrôle qu'elle comporte.

Les conditions d'application sont assez souples pour permettre une sélection des libérés. La libération peut être prononcée au bénéfice de tous les délinquants, criminels ou correctionnels, qui ont déjà purgé la moitié au moins de leur peine s'ils sont délinquants primaires, et, s'ils sont récidivistes, les deux tiers au moins de leur peine ; pour les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité le temps d'épreuve est de dix-huit ans. En France, la libération conditionnelle n'est pas automatique ; elle est réservée aux seuls détenus qui présentent des « gages sérieux de réadaptation sociale », ceux-ci étant laissés à l'appréciation des autorités compétentes (pénitentiaires et juge de l'application des peines) ; les internés doivent, en outre, justifier d'un emploi ou de moyens réguliers de pourvoir à leur existence. La décision est prise sous forme d'un arrêté individuel soit par le ministre de la Justice si la durée totale de la détention à subir est supérieure à trois ans, soit par le juge de l'application des peines si la détention ne doit pas excéder trois ans ; dans tous les cas, la libération n'est accordée qu'après avis purement consultatif d'une commission de l'application des peines et du préfet du département où le libéré résidera. De plus, l'importance du rôle joué par le juge de l'application des peines est considérable.

Les effets de la libération conditionnelle sont caractérisés par l'institution d'une période d'épreuve de durée variable au cours de laquelle le libéré est soumis à des mesures de contrôle et d'assistance. Jamais inférieure à la durée de la peine restant à subir au moment de la libération, la durée de l'épreuve est fixée par l'arrêté de libération ; de même l'arrêté définit les conditions imposées au libéré. Ces conditions sont de nature différente : les unes, générales, arrêtent le lieu de la résidence et exigent une bonne conduite durant la période d'épreuve ; les autres, particulières et individuelles, varient selon les cas en fonction de la personne des libérés. Ces dernières s'analysent en obligations de faire, comme être placé dans un centre d'hébergement, se soumettre à des mesures de contrôle, de soins médicaux..., et en obligations de ne pas faire, comme s'abstenir de fréquenter certains lieux, certaines personnes, ne pas conduire tel type de véhicule... En cas d'observation de ces conditions ou de nouvelle condamnation durant la période probatoire, la révocation de la libération peut intervenir. Elle n'a pas lieu de plein droit et la décision est prise soit par le ministre de la Justice, soit par le juge de l'application des peines ; la révocation a pour effet la réincarcération du délinquant pour qu'il subisse le reste de sa peine. Si, au contraire, aucun incident n'est intervenu à l'expiration de cette période, la peine sera réputée « purgée ».

[Annick BEAUCHESNE](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

Les mandats sont des ordres écrits émanant d'un magistrat ou d'une juridiction et auxquels la loi attache un effet coercitif. Ils permettent d'assurer la comparution en justice des inculpés et si nécessaire de les priver de leur liberté durant un temps qui, le plus souvent, est déterminé. Quatre mandats sont prévus et réglementés par le code de procédure pénale français : les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt.

C'est en principe le juge d'instruction qui décerne les mandats dans le cadre de l'instruction préparatoire. Cependant, le procureur de la République, en cas de crime ou de délit flagrant, peut, lui aussi, délivrer un mandat d'amener ou de dépôt. De même, les juridictions répressives, en cas de condamnation ou d'incident à l'audience, ont le pouvoir de décerner des mandats de dépôt ou d'arrêt.

Le mandat de comparution est une sorte de convocation solennelle adressée par le juge à un individu. Il a pour objet de mettre la personne visée en demeure de se présenter devant le juge à l'heure et à la date fixées. La personne se présentera librement devant le juge, qui devra l'interroger immédiatement. Si elle ne se présente pas, le juge aura la possibilité de décerner, alors, un mandat d'amener.

Le mandat d'amener est un ordre donné à la force publique de conduire l'individu visé devant le juge, qui devra l'interroger dans les vingt-quatre heures. Il est notifié par la police, qui escortera l'inculpé en utilisant la force si besoin est.

Le mandat de dépôt intervient généralement après les deux mandats précités. C'est l'ordre donné par le juge au dirigeant d'une maison d'arrêt de recevoir et de détenir l'inculpé. Ce mandat est notifié par le juge à l'inculpé après son interrogatoire. Cependant, il n'est possible que si une peine de prison, ou plus, est encourue. C'est le mandat le plus fréquemment employé.

Le mandat d'arrêt permet à la fois d'arrêter et de détenir l'inculpé. C'est un ordre donné à la force publique de rechercher l'individu visé et de le mener à la maison d'arrêt désignée sur le mandat. Il ne peut être employé que si l'inculpé est en fuite ou réside à l'étranger et si une peine de prison, ou plus, est encourue.

Les mandats sont assujettis à des conditions de formes expressément prescrites par les articles 122 et suivants du code de procédure pénale, sous peine de sanctions. Ce sont tous des ordres écrits et exécutoires sur l'ensemble du territoire français.

[Annick BEAUCHESNE](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

Prise de vue

De nos jours, les images audiovisuelles des procès pénaux ne donnent de la procédure qu'une connaissance furtive, un aperçu des coulisses d'un rituel. Pourtant, depuis longtemps – la description de la cité en paix sur le bouclier d'Achille, du chant xviii de L'Iliade, en témoigne –, le récit de la scène judiciaire, de la manière dont un procès pénal se mène, suscite l'intérêt constant des hommes. La procédure pénale touche à l'intérêt général, aux libertés des individus, à leur honneur. Elle constitue le mode de production de la vérité judiciaire en matière pénale. Elle enserme la réaction sociale dans des règles précises, depuis la recherche et le constat de l'infraction jusqu'à l'exécution des peines et même leur effacement de la mémoire judiciaire. Elle détermine les modalités selon lesquelles vont être recueillies les preuves, et organisé le débat judiciaire, le jugement et éventuellement la condamnation. Loi de forme, la procédure pénale va guider la mise en œuvre de la loi pénale de fond. Celle-ci définit les conditions de la responsabilité pénale, les faits pénalement punissables et les peines encourues par les coupables.

La procédure pénale constitue une protection, une contrainte et l'expression de la recherche difficile d'un équilibre. C'est une protection, car, sans règles de procédure, l'existence même de la défense est en péril. C'est une contrainte, parce que la défense doit aussi se plier à ces règles. C'est la recherche difficile d'un équilibre entre les libertés individuelles et collectives d'une part, et les nécessités de la répression d'autre part. La procédure pénale est vivante, et elle évolue sans cesse, précisée par la jurisprudence ou modifiée par les législateurs successifs dans un sens libéral ou autoritaire. Les droits de la défense ont pour baromètre la procédure pénale.

L'histoire a fourni deux modèles principaux de procédure qui traditionnellement sont opposés l'un à l'autre. L'une est la procédure dite accusatoire, dont le modèle pur associe trois caractéristiques : la justice y est publique, orale et contradictoire. C'est-à-dire que tout y est débattu devant le juge qui écoute les parties avant de trancher. Le peuple, par des juges non professionnels, rend la justice. C'est un accusateur (d'où le nom d'accusatoire) qui déclenche les poursuites et qui doit apporter la preuve de son accusation. On lui oppose le modèle pur du procès inquisitoire, né avec la procédure du tribunal de l'Inquisition. La procédure y est secrète, écrite et non contradictoire. Menée par un juge professionnel qui est à la fois juge et procureur, la procédure y est centrée sur les interrogatoires et la recherche de l'aveu.

Schématiquement, on peut dire que l'accusatoire est préoccupé d'éviter l'arbitraire et que l'inquisitoire a principalement le souci de l'efficacité. Ces modèles ne se rencontrent plus aujourd'hui sous leur forme pure. Dans les modèles principalement accusatoires, la victime a été très tôt remplacée dans l'accusation par des accusateurs publics. Dans les modèles inquisitoires, les fonctions de juge et de procureur ont été institutionnellement séparées.

Depuis le xixe siècle, le droit français a choisi un modèle de procédure pénale mixte. La première phase du procès relève du modèle inquisitoire avec une phase d'enquête secrète, écrite et non contradictoire.

La procédure d'instruction s'inspire au xix^e siècle des mêmes principes. La seconde phase, celle du jugement, se rattache plutôt au modèle accusatoire avec des audiences publiques, des débats oraux et cet échange contradictoire entre les parties, qui culmine avec les réquisitoires et plaidoiries. Depuis lors, à la fin du xix^e siècle et au cours du xx^e siècle, des effets de convergence ont rapproché les deux phases du procès pénal en droit français. Mais le dosage entre accusatoire et inquisitoire n'exclut jamais les défauts de l'un et l'autre système. La justice américaine, par exemple, ne peut maintenir un modèle accusatoire que grâce à une pratique massive du « plaider coupable » qui peut recouvrir une « justice à deux vitesses », profondément inégalitaire en ce qui concerne l'administration de la preuve et sa discussion. Les dernières décennies ont amorcé le dépassement de cette opposition classique au profit d'un nouveau modèle, celui du procès équitable.

I - Le cadre de la procédure pénale

La procédure pénale a connu en un demi-siècle à peine une formidable mutation. Elle est placée au premier rang d'un phénomène de mondialisation qui atteint notamment le droit processuel. Ses sources, jusque-là nationales, sont massivement dominées par des textes internationaux. Ils dessinent un modèle universel du procès équitable commun aux nations civilisées et qui inspire bien sûr la procédure de la cour pénale internationale.

Les sources de la procédure pénale

En France, après la Seconde Guerre mondiale, la procédure pénale nécessitait une réforme profonde. Un nouveau code ne fut cependant adopté qu'en 1958 après deux commissions de réforme, présidées respectivement par Henri Donnedieu de Vabres en 1949 et par A. Besson en 1953.

Le Code de procédure pénale de 1958

Le souvenir de la barbarie nazie et des atteintes aux libertés qui l'avaient accompagnée imposaient de protéger les libertés, tandis que, à compter du milieu des années 1950, la crise de la décolonisation et bientôt la guerre d'Algérie nourrissaient le souci de sécurité. Le Code de procédure pénale, adopté en 1958 et encore en vigueur aujourd'hui, était à l'origine le fruit de ce compromis entre liberté et sécurité.

Les principales modifications qu'il a subies depuis lors ont répondu à diverses finalités. La guerre d'Algérie conduisit à l'adoption de législations d'exception. L'accroissement de certaines délinquances et notamment les atteintes aux biens et la délinquance routière ont nécessité l'instauration de procédures simplifiées. La recherche d'une limitation de la détention avant jugement a constitué un souci récurrent chez le législateur des années 1970 à 1990.

La dernière décennie du xx^e siècle vit des réformes plus ambitieuses souvent contrecarrées par les jeux d'alternance politique. La commission Delmas-Marty proposa une refonte importante de la phase de mise en état du procès pénal que deux lois de 1993 suivirent et défirèrent partiellement. Depuis lors sont intervenues une loi d'orientation et de programmation de la sécurité publique en 1995, une loi commune aux différentes procédures (civile, pénale et administrative), une loi relative à l'enfance

délinquante modifiant, après d'autres, l'ordonnance de 1945, une loi relative aux procédures particulières en matière de terrorisme et une autre instituant un nouveau mode alternatif de règlement des litiges, la composition pénale. Tous ces textes témoignent d'une intense activité législative en la matière.

Pourtant, la loi du 15 juin 2000 et sa correction partielle, la loi du 5 mars 2002, ont encore revisité l'ensemble de l'édifice. La première de ces lois a placé en ouverture du Code un article préliminaire qui en résume les principes directeurs. Le législateur a cependant procédé par petites touches plutôt que sous l'inspiration d'une grande visée théorique. Les 934 articles de la seule partie législative du Code de procédure pénale attestent de la complexité atteinte par la matière dans un pays comme la France.

Des sources internationales et constitutionnelles

Mais la loi et, à sa suite, le règlement ne sont plus et de loin la seule source de la procédure pénale. Les nouvelles sources sont à la fois internationales et constitutionnelles.

En France, le Conseil constitutionnel a construit par sa jurisprudence, en matière de procédure pénale, autour de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, un ensemble normatif qui s'impose au législateur comme aux juges.

À la mobilité toujours plus grande des individus et des délinquants en particulier, mais aussi à la montée d'une criminalité transnationale organisée, doivent répondre des instruments d'entraide répressive internationale. Les cadres en sont à géométrie variable, depuis l'espace défini par les conventions bilatérales ou internationales en passant par l'Union européenne en tout ou en partie (accords de Schengen) jusqu'à l'espace des États du Conseil de l'Europe. L'objet peut en être l'extradition, le terrorisme ou telle autre infraction, la construction d'une police européenne ou la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

Les sources internationales forment plus encore les instruments essentiels de protection des droits et libertés fondamentaux. Dans le sillage de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et, en Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (C.E.D.H.), demain la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, permettent aux juridictions chargées de les appliquer de dégager des standards du bien juger qui imposent au législateur comme au juge un modèle du procès équitable.

Le modèle du procès équitable

Affirmé par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme par l'article 6 de la C.E.D.H., le droit à un procès équitable s'analyse en un triptyque de garanties essentielles dégagées par la Cour européenne. C'est au travers de ces garanties que se structurent aujourd'hui les cadres de la procédure pénale ; c'est autour d'elles que se nouent les enjeux de ses réformes, le tout, en Europe, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Les garanties essentielles

Première de ces garanties, le droit à un juge ou droit d'accès à un tribunal est évidemment un droit fondamental, commun à toutes les matières. En matière pénale, il est reconnu de manière plus large, en amont du jugement, à certaines opérations de police et, en aval, à l'application des peines. Les mesures d'arrestation ou de détention doivent ainsi pouvoir être vérifiées par un juge ou un magistrat habilité, de même que les visites, perquisitions et saisies. Un tribunal doit pouvoir juger les recours contre de telles mesures d'arrestation ou de détention. La présomption d'innocence jusqu'au jugement de fond doit aussi être protégée par un juge. L'accusation doit être portée devant un juge qui, en cas de condamnation, fixera la peine prononcée. C'est un juge qui doit fixer les modes effectifs d'application de la peine.

La garantie d'une voie de recours et le droit d'accès à un juge de cassation ont ainsi amené le législateur français à ouvrir un recours contre les arrêts de cours d'assises et à modifier les règles de recevabilité du pourvoi en cassation contre les décisions pénales. Il est vrai que la Cour de Strasbourg a constamment affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs ».

Des garanties institutionnelles tendent à assurer la qualité de la justice rendue, son indépendance et son impartialité. Les garanties d'indépendance sont assurées pour l'ensemble des magistrats, par leurs conditions de recrutement, la protection statutaire et l'institution d'organes de garanties de l'indépendance, mais selon une intensité différente pour les magistrats du siège et ceux du parquet. Elles se traduisent au pénal, dans l'organisation de l'institution judiciaire, par le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

L'impartialité commande pour sa part que le même juge ne connaisse pas des mêmes faits pour les mêmes parties à des instances différentes. Cependant cette exigence d'impartialité fonctionnelle ne concerne pas le parquet, qui peut être représenté par le magistrat ayant précédemment assumé les fonctions d'instruction dans l'affaire en cause. Bien plus, la partialité personnelle de l'accusation ne semble pas, selon la jurisprudence, susceptible de porter atteinte à l'impartialité du tribunal. La subordination hiérarchique du parquet au ministre de la Justice jointe à l'appartenance des magistrats du parquet au même corps que les juges du siège, particularité française, font débat depuis plusieurs années.

Enfin, dans la procédure pénale française, la juridiction collégiale constituait le principe, sans pour autant avoir jamais eu de valeur constitutionnelle. Les exceptions à ce principe sont aujourd'hui nombreuses. La collégialité ne constitue plus nécessairement, aux yeux du législateur, la forme du « bon juge » pénal.

Les garanties procédurales

C'est ici que la distance peut être la plus grande entre les principes du procès équitable et les réalités concrètes de la procédure pénale. Le droit absolu au respect de la dignité humaine, la prohibition absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants constituent des droits substantiels dans la procédure pénale.

La publicité, la célérité, qui ne se confond pas avec la précipitation, et l'équité, l'équilibre de la procédure, qui, au pénal, implique le respect des droits de la défense, constituent les standards

internationaux de ces garanties. Mais pour indispensable qu'elle soit, la publicité supporte des exceptions légales nombreuses. La célérité est requise à diverses étapes de la procédure et son obligation s'impose de plus en plus aux diverses parties au procès pénal. Quant à l'équité, elle devrait contraindre à la motivation des décisions de justice, mais on est, dans les faits, souvent loin du compte. Elle emporte aussi l'égalité des armes dans l'exercice des voies de recours comme dans l'examen contradictoire des charges de l'accusation et le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

Le droit d'être informé des raisons de son arrestation, de la nature et de la cause de l'accusation, le droit de préparer sa défense, de l'exercer soi-même ou avec l'assistance d'un avocat, de convoquer et d'interroger des témoins, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète constituent dans la C.E.D.H. l'expression des droits de la défense en matière pénale.

Dernière garantie du procès équitable, le droit à l'exécution de la décision paraît peu concerner la procédure pénale. Et pourtant le caractère très général de la jurisprudence rendue par la Cour de Strasbourg sur le sujet pourrait bien à l'avenir intéresser les victimes. Le principe contraste en tout cas, en France, avec la difficulté rencontrée par la justice pour mettre à exécution toutes les peines prononcées.

Les questions de la charge et les moyens de la preuve sont au cœur du procès pénal. La présomption d'innocence impose de laisser la charge de la preuve à la partie poursuivante, mais ce principe peut souffrir des exceptions. À la liberté de l'accusation et de la victime dans la production de la preuve répond la liberté pour le juge d'admettre ou non cette preuve, selon son intime conviction. Pour autant, la liberté de la preuve pénale subit toutes les limites posées par la loi, au travers des règles d'administration de cette preuve. Dans ce domaine, la loyauté n'est pas une exigence absolue, notamment en droit français pour les preuves rapportées par les parties civiles. Mais, en revanche, la procédure organise avec précision les conditions légales dans lesquelles doit être recueillie la preuve (auditions, interrogatoires, expertises, perquisitions, interceptions de correspondances, etc.).

Entre les intérêts de la société, ses exigences de sécurité et les intérêts de la personne poursuivie, dont l'honneur et la liberté sont en cause, la procédure pénale a la charge de garantir une bonne justice, une justice fiable. Dans le cadre ainsi défini par les principes, aujourd'hui internationaux, d'un droit processuel, dont le champ est bien plus large que celui du seul procès pénal, même si celui-ci a ses exigences particulières, le dossier pénal va « aller en avant », traduction littérale du latin *procedere*.

II - La marche du procès pénal

Oralité et écrit n'ont pas la même place dans le procès pénal selon que le modèle historique lui servant de base est un modèle inquisitoire ou accusatoire. Alors que, dans certains pays européens, telle la Grande-Bretagne, le dossier écrit n'a encore aujourd'hui que fort peu de place, on peut dire qu'il est en France essentiel. Ces différences ne se conçoivent en réalité que parce que dans le premier système il existe une procédure de plaider coupable qui élimine, lorsqu'elle est mise en œuvre, la question de la preuve et de son administration devant le juge.

En France, le choix d'un système mixte se manifeste par une procédure de nature plutôt inquisitoire dans la phase préparatoire du procès. Marquée par une instruction écrite, restée longtemps largement secrète et non contradictoire, elle est suivie d'une autre phase de nature plutôt accusatoire au temps du jugement, caractérisée, elle, par une audience généralement publique, un débat oral et contradictoire.

La constitution d'un dossier écrit résultera de la phase d'investigation de police judiciaire ou d'instruction. Le cheminement de ce dossier est le meilleur moyen de décrire le cours du procès pénal et de rendre compte de son orientation. La phase de décision et l'exécution de cette décision pénale n'en seront pas moins soumises, elles aussi, à une procédure complexe et différente selon les juridictions concernées et les peines à exécuter.

La constitution et l'orientation du dossier

Dans un modèle mixte comme le modèle français, la constitution du dossier est donc la phase préparatoire mais aussi déterminante du procès pénal. Cette opération recouvre des réalités très diverses allant du simple procès-verbal constatant une infraction bénigne, une contravention, au dossier constitué par une enquête de police judiciaire de quelques procès-verbaux qui relatent un délit, jusqu'au dossier d'instruction, parfois très volumineux et constitué de plusieurs milliers de pages, qui analyse soigneusement un ou des faits criminels ou délictuels graves.

Ce dossier est constitué par les différents acteurs de la procédure, à commencer par les officiers et agents de police judiciaire en charge des enquêtes. Le procureur de la République, titulaire de l'action publique, décide certes de la suite à y donner. La victime, qui dispose de l'action civile pour obtenir réparation de son préjudice, et les personnes impliquées dans la commission de l'infraction contribuent également à son élaboration durant la phase d'enquête et le cas échéant d'instruction.

La police judiciaire et les formes de l'enquête

Les activités de la police judiciaire sont variées : contrôles et vérifications d'identité, enquêtes préliminaires ou sur infractions flagrantes, exécution d'actes décidés par les magistrats du siège, les commissions rogatoires et les mandats de justice. Pour autant et malgré sa dénomination, la « police judiciaire » n'est pas unifiée, ni placée sous l'autorité du ministère de la Justice. Le constat des infractions et les investigations sur leur commission sont ainsi confiées à la police nationale, aux polices municipales, à la gendarmerie et à certains agents de certaines administrations. Mais au contraire d'autres droits, tel le droit américain, le droit français ne confie aucun pouvoir en ce domaine aux agents privés de recherche.

Les enquêtes de police judiciaire ont pour objet la recherche des preuves, et leur finalité judiciaire est évidemment la manifestation de la vérité. Cette finalité justifie et

nécessite l'exercice de pouvoirs de coercition mais qui doivent demeurer proportionnés aux enjeux, pour respecter le droit constitutionnel en charge de la défense des libertés publiques. Les pouvoirs de coercition vont ainsi varier en fonction de deux critères : la capacité accordée à ceux qui les exercent, officiers de police judiciaire (O.P.J.) ou agents de police judiciaire, et le type d'enquête, enquête de flagrance ou préliminaire.

Diligentée d'office ou sur les instructions du procureur de la République, l'enquête préliminaire, consacrée dans le système procédural français par le Code de procédure pénale de 1958, exclut le cas d'une instruction déjà ouverte. Sans être insérée dans des conditions de temps, pouvant être interrompue puis reprise, l'enquête préliminaire permet de procéder à des constatations matérielles y compris sur les

lieux de l'infraction, à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, mais sous la condition du consentement écrit de celui chez qui l'opération a lieu. Les auditions sont consignées sur des procès-verbaux qui, depuis la loi du 15 juin 2000, doivent comporter les questions auxquelles il a été répondu, tandis que les auditions des mineurs gardés à vue et des victimes mineures d'agressions sexuelles font l'objet d'un enregistrement audiovisuel.

En cas d'infraction flagrante, pour les crimes et les délits punis d'emprisonnement, les O.P.J. disposent de pouvoirs renforcés pour mener les enquêtes. Définie par la loi quant à son domaine, confiée aux O.P.J. et au procureur, qui la contrôle, enserrée dans des conditions de durée, l'enquête de flagrance voit les règles relatives aux actes de police judiciaire simplifiées ; celles relatives aux témoins sont plus contraignantes, tandis que les conditions de perquisitions et saisies sont élargies. On espère de cette souplesse une rapidité de l'enquête qui en cas de flagrance peut assurer son succès.

La garde à vue est prévue pour l'une et l'autre des formes d'enquête. Les conditions, les délais, les droits du gardé à vue et les garanties sous lesquelles cette mesure peut être mise en œuvre ont fait l'objet de larges remaniements en 1993, 2000 et 2002. Elle peut être prise à l'encontre d'une personne lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que celle-ci a commis ou tenté de commettre une infraction. Mesure de contrainte, décidée par un O.P.J. pour les besoins de l'enquête, elle prive une personne de sa liberté d'aller et venir pendant une durée conçue comme brève. En France, la garde à vue, de vingt-quatre heures en droit commun, renouvelables une fois, peut atteindre, en certains domaines, une durée de quatre jours, ce qui ne la place pas parmi les durées les plus longues. En revanche, et au contraire de nombreux autres pays, l'intervention de l'avocat y est encore très limitée : de courtes visites lui permettent la seule vérification des conditions de garde à vue, sans prise de connaissance possible du dossier.

Les parties au procès pénal

Les juridictions de jugement ou d'instruction n'ont pas la faculté de se saisir elles-mêmes des plaintes et dénonciations ni des infractions sur lesquelles il a été enquêté. Qui va dès lors pouvoir réclamer l'application de la loi pénale et préalablement, si nécessaire, la mise en état judiciaire du dossier pénal, c'est-à-dire l'ouverture d'une instruction ? Dans le système procédural mixte à dominante inquisitoire qui existe en France, du moins lors de cette phase du procès, ce rôle de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique est dévolu au ministère public dirigé par le procureur de la République, chargé de l'accusation, et exceptionnellement à certaines administrations. L'action publique est exercée au nom de la société ; elle a pour objet l'application de la loi pénale par une juridiction répressive à l'auteur d'une infraction afin de réparer le dommage causé par l'infraction à la société.

Les pouvoirs de poursuite du ministère public ou parquet peuvent se concevoir, tant sur le plan de sa mise en mouvement que de son exercice, à partir de deux théories : le principe de légalité ou le principe d'opportunité des poursuites. Le premier impose au ministère public de poursuivre toute infraction portée à sa connaissance, le second lui laisse une liberté d'appréciation. Les deux modèles théoriques ne précipitent pas pour autant les systèmes pénaux qui adoptent l'un ou l'autre d'entre eux dans l'automatisme pour le premier ou l'arbitraire pour le second. Les deux théories ne sont pas si irréductibles l'une à l'autre qu'on pourrait le croire.

S'agissant de l'engagement des poursuites, les deux modèles sont assez également représentés dans le monde, tandis que le principe de légalité est davantage retenu en matière d'exercice de l'action

publique. Le droit français a retenu le principe d'opportunité pour la mise en mouvement de la répression de sorte que le ministère public peut classer sans suite une affaire ou subordonner sa décision à l'issue d'une procédure de règlement alternatif des poursuites.

Mais, d'une part, en raison de la subordination hiérarchique du parquet, le procureur peut recevoir des instructions du parquet général, et celui-ci du ministère de la Justice.

D'autre part, en France, le principe de l'opportunité est largement tempéré par la possibilité ouverte à la victime de mettre en action indirectement l'action publique, en choisissant de porter devant la juridiction répressive son action civile, pour obtenir réparation du dommage personnel que lui a causé l'infraction. Enfin, s'agissant de l'exercice des poursuites, la France a fait le choix d'un système tempéré de légalité des poursuites. Il est ainsi interdit au parquet de transiger en cours de procédure et, s'il estime ne plus devoir requérir de condamnation, la juridiction de jugement n'est pas pour autant dessaisie.

L'orientation du dossier par le ministère public

L'une des grandes décisions d'orientation du dossier concerne l'ouverture ou non d'une information, encore appelée instruction. Obligatoire pour les crimes, facultative mais extrêmement rare pour les délits, l'information est exceptionnelle en fait comme en droit pour les contraventions. En l'absence d'information, le parquet peut citer ou faire citer directement les personnes qu'il entend poursuivre, devant le tribunal correctionnel, s'il s'agit de délit, ou devant le tribunal de police, s'il s'agit de contravention. Il peut user de la citation directe à délai normal, qui exclut toute détention provisoire.

Mais l'évolution quantitative du contentieux correctionnel a conduit à enrichir au fil des années les techniques de procédure correctionnelle sommaire autrefois limitées aux « flagrants délits ». C'est ainsi que le parquet peut user, qu'il y ait ou non flagrance, de la convocation par procès-verbal d'un prévenu devant le tribunal correctionnel, dans un délai qui ne saurait dépasser deux mois, en sollicitant même auprès du juge du siège le placement sous contrôle judiciaire. Enfin, et toujours à supposer que l'affaire soit en état d'être jugée, le prévenu d'un délit flagrant ou d'un délit qui lui fait encourir un emprisonnement de deux ans au moins et sept ans au plus peut voir ordonner par le parquet sa comparution immédiate devant le tribunal.

Le parquet peut souhaiter recourir à la médiation pénale ou à la composition pénale – cette dernière s'approchant davantage de la transaction que du plea bargaining américain –, ou à d'autres alternatives aux poursuites (rappel à la loi, classement sous condition, injonction thérapeutique).

Ajoutons que, désormais, ces décisions d'orientation du parquet sont de plus en plus souvent prises sans examen du dossier lui-même, sur les seules indications téléphoniques des services de police ou de gendarmerie, système appelé « traitement direct » ou « traitement en temps réel ».

Concurremment au parquet et si par exemple celui-ci a décidé de classer sans suite un dossier après enquête, la victime peut décider de citer directement celui qu'elle entend poursuivre devant le tribunal correctionnel ou de police. Enfin, mais cette observation vaut à tout moment de la procédure, le parquet comme la victime, lorsque celle-ci met indirectement en mouvement l'action publique, doivent s'interroger sur les questions de compétence matérielle et territoriale des juridictions qu'ils saisissent ainsi que sur les éventuelles causes d'extinction de l'action publique et notamment la prescription. La

durée de celle-ci diffère selon la gravité des infractions et ses règles supportent de plus en plus d'exceptions.

L'instruction préparatoire

L'instruction préparatoire est l'une des institutions les plus originales et les plus controversées de la procédure pénale française. Si son activité en pratique représente moins de 10 p. 100 des dossiers jugés, elle constitue, par la gravité des dossiers qui sont concernés, un enjeu essentiel des débats contemporains. Elle est assurée par le juge d'instruction, en appel par la chambre de l'instruction et, le cas échéant, par le juge des enfants pour les mineurs.

La fonction de l'instruction est de mettre en état le dossier pénal dans les affaires graves ou complexes : réunir les preuves, identifier ou exclure les auteurs possibles et les complices, réunir des éléments sur la personnalité des personnes poursuivies mais aussi sur les victimes, préparer la tâche des juridictions de jugement sur les questions de droit par l'analyse juridique des faits dont le juge d'instruction est saisi. Fonction d'enquête donc, mais qui se poursuivra au terme de l'information, après réquisitions du ministère public, par une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou au contraire de non-lieu. Cette décision-là relève d'une fonction de poursuite. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000 s'ajoutait une fonction juridictionnelle : celle de décider de la détention provisoire. Cette dernière est désormais confiée, entre autres compétences, à un autre juge du siège, le juge des libertés et de la détention. La fonction se traduit encore par le fait que le juge d'instruction possède le pouvoir de dresser des procès-verbaux, de prendre des mandats tel le mandat d'arrêt, et de rendre des ordonnances.

Pensée initialement sur le modèle inquisitoire, la procédure d'instruction se teinte de plus en plus d'accusatoire. Elle offre à la défense et à la partie civile un rôle plus actif dans le choix des investigations à mener, et un caractère beaucoup plus contradictoire. Les parties peuvent ainsi réclamer au juge d'instruction des mesures très diverses d'expertise, de confrontations. La défense peut demander l'interrogatoire d'un témoin ou de la partie civile en sa présence. Toutefois ce caractère contradictoire manque encore largement en matière d'expertise.

Le secret de l'instruction est souvent mis à mal par la médiatisation des affaires judiciaires. La présomption d'innocence oblige donc à une gradation savante des statuts des personnes impliquées ou soupçonnées, et des droits distincts pour le témoin, le témoin assisté ou le mis en examen. Le mis en examen, naguère appelé inculpé, est une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction. Les restrictions de liberté imposées au mis en examen se sont aussi diversifiées (contrôle judiciaire, détention provisoire en prison ou sous la forme de la surveillance électronique). La tentative de la loi du 15 juin 2000 de limiter la détention provisoire en matière d'atteinte aux biens a été largement remise en cause par la loi du 5 mars 2002.

Procédure écrite, entourée de garanties au bénéfice des personnes mises en examen, la procédure d'instruction atteint une très réelle complexité. Ce qui amène un contrôle de plus en plus fréquent de sa conformité par la chambre de l'instruction et a conduit le législateur à organiser les actions en annulation des actes d'instruction sous des conditions de délai de plus en plus strictes pour les parties.

La notion de délai raisonnable, importante dans la jurisprudence de la C.E.D.H., a conduit aussi le législateur français à organiser plus strictement le déroulement de l'instruction dans le temps, tout comme bien sûr la durée de la détention provisoire.

III - La décision et son exécution

L'organisation des juridictions de jugement varie d'un système légal à l'autre même si les choix à faire sont toujours les mêmes entre magistrats professionnels ou non, collégialité et juge unique, juridictions à compétence générale ou spécialisées, recours à des juridictions d'exception ou défiance à leur égard, choix du plaider coupable et des formes des voies de recours.

Sur tous ces plans, le droit français connaît une réelle diversité. Le tribunal correctionnel statue à juge unique ou en collégialité selon les infractions. Le tribunal des enfants réunit magistrats professionnels et des citoyens désignés, tandis qu'à la cour d'assises les jurés sont des citoyens tirés au sort qui entourent les magistrats professionnels. L'appel des jugements correctionnels est porté devant une juridiction supérieure, alors qu'aux assises on a recouru à l'appel « tournant », c'est-à-dire porté devant une autre cour d'assises, autrement composée. Des juridictions d'exception (politiques, militaires) ou spécialisées (tribunal pour enfants, cour d'assises en matière de terrorisme ou de trafic international de stupéfiants) s'ajoutent à un schéma organisationnel de plus en plus fourni.

L'oralité de la procédure de jugement est à la fois une conséquence du principe de publicité de ces audiences et une nécessité en raison de la composition des juridictions. Le débat sur les charges est en effet mené devant des juridictions collégiales dont un seul membre a pris connaissance du dossier écrit d'information ou d'enquête. L'instruction définitive ou « instruction d'audience » présente quelques caractéristiques communes aux différentes juridictions.

En France, la procédure, au contraire de celle des pays anglo-saxons notamment, ne sépare pas la discussion sur la culpabilité de celle sur la personnalité et sur la peine. C'est là une caractéristique importante qui rend plus complexe encore la construction par le juge de son intime conviction, critère légal de la décision en matière pénale. La procédure d'audience évolue pourtant dans sa forme et devient pourrait-on dire plus interactive, puisque désormais, comme dans les pays anglo-saxons, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement leurs questions aux témoins et aux parties à la barre.

Après l'instruction d'audience, les observations de la partie civile, les réquisitions du ministère public et la plaidoirie de la défense, la juridiction pénale doit rendre une décision. En cour d'assises, en France, les réponses par oui ou par non aux questions posées à la cour seront la seule motivation de cette décision.

La décision rendue par un tribunal ou une cour d'assises peut être frappée d'appel et l'affaire est alors réexaminée sur le plan des faits et du droit. Les parties peuvent encore former un pourvoi en cassation contre la décision d'appel. Comme dans les autres domaines du droit, la cour de cassation a pour rôle d'apprécier la conformité des décisions avec la loi, et non le fond des affaires. Le pourvoi en révision a quant à lui pour but de permettre à la justice de revenir sur une erreur judiciaire, et le pourvoi en faveur des droits de l'homme donne la possibilité de réviser une condamnation pénale lorsqu'elle a été rendue en violation de la C.E.D.H.

La procédure pénale étend désormais de plus en plus son champ d'intervention en aval de la décision pénale, à la phase d'exécution de la sanction. L'application des peines est devenue depuis la loi du 15 juin 2000 une activité juridictionnelle relevant de plusieurs juridictions auxquelles s'appliquent diverses procédures communes ou d'urgence. La défense sera nécessairement amenée à investir davantage cette phase du procès, comme elle le fait aussi en matière de procédure disciplinaire en milieu pénitentiaire.

La procédure pénale est un enjeu important du droit. Enjeu législatif, lorsque s'affrontent des conceptions opposées pour traduire en règles précises ses principes fondamentaux. Enjeu de défense aussi, lorsque de son respect dépend la qualité de la justice et les libertés individuelles.

[Jean DANET](#)

Thèmes associés

[PROCÉDURE PÉNALE](#)

Bibliographie

L. Cadet, Découvrir la justice, Dalloz, Paris, 1997

Commission justice pénale et droits de l'homme, La Mise en état des affaires pénales, La Documentation française, Paris, 1991

J. Danet, Défendre. Pour une défense pénale critique, Dalloz, 2001

M. Delmas-Marty dir., Procédures pénales d'Europe, P.U.F., Paris, 1995

S. Guinchard & J. Buisson, Procédure pénale, Litec, Paris, 2e éd. 2002

S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy et al., Droit processuel, droit commun du procès, Dalloz, 4e éd. 2008

R. Merle & A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2 : Procédure pénale, Cujas, Paris, 5e éd., 2001

J. Pradel, Manuel de procédure pénale, ibid., 13e éd. augm., 2006

M. L. Rassat, Traité de procédure pénale, P.U.F., 2001

D. Salas, Du procès pénal, ibid., 1992

G. Stefani, G. Levasseur & B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 21e éd., 2008.

Prise de vue

De nos jours, les images audiovisuelles des procès pénaux ne donnent de la procédure qu'une connaissance furtive, un aperçu des coulisses d'un rituel. Pourtant, depuis longtemps – la description de la cité en paix sur le bouclier d'Achille, du chant xviii de L'Iliade, en témoigne –, le récit de la scène judiciaire, de la manière dont un procès pénal se mène, suscite l'intérêt constant des hommes. La procédure pénale touche à l'intérêt général, aux libertés des individus, à leur honneur. Elle constitue le

mode de production de la vérité judiciaire en matière pénale. Elle enserme la réaction sociale dans des règles précises, depuis la recherche et le constat de l'infraction jusqu'à l'exécution des peines et même leur effacement de la mémoire judiciaire. Elle détermine les modalités selon lesquelles vont être recueillies les preuves, et organise le débat judiciaire, le jugement et éventuellement la condamnation. Loi de forme, la procédure pénale va guider la mise en œuvre de la loi pénale de fond. Celle-ci définit les conditions de la responsabilité pénale, les faits pénalement punissables et les peines encourues par les coupables.

La procédure pénale constitue une protection, une contrainte et l'expression de la recherche difficile d'un équilibre. C'est une protection, car, sans règles de procédure, l'existence même de la défense est en péril. C'est une contrainte, parce que la défense doit aussi se plier à ces règles. C'est la recherche difficile d'un équilibre entre les libertés individuelles et collectives d'une part, et les nécessités de la répression d'autre part. La procédure pénale est vivante, et elle évolue sans cesse, précisée par la jurisprudence ou modifiée par les législateurs successifs dans un sens libéral ou autoritaire. Les droits de la défense ont pour baromètre la procédure pénale.

L'histoire a fourni deux modèles principaux de procédure qui traditionnellement sont opposés l'un à l'autre. L'une est la procédure dite accusatoire, dont le modèle pur associe trois caractéristiques : la justice y est publique, orale et contradictoire. C'est-à-dire que tout y est débattu devant le juge qui écoute les parties avant de trancher. Le peuple, par des juges non professionnels, rend la justice. C'est un accusateur (d'où le nom d'accusatoire) qui déclenche les poursuites et qui doit apporter la preuve de son accusation. On lui oppose le modèle pur du procès inquisitoire, né avec la procédure du tribunal de l'Inquisition. La procédure y est secrète, écrite et non contradictoire. Menée par un juge professionnel qui est à la fois juge et procureur, la procédure y est centrée sur les interrogatoires et la recherche de l'aveu.

Schématiquement, on peut dire que l'accusatoire est préoccupé d'éviter l'arbitraire et que l'inquisitoire a principalement le souci de l'efficacité. Ces modèles ne se rencontrent plus aujourd'hui sous leur forme pure. Dans les modèles principalement accusatoires, la victime a été très tôt remplacée dans l'accusation par des accusateurs publics. Dans les modèles inquisitoires, les fonctions de juge et de procureur ont été institutionnellement séparées.

Depuis le XIX^e siècle, le droit français a choisi un modèle de procédure pénale mixte. La première phase du procès relève du modèle inquisitoire avec une phase d'enquête secrète, écrite et non contradictoire. La procédure d'instruction s'inspire au XIX^e siècle des mêmes principes. La seconde phase, celle du jugement, se rattache plutôt au modèle accusatoire avec des audiences publiques, des débats oraux et cet échange contradictoire entre les parties, qui culmine avec les réquisitoires et plaidoiries. Depuis lors, à la fin du XIX^e siècle et au cours du XX^e siècle, des effets de convergence ont rapproché les deux phases du procès pénal en droit français. Mais le dosage entre accusatoire et inquisitoire n'exclut jamais les défauts de l'un et l'autre système. La justice américaine, par exemple, ne peut maintenir un modèle accusatoire que grâce à une pratique massive du « plaider coupable » qui peut recouvrir une « justice à deux vitesses », profondément inégalitaire en ce qui concerne l'administration de la preuve et sa discussion. Les dernières décennies ont amorcé le dépassement de cette opposition classique au profit d'un nouveau modèle, celui du procès équitable.

I - Le cadre de la procédure pénale

La procédure pénale a connu en un demi-siècle à peine une formidable mutation. Elle est placée au premier rang d'un phénomène de mondialisation qui atteint notamment le droit processuel. Ses sources, jusque-là nationales, sont massivement dominées par des textes internationaux. Ils dessinent un modèle universel du procès équitable commun aux nations civilisées et qui inspire bien sûr la procédure de la cour pénale internationale.

Les sources de la procédure pénale

En France, après la Seconde Guerre mondiale, la procédure pénale nécessitait une réforme profonde. Un nouveau code ne fut cependant adopté qu'en 1958 après deux commissions de réforme, présidées respectivement par Henri Donnedieu de Vabres en 1949 et par A. Besson en 1953.

Le Code de procédure pénale de 1958

Le souvenir de la barbarie nazie et des atteintes aux libertés qui l'avaient accompagnée imposaient de protéger les libertés, tandis que, à compter du milieu des années 1950, la crise de la décolonisation et bientôt la guerre d'Algérie nourrissaient le souci de sécurité. Le Code de procédure pénale, adopté en 1958 et encore en vigueur aujourd'hui, était à l'origine le fruit de ce compromis entre liberté et sécurité.

Les principales modifications qu'il a subies depuis lors ont répondu à diverses finalités. La guerre d'Algérie conduisit à l'adoption de législations d'exception. L'accroissement de certaines délinquances et notamment les atteintes aux biens et la délinquance routière ont nécessité l'instauration de procédures simplifiées. La recherche d'une limitation de la détention avant jugement a constitué un souci récurrent chez le législateur des années 1970 à 1990.

La dernière décennie du xxe siècle vit des réformes plus ambitieuses souvent contrecarrées par les jeux d'alternance politique. La commission Delmas-Marty proposa une refonte importante de la phase de mise en état du procès pénal que deux lois de 1993 suivirent et défèrent partiellement. Depuis lors sont intervenues une loi d'orientation et de programmation de la sécurité publique en 1995, une loi commune aux différentes procédures (civile, pénale et administrative), une loi relative à l'enfance délinquante modifiant, après d'autres, l'ordonnance de 1945, une loi relative aux procédures particulières en matière de terrorisme et une autre instituant un nouveau mode alternatif de règlement des litiges, la composition pénale. Tous ces textes témoignent d'une intense activité législative en la matière.

Pourtant, la loi du 15 juin 2000 et sa correction partielle, la loi du 5 mars 2002, ont encore revisité l'ensemble de l'édifice. La première de ces lois a placé en ouverture du Code un article préliminaire qui en résume les principes directeurs. Le législateur a cependant procédé par petites touches plutôt que sous l'inspiration d'une grande visée théorique. Les 934 articles de la seule partie législative du Code de procédure pénale attestent de la complexité atteinte par la matière dans un pays comme la France.

Des sources internationales et constitutionnelles

Mais la loi et, à sa suite, le règlement ne sont plus et de loin la seule source de la procédure pénale. Les nouvelles sources sont à la fois internationales et constitutionnelles.

En France, le Conseil constitutionnel a construit par sa jurisprudence, en matière de procédure pénale, autour de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, un ensemble normatif qui s'impose au législateur comme aux juges.

À la mobilité toujours plus grande des individus et des délinquants en particulier, mais aussi à la montée d'une criminalité transnationale organisée, doivent répondre des instruments d'entraide répressive internationale. Les cadres en sont à géométrie variable, depuis l'espace défini par les conventions bilatérales ou internationales en passant par l'Union européenne en tout ou en partie (accords de Schengen) jusqu'à l'espace des États du Conseil de l'Europe. L'objet peut en être l'extradition, le terrorisme ou telle autre infraction, la construction d'une police européenne ou la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

Les sources internationales forment plus encore les instruments essentiels de protection des droits et libertés fondamentaux. Dans le sillage de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et, en Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (C.E.D.H.), demain la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, permettent aux juridictions chargées de les appliquer de dégager des standards du bien juger qui imposent au législateur comme au juge un modèle du procès équitable.

Le modèle du procès équitable

Affirmé par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme par l'article 6 de la C.E.D.H., le droit à un procès équitable s'analyse en un triptyque de garanties essentielles dégagées par la Cour européenne. C'est au travers de ces garanties que se structurent aujourd'hui les cadres de la procédure pénale ; c'est autour d'elles que se nouent les enjeux de ses réformes, le tout, en Europe, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Les garanties essentielles

Première de ces garanties, le droit à un juge ou droit d'accès à un tribunal est évidemment un droit fondamental, commun à toutes les matières. En matière pénale, il est reconnu de manière plus large, en amont du jugement, à certaines opérations de police et, en aval, à l'application des peines. Les mesures d'arrestation ou de détention doivent ainsi pouvoir être vérifiées par un juge ou un magistrat habilité, de même que les visites, perquisitions et saisies. Un tribunal doit pouvoir juger les recours contre de telles mesures d'arrestation ou de détention. La présomption d'innocence jusqu'au jugement de fond doit aussi être protégée par un juge. L'accusation doit être portée devant un juge qui, en cas de condamnation, fixera la peine prononcée. C'est un juge qui doit fixer les modes effectifs d'application de la peine.

La garantie d'une voie de recours et le droit d'accès à un juge de cassation ont ainsi amené le législateur français à ouvrir un recours contre les arrêts de cours d'assises et à modifier les règles de recevabilité du pourvoi en cassation contre les décisions pénales. Il est vrai que la Cour de Strasbourg a constamment

affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs ».

Des garanties institutionnelles tendent à assurer la qualité de la justice rendue, son indépendance et son impartialité. Les garanties d'indépendance sont assurées pour l'ensemble des magistrats, par leurs conditions de recrutement, la protection statutaire et l'institution d'organes de garanties de l'indépendance, mais selon une intensité différente pour les magistrats du siège et ceux du parquet. Elles se traduisent au pénal, dans l'organisation de l'institution judiciaire, par le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

L'impartialité commande pour sa part que le même juge ne connaisse pas des mêmes faits pour les mêmes parties à des instances différentes. Cependant cette exigence d'impartialité fonctionnelle ne concerne pas le parquet, qui peut être représenté par le magistrat ayant précédemment assumé les fonctions d'instruction dans l'affaire en cause. Bien plus, la partialité personnelle de l'accusation ne semble pas, selon la jurisprudence, susceptible de porter atteinte à l'impartialité du tribunal. La subordination hiérarchique du parquet au ministre de la Justice jointe à l'appartenance des magistrats du parquet au même corps que les juges du siège, particularité française, font débat depuis plusieurs années.

Enfin, dans la procédure pénale française, la juridiction collégiale constituait le principe, sans pour autant avoir jamais eu de valeur constitutionnelle. Les exceptions à ce principe sont aujourd'hui nombreuses. La collégialité ne constitue plus nécessairement, aux yeux du législateur, la forme du « bon juge » pénal.

Les garanties procédurales

C'est ici que la distance peut être la plus grande entre les principes du procès équitable et les réalités concrètes de la procédure pénale. Le droit absolu au respect de la dignité humaine, la prohibition absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants constituent des droits substantiels dans la procédure pénale.

La publicité, la célérité, qui ne se confond pas avec la précipitation, et l'équité, l'équilibre de la procédure, qui, au pénal, implique le respect des droits de la défense, constituent les standards internationaux de ces garanties. Mais pour indispensable qu'elle soit, la publicité supporte des exceptions légales nombreuses. La célérité est requise à diverses étapes de la procédure et son obligation s'impose de plus en plus aux diverses parties au procès pénal. Quant à l'équité, elle devrait contraindre à la motivation des décisions de justice, mais on est, dans les faits, souvent loin du compte. Elle emporte aussi l'égalité des armes dans l'exercice des voies de recours comme dans l'examen contradictoire des charges de l'accusation et le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

Le droit d'être informé des raisons de son arrestation, de la nature et de la cause de l'accusation, le droit de préparer sa défense, de l'exercer soi-même ou avec l'assistance d'un avocat, de convoquer et d'interroger des témoins, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète constituent dans la C.E.D.H. l'expression des droits de la défense en matière pénale.

Dernière garantie du procès équitable, le droit à l'exécution de la décision paraît peu concerner la procédure pénale. Et pourtant le caractère très général de la jurisprudence rendue par la Cour de

Strasbourg sur le sujet pourrait bien à l'avenir intéresser les victimes. Le principe contraste en tout cas, en France, avec la difficulté rencontrée par la justice pour mettre à exécution toutes les peines prononcées.

Les questions de la charge et les moyens de la preuve sont au cœur du procès pénal. La présomption d'innocence impose de laisser la charge de la preuve à la partie poursuivante, mais ce principe peut souffrir des exceptions. À la liberté de l'accusation et de la victime dans la production de la preuve répond la liberté pour le juge d'admettre ou non cette preuve, selon son intime conviction. Pour autant, la liberté de la preuve pénale subit toutes les limites posées par la loi, au travers des règles d'administration de cette preuve. Dans ce domaine, la loyauté n'est pas une exigence absolue, notamment en droit français pour les preuves rapportées par les parties civiles. Mais, en revanche, la procédure organise avec précision les conditions légales dans lesquelles doit être recueillie la preuve (auditions, interrogatoires, expertises, perquisitions, interceptions de correspondances, etc.).

Entre les intérêts de la société, ses exigences de sécurité et les intérêts de la personne poursuivie, dont l'honneur et la liberté sont en cause, la procédure pénale a la charge de garantir une bonne justice, une justice fiable. Dans le cadre ainsi défini par les principes, aujourd'hui internationaux, d'un droit processuel, dont le champ est bien plus large que celui du seul procès pénal, même si celui-ci a ses exigences particulières, le dossier pénal va « aller en avant », traduction littérale du latin *procedere*.

II - La marche du procès pénal

Oralité et écrit n'ont pas la même place dans le procès pénal selon que le modèle historique lui servant de base est un modèle inquisitoire ou accusatoire. Alors que, dans certains pays européens, telle la Grande-Bretagne, le dossier écrit n'a encore aujourd'hui que fort peu de place, on peut dire qu'il est en France essentiel. Ces différences ne se conçoivent en réalité que parce que dans le premier système il existe une procédure de plaider coupable qui élimine, lorsqu'elle est mise en œuvre, la question de la preuve et de son administration devant le juge.

En France, le choix d'un système mixte se manifeste par une procédure de nature plutôt inquisitoire dans la phase préparatoire du procès. Marquée par une instruction écrite, restée longtemps largement secrète et non contradictoire, elle est suivie d'une autre phase de nature plutôt accusatoire au temps du jugement, caractérisée, elle, par une audience généralement publique, un débat oral et contradictoire. La constitution d'un dossier écrit résultera de la phase d'investigation de police judiciaire ou d'instruction. Le cheminement de ce dossier est le meilleur moyen de décrire le cours du procès pénal et de rendre compte de son orientation. La phase de décision et l'exécution de cette décision pénale n'en seront pas moins soumises, elles aussi, à une procédure complexe et différente selon les juridictions concernées et les peines à exécuter.

La constitution et l'orientation du dossier

Dans un modèle mixte comme le modèle français, la constitution du dossier est donc la phase préparatoire mais aussi déterminante du procès pénal. Cette opération recouvre des réalités très diverses allant du simple procès-verbal constatant une infraction bénigne, une contravention, au dossier constitué par une enquête de police judiciaire de quelques procès-verbaux qui relatent un délit, jusqu'au

dossier d'instruction, parfois très volumineux et constitué de plusieurs milliers de pages, qui analyse soigneusement un ou des faits criminels ou délictuels graves.

Ce dossier est constitué par les différents acteurs de la procédure, à commencer par les officiers et agents de police judiciaire en charge des enquêtes. Le procureur de la République, titulaire de l'action publique, décide certes de la suite à y donner. La victime, qui dispose de l'action civile pour obtenir réparation de son préjudice, et les personnes impliquées dans la commission de l'infraction contribuent également à son élaboration durant la phase d'enquête et le cas échéant d'instruction.

La police judiciaire et les formes de l'enquête

Les activités de la police judiciaire sont variées : contrôles et vérifications d'identité, enquêtes préliminaires ou sur infractions flagrantes, exécution d'actes décidés par les magistrats du siège, les commissions rogatoires et les mandats de justice. Pour autant et malgré sa dénomination, la « police judiciaire » n'est pas unifiée, ni placée sous l'autorité du ministère de la Justice. Le constat des infractions et les investigations sur leur commission sont ainsi confiées à la police nationale, aux polices municipales, à la gendarmerie et à certains agents de certaines administrations. Mais au contraire d'autres droits, tel le droit américain, le droit français ne confie aucun pouvoir en ce domaine aux agents privés de recherche.

Les enquêtes de police judiciaire ont pour objet la recherche des preuves, et leur finalité judiciaire est évidemment la manifestation de la vérité. Cette finalité justifie et

nécessite l'exercice de pouvoirs de coercition mais qui doivent demeurer proportionnés aux enjeux, pour respecter le droit constitutionnel en charge de la défense des libertés publiques. Les pouvoirs de coercition vont ainsi varier en fonction de deux critères : la capacité accordée à ceux qui les exercent, officiers de police judiciaire (O.P.J.) ou agents de police judiciaire, et le type d'enquête, enquête de flagrance ou préliminaire.

Diligentée d'office ou sur les instructions du procureur de la République, l'enquête préliminaire, consacrée dans le système procédural français par le Code de procédure pénale de 1958, exclut le cas d'une instruction déjà ouverte. Sans être insérée dans des conditions de temps, pouvant être interrompue puis reprise, l'enquête préliminaire permet de procéder à des constatations matérielles y compris sur les lieux de l'infraction, à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, mais sous la condition du consentement écrit de celui chez qui l'opération a lieu. Les auditions sont consignées sur des procès-verbaux qui, depuis la loi du 15 juin 2000, doivent comporter les questions auxquelles il a été répondu, tandis que les auditions des mineurs gardés à vue et des victimes mineures d'agressions sexuelles font l'objet d'un enregistrement audiovisuel.

En cas d'infraction flagrante, pour les crimes et les délits punis d'emprisonnement, les O.P.J. disposent de pouvoirs renforcés pour mener les enquêtes. Définie par la loi quant à son domaine, confiée aux O.P.J. et au procureur, qui la contrôle, enserrée dans des conditions de durée, l'enquête de flagrance voit les règles relatives aux actes de police judiciaire simplifiées ; celles relatives aux témoins sont plus contraignantes, tandis que les conditions de perquisitions et saisies sont élargies. On espère de cette souplesse une rapidité de l'enquête qui en cas de flagrance peut assurer son succès.

La garde à vue est prévue pour l'une et l'autre des formes d'enquête. Les conditions, les délais, les droits du gardé à vue et les garanties sous lesquelles cette mesure peut être mise en œuvre ont fait l'objet de larges remaniements en 1993, 2000 et 2002. Elle peut être prise à l'encontre d'une personne lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que celle-ci a commis ou tenté de commettre une infraction. Mesure de contrainte, décidée par un O.P.J. pour les besoins de l'enquête, elle prive une personne de sa liberté d'aller et venir pendant une durée conçue comme brève. En France, la garde à vue, de vingt-quatre heures en droit commun, renouvelables une fois, peut atteindre, en certains domaines, une durée de quatre jours, ce qui ne la place pas parmi les durées les plus longues. En revanche, et au contraire de nombreux autres pays, l'intervention de l'avocat y est encore très limitée : de courtes visites lui permettent la seule vérification des conditions de garde à vue, sans prise de connaissance possible du dossier.

Les parties au procès pénal

Les juridictions de jugement ou d'instruction n'ont pas la faculté de se saisir elles-mêmes des plaintes et dénonciations ni des infractions sur lesquelles il a été enquêté. Qui va dès lors pouvoir réclamer l'application de la loi pénale et préalablement, si nécessaire, la mise en état judiciaire du dossier pénal, c'est-à-dire l'ouverture d'une instruction ? Dans le système procédural mixte à dominante inquisitoire qui existe en France, du moins lors de cette phase du procès, ce rôle de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique est dévolu au ministère public dirigé par le procureur de la République, chargé de l'accusation, et exceptionnellement à certaines administrations. L'action publique est exercée au nom de la société ; elle a pour objet l'application de la loi pénale par une juridiction répressive à l'auteur d'une infraction afin de réparer le dommage causé par l'infraction à la société.

Les pouvoirs de poursuite du ministère public ou parquet peuvent se concevoir, tant sur le plan de sa mise en mouvement que de son exercice, à partir de deux théories : le principe de légalité ou le principe d'opportunité des poursuites. Le premier impose au ministère public de poursuivre toute infraction portée à sa connaissance, le second lui laisse une liberté d'appréciation. Les deux modèles théoriques ne précipitent pas pour autant les systèmes pénaux qui adoptent l'un ou l'autre d'entre eux dans l'automatisme pour le premier ou l'arbitraire pour le second. Les deux théories ne sont pas si irréductibles l'une à l'autre qu'on pourrait le croire.

S'agissant de l'engagement des poursuites, les deux modèles sont assez également représentés dans le monde, tandis que le principe de légalité est davantage retenu en matière d'exercice de l'action publique. Le droit français a retenu le principe d'opportunité pour la mise en mouvement de la répression de sorte que le ministère public peut classer sans suite une affaire ou subordonner sa décision à l'issue d'une procédure de règlement alternatif des poursuites.

Mais, d'une part, en raison de la subordination hiérarchique du parquet, le procureur peut recevoir des instructions du parquet général, et celui-ci du ministère de la Justice. D'autre part, en France, le principe de l'opportunité est largement tempéré par la possibilité ouverte à la victime de mettre en action indirectement l'action publique, en choisissant de porter devant la juridiction répressive son action civile, pour obtenir réparation du dommage personnel que lui a causé l'infraction. Enfin, s'agissant de l'exercice des poursuites, la France a fait le choix d'un système tempéré de légalité des poursuites. Il est ainsi interdit au parquet de transiger en cours de procédure et, s'il estime ne plus devoir requérir de condamnation, la juridiction de jugement n'est pas pour autant dessaisie.

L'orientation du dossier par le ministère public

L'une des grandes décisions d'orientation du dossier concerne l'ouverture ou non d'une information, encore appelée instruction. Obligatoire pour les crimes, facultative mais extrêmement rare pour les délits, l'information est exceptionnelle en fait comme en droit pour les contraventions. En l'absence d'information, le parquet peut citer ou faire citer directement les personnes qu'il entend poursuivre, devant le tribunal correctionnel, s'il s'agit de délit, ou devant le tribunal de police, s'il s'agit de contravention. Il peut user de la citation directe à délai normal, qui exclut toute détention provisoire.

Mais l'évolution quantitative du contentieux correctionnel a conduit à enrichir au fil des années les techniques de procédure correctionnelle sommaire autrefois limitées aux « flagrants délits ». C'est ainsi que le parquet peut user, qu'il y ait ou non flagrance, de la convocation par procès-verbal d'un prévenu devant le tribunal correctionnel, dans un délai qui ne saurait dépasser deux mois, en sollicitant même auprès du juge du siège le placement sous contrôle judiciaire. Enfin, et toujours à supposer que l'affaire soit en état d'être jugée, le prévenu d'un délit flagrant ou d'un délit qui lui fait encourir un emprisonnement de deux ans au moins et sept ans au plus peut voir ordonner par le parquet sa comparution immédiate devant le tribunal.

Le parquet peut souhaiter recourir à la médiation pénale ou à la composition pénale – cette dernière s'approchant davantage de la transaction que du plea bargaining américain –, ou à d'autres alternatives aux poursuites (rappel à la loi, classement sous condition, injonction thérapeutique).

Ajoutons que, désormais, ces décisions d'orientation du parquet sont de plus en plus souvent prises sans examen du dossier lui-même, sur les seules indications téléphoniques des services de police ou de gendarmerie, système appelé « traitement direct » ou « traitement en temps réel ».

Concurremment au parquet et si par exemple celui-ci a décidé de classer sans suite un dossier après enquête, la victime peut décider de citer directement celui qu'elle entend poursuivre devant le tribunal correctionnel ou de police. Enfin, mais cette observation vaut à tout moment de la procédure, le parquet comme la victime, lorsque celle-ci met indirectement en mouvement l'action publique, doivent s'interroger sur les questions de compétence matérielle et territoriale des juridictions qu'ils saisissent ainsi que sur les éventuelles causes d'extinction de l'action publique et notamment la prescription. La durée de celle-ci diffère selon la gravité des infractions et ses règles supportent de plus en plus d'exceptions.

L'instruction préparatoire

L'instruction préparatoire est l'une des institutions les plus originales et les plus controversées de la procédure pénale française. Si son activité en pratique représente moins de 10 p. 100 des dossiers jugés, elle constitue, par la gravité des dossiers qui sont concernés, un enjeu essentiel des débats contemporains. Elle est assurée par le juge d'instruction, en appel par la chambre de l'instruction et, le cas échéant, par le juge des enfants pour les mineurs.

La fonction de l'instruction est de mettre en état le dossier pénal dans les affaires graves ou complexes : réunir les preuves, identifier ou exclure les auteurs possibles et les complices, réunir des éléments sur la

personnalité des personnes poursuivies mais aussi sur les victimes, préparer la tâche des juridictions de jugement sur les questions de droit par l'analyse juridique des faits dont le juge d'instruction est saisi. Fonction d'enquête donc, mais qui se poursuivra au terme de l'information, après réquisitions du ministère public, par une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou au contraire de non-lieu. Cette décision-là relève d'une fonction de poursuite. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000 s'ajoutait une fonction juridictionnelle : celle de décider de la détention provisoire. Cette dernière est désormais confiée, entre autres compétences, à un autre juge du siège, le juge des libertés et de la détention. La fonction se traduit encore par le fait que le juge d'instruction possède le pouvoir de dresser des procès-verbaux, de prendre des mandats tel le mandat d'arrêt, et de rendre des ordonnances.

Pensée initialement sur le modèle inquisitoire, la procédure d'instruction se teinte de plus en plus d'accusatoire. Elle offre à la défense et à la partie civile un rôle plus actif dans le choix des investigations à mener, et un caractère beaucoup plus contradictoire.

Les parties peuvent ainsi réclamer au juge d'instruction des mesures très diverses d'expertise, de confrontations. La défense peut demander l'interrogatoire d'un témoin ou de la partie civile en sa présence. Toutefois ce caractère contradictoire manque encore largement en matière d'expertise.

Le secret de l'instruction est souvent mis à mal par la médiatisation des affaires judiciaires. La présomption d'innocence oblige donc à une gradation savante des statuts des personnes impliquées ou soupçonnées, et des droits distincts pour le témoin, le témoin assisté ou le mis en examen. Le mis en examen, naguère appelé inculpé, est une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction. Les restrictions de liberté imposées au mis en examen se sont aussi diversifiées (contrôle judiciaire, détention provisoire en prison ou sous la forme de la surveillance électronique). La tentative de la loi du 15 juin 2000 de limiter la détention provisoire en matière d'atteinte aux biens a été largement remise en cause par la loi du 5 mars 2002.

Procédure écrite, entourée de garanties au bénéfice des personnes mises en examen, la procédure d'instruction atteint une très réelle complexité. Ce qui amène un contrôle de plus en plus fréquent de sa conformité par la chambre de l'instruction et a conduit le législateur à organiser les actions en annulation des actes d'instruction sous des conditions de délai de plus en plus strictes pour les parties.

La notion de délai raisonnable, importante dans la jurisprudence de la C.E.D.H., a conduit aussi le législateur français à organiser plus strictement le déroulement de l'instruction dans le temps, tout comme bien sûr la durée de la détention provisoire.

III - La décision et son exécution

L'organisation des juridictions de jugement varie d'un système légal à l'autre même si les choix à faire sont toujours les mêmes entre magistrats professionnels ou non, collégialité et juge unique, juridictions à compétence générale ou spécialisées, recours à des juridictions d'exception ou défiance à leur égard, choix du plaider coupable et des formes des voies de recours.

Sur tous ces plans, le droit français connaît une réelle diversité. Le tribunal correctionnel statue à juge unique ou en collégialité selon les infractions. Le tribunal des enfants réunit magistrats professionnels et des citoyens désignés, tandis qu'à la cour d'assises les jurés sont des citoyens tirés au sort qui

entourent les magistrats professionnels. L'appel des jugements correctionnels est porté devant une juridiction supérieure, alors qu'aux assises on a recours à l'appel « tournant », c'est-à-dire porté devant une autre cour d'assises, autrement composée. Des juridictions d'exception (politiques, militaires) ou spécialisées (tribunal pour enfants, cour d'assises en matière de terrorisme ou de trafic international de stupéfiants) s'ajoutent à un schéma organisationnel de plus en plus fourni.

L'oralité de la procédure de jugement est à la fois une conséquence du principe de publicité de ces audiences et une nécessité en raison de la composition des juridictions. Le débat sur les charges est en effet mené devant des juridictions collégiales dont un seul membre a pris connaissance du dossier écrit d'information ou d'enquête. L'instruction définitive ou « instruction d'audience » présente quelques caractéristiques communes aux différentes juridictions.

En France, la procédure, au contraire de celle des pays anglo-saxons notamment, ne sépare pas la discussion sur la culpabilité de celle sur la personnalité et sur la peine. C'est là une caractéristique importante qui rend plus complexe encore la construction par le juge de son intime conviction, critère légal de la décision en matière pénale. La procédure d'audience évolue pourtant dans sa forme et devient pourrait-on dire plus interactive, puisque désormais, comme dans les pays anglo-saxons, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement leurs questions aux témoins et aux parties à la barre.

Après l'instruction d'audience, les observations de la partie civile, les réquisitions du ministère public et la plaidoirie de la défense, la juridiction pénale doit rendre une décision. En cour d'assises, en France, les réponses par oui ou par non aux questions posées à la cour seront la seule motivation de cette décision.

La décision rendue par un tribunal ou une cour d'assises peut être frappée d'appel et l'affaire est alors réexaminée sur le plan des faits et du droit. Les parties peuvent encore former un pourvoi en cassation contre la décision d'appel. Comme dans les autres domaines du droit, la cour de cassation a pour rôle d'apprécier la conformité des décisions avec la loi, et non le fond des affaires. Le pourvoi en révision a quant à lui pour but de permettre à la justice de revenir sur une erreur judiciaire, et le pourvoi en faveur des droits de l'homme donne la possibilité de réviser une condamnation pénale lorsqu'elle a été rendue en violation de la C.E.D.H.

La procédure pénale étend désormais de plus en plus son champ d'intervention en aval de la décision pénale, à la phase d'exécution de la sanction. L'application des peines est devenue depuis la loi du 15 juin 2000 une activité juridictionnelle relevant de plusieurs juridictions auxquelles s'appliquent diverses procédures communes ou d'urgence. La défense sera nécessairement amenée à investir davantage cette phase du procès, comme elle le fait aussi en matière de procédure disciplinaire en milieu pénitentiaire.

La procédure pénale est un enjeu important du droit. Enjeu législatif, lorsque s'affrontent des conceptions opposées pour traduire en règles précises ses principes fondamentaux. Enjeu de défense aussi, lorsque de son respect dépend la qualité de la justice et les libertés individuelles.

[Jean DANET](#)

Thèmes associés

[PROCÉDURE PÉNALE](#)

Bibliographie

L. Cadiet, Découvrir la justice, Dalloz, Paris, 1997

Commission justice pénale et droits de l'homme, La Mise en état des affaires pénales, La Documentation française, Paris, 1991

J. Danet, Défendre. Pour une défense pénale critique, Dalloz, 2001

M. Delmas-Marty dir., Procédures pénales d'Europe, P.U.F., Paris, 1995

S. Guinchard & J. Buisson, Procédure pénale, Litec, Paris, 2e éd. 2002

S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy et al., Droit processuel, droit commun du procès, Dalloz, 4e éd. 2008

R. Merle & A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2 : Procédure pénale, Cujas, Paris, 5e éd., 2001

J. Pradel, Manuel de procédure pénale, ibid., 13e éd. augm., 2006

M. L. Rassat, Traité de procédure pénale, P.U.F., 2001

D. Salas, Du procès pénal, ibid., 1992

G. Stefani, G. Levasseur & B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 21e éd., 2008.

Est prescrite toute voie de droit qui ne peut plus s'exercer parce qu'un certain délai s'est écoulé entre le moment où elle a commencé de pouvoir être intentée et le moment présent. La prescription est une institution qui revêt un caractère d'ordre public, et c'est dans l'ordre public qu'il convient de rechercher son fondement. Lorsque les faits se sont déroulés il y a longtemps, il est peut-être inutile de les faire resurgir des cendres de l'oubli sous prétexte qu'il est impératif que justice soit faite. Une poursuite exercée cinquante ans après les faits délictueux risquerait même de provoquer un émoi considérable dans le public : le trouble qui en résulterait serait alors certainement plus grand que le trouble résultant de la carence de l'autorité à appréhender le coupable. Cet émoi serait d'ailleurs d'autant plus justifié que les risques d'erreur judiciaire seraient plus grands à vingt, à trente ou à cinquante ans d'écart entre l'action et la poursuite. Et, de toute façon, justice n'a-t-elle pas été faite lorsque, dans l'attente que sa peine ait été prescrite, le condamné par contumace a erré, privé de tous droits, toujours en fuite, peut-être accablé par le remords et vivant dans l'angoisse de se faire prendre ? Reconnaissons cependant que la prescription sert les plus habiles, donc les plus dangereux, et que, de toute façon, en droit pur, elle va contre le principe de l'autorité absolue de la chose jugée.

Le droit pénal connaît trois sortes de prescriptions : celle de l'action publique, celle de l'action civile et celle de la peine. Dire que l'action publique est prescrite, ou éteinte, c'est dire que le ministère public ne peut plus poursuivre un individu pour des faits passés. La prescription joue pour toutes les infractions ; elle est de dix ans pour les crimes, de trois ans pour les délits et d'un an pour les contraventions. Deux remarques s'imposent cependant : pour certains actes, la prescription est plus courte (ainsi pour le délit de diffamation où elle n'est que de trois mois) ; pour d'autres actes, la prescription ne s'applique jamais : il s'agit des crimes contre l'humanité, de la désertion à l'ennemi (l'une des formes de la désertion) et de l'insoumission en temps de guerre. Le délai de prescription court du lendemain du jour où l'infraction a

été commise ou bien où le dernier acte a été perpétré. Cependant, tout acte régulier de poursuite ou d'instruction (interrogatoire, enquête, plainte, réquisitoire à fin d'informer, etc.) anéantit le délai non seulement pour l'infraction dont il est question, mais pour tous les co-inculpés, cela quand bien même l'acte interruptif n'aurait-il été dirigé que contre l'un d'eux seulement. Le délai peut être suspendu exceptionnellement lorsque les autorités sont dans l'impossibilité de droit ou de fait de poursuivre le délinquant. Un cas remarquable de suspension de la prescription s'est présenté lors de l'invasion due à la Seconde Guerre mondiale : dans ce cas, le délai n'est pas anéanti ; il survit à la suspension, mais s'en trouve simplement rallongé d'autant.

La prescription de l'action civile (c'est-à-dire de l'action que forment les victimes devant les juridictions répressives en vue de l'obtention de restitutions, de prestations, de dommages-intérêts et de frais divers de la part de l'auteur du dommage) suit en principe les règles de l'action publique. Cependant, il existe un certain nombre d'exceptions, et notamment l'action civile survit à l'action publique quand l'action civile trouve son fondement à la fois dans une infraction et dans une règle de droit civil, quand il y a décès du délinquant, quand il y a amnistie et même parfois après que le jugement a été prononcé. En sens contraire, l'action publique survit à l'action civile en cas de transaction, de désistement et d'acquiescement. Dans certains cas, enfin, ce n'est plus l'action civile qui suit l'action publique, mais l'action publique qui suit bel et bien l'action civile. Ainsi, dans les délits d'adultère, de diffamation, d'atteinte à la vie privée, l'action publique ne peut s'engager que sur le fondement d'une plainte de la victime. Lorsque cette plainte est retirée, l'action publique s'éteint.

Dire que la peine se prescrit revient à dire qu'au bout d'un certain temps l'individu n'est plus tenu à la subir. Ce temps est de vingt ans en matière criminelle, de cinq ans en matière correctionnelle et de deux ans en matière de police. Le point de départ est le jour du jugement ou de l'évasion. Le délai peut cependant être interrompu par tout acte d'exécution de la peine (une saisie, par exemple, en cas de peine d'amende), et il faut alors recommencer le compte à zéro ; il peut n'être suspendu que par un obstacle de droit ou de fait. Au bout du temps prescrit, la peine est censée avoir été exécutée. Cependant, la condamnation principale subsiste au casier judiciaire avec ses conséquences ; elle compte pour la récidive et empêche tout octroi de sursis.

[Joël P. GREGOGNA](#) Thèmes associés

PROCÉDURE PÉNALE

« Atrocités ou délits commis sur des personnes et des biens en violation des lois et usages de la guerre, y compris l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation, pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifie pas la nécessité militaire. » Telle est la définition donnée par le statut du tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ; cette définition fut appliquée aux procès de Nuremberg et de Tōkyō  dès la capitulation des pays de l'Axe.



Tojo Hideki

Lors du procès de Tokyo, qui s'ouvre en mai 1946, l'ancien Premier ministre et ministre de la Défense japonais, le général Tojo, est jugé par un tribunal international. Il sera condamné à mort et exécuté en décembre 1948.



Le Tribunal international de Tokyo

Le Tribunal international de Tokyo fut mis en place de 1946 à 1948, sur le modèle du tribunal de Nuremberg, en Allemagne, pour juger les responsables japonais de crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

Par extension, on a parfois appliqué le terme à des actes commis en temps de guerre et qu'un des belligérants considère comme criminels : trahison, espionnage. Ainsi, dans le mémorandum du 27 mai 1949 rédigé à l'intention de la Commission du droit international, le secrétaire général des Nations unies rappelle que, parmi les crimes dits crimes de guerre, « la trahison, notamment celle que l'on qualifie d'espionnage, constitue l'exemple le plus ancien des crimes de guerre » ; soulignant l'évolution des conceptions depuis la doctrine qui prévalait au xviii^e siècle en la matière, il précise : « Aujourd'hui, on entend surtout par crimes de guerre les infractions aux dispositions [...] des conventions de La Haye (1899 et 1907) et de Genève (1949) et d'autres traités généraux. »

Dans les textes à valeur temporaire consécutifs à la guerre de 1939 et pris par le gouvernement français par l'ordonnance du 22 août 1944, sont retenus comme crimes de guerre :

le recrutement illégal de la force armée (enrôlement par l'ennemi) ; – la constitution d'organisations ou d'organismes de terrorisme systématique ; –

l'empoisonnement par l'exposition en chambre à gaz, l'addition de – produit hautement nocif aux eaux ou denrées consommables, l'aspersion de substances nocives ;

la séquestration avec travail obligatoire des civils, la déportation sans condamnation régulière ; – la séquestration et l'emploi à des œuvres de guerre de prisonniers de guerre ou de civils ; –

le pillage tel qu'il est défini par le Code de justice militaire – (amendes collectives, réquisitions abusives ou illégales, confiscations).

Ces crimes entraînent la responsabilité individuelle de ceux qui les commettent. Le nouveau règlement de discipline générale de l'armée française prévoit que, si un chef a le devoir d'exiger l'obéissance de ses subordonnés, il ne peut leur ordonner d'accomplir des actes dont l'exécution engagerait leur responsabilité pénale, notamment les actes contraires aux lois et coutumes de la guerre.

La définition admise lors du procès de Nuremberg a été reprise par la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 26 novembre 1968, en réaction contre l'intention manifestée par la République fédérale d'Allemagne d'édicter une prescription de ces crimes.

Quant à l'application des peines encourues par les personnes reconnues responsables de crimes de guerre, elle s'est révélée immédiatement possible en 1945 dans la mesure où les pays membres de la coalition constituée sous le nom des Nations unies s'étaient emparés de la personne des vaincus qu'ils voulaient présenter à la justice. Il en est autrement lorsque, au titre de la souveraineté des États, s'applique la règle de la compétence nationale, territoriale ou personnelle. Si, en principe, c'est l'État sur

le territoire duquel l'infraction a été commise qui exerce la compétence répressive, cette dernière n'est possible que si le criminel est appréhendé ou, à défaut, extradé. Or l'État dans lequel l'individu s'est réfugié ou tout simplement se trouve peut refuser tant de le poursuivre que de l'extrader : cas de Klaus Barbie qui, vivant en Bolivie en 1974, lorsque la France demanda son extradition, ne fut livré qu'en 1983 ; cas d'Eichmann, réfugié en Argentine, que les Israéliens enlevèrent pour le ramener et le juger en Israël ; cas, enfin, pour des faits qui se sont produits au Vietnam, du lieutenant Caley jugé aux États-Unis par un tribunal militaire du pays même qui intervenait. Ainsi, à la faveur des circonstances, il s'est créé en 1945 une règle de droit nouvelle qui peut être considérée comme une forme de droit pénal international ; mais une telle jurisprudence ne peut ni conserver sa force ni se développer dans la mesure où la communauté internationale ne connaît pas une unité suffisante pour lui permettre de l'appliquer.

En France, l'article 212-2 du nouveau Code pénal assimile à des crimes contre l'humanité (imprescriptibles) divers actes commis en temps de guerre « en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité ». Cette qualité de combattant attachée aux victimes de tels crimes a été ajoutée à l'initiative du Parlement, qui entendait ainsi régler par la loi une question soulevée lors de l'affaire Barbie et qu'avait résolue dans le même sens la Cour de cassation (arrêt du 20 décembre 1985).

La loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, modifiée sur ce point par celle du 16 décembre 1992, punit de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui se sont livrés, de façon publique, à l'apologie des crimes de guerre.

[Jean DELMAS](#) Thèmes associés

CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Prise de vue

Le 24 mars 1999, la Chambre des lords britannique confirmait partiellement la décision qu'elle avait rendue le 28 octobre 1998 de refuser à Augusto Pinochet, ancien dictateur du Chili, poursuivi par un juge espagnol pour torture et assassinats constituant des crimes contre l'humanité, le bénéfice de l'immunité en sa qualité d'ancien chef d'État. Le 27 mai 1999, Le procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.) inculpait Slobodan Milošević, chef d'État en exercice de la Yougoslavie, de crimes contre l'humanité constitués par des déportations forcées d'environ 740 000 civils albanais du Kosovo et du meurtre de centaines d'autres. Il a été accusé, en sa qualité de commandant suprême de l'armée yougoslave et président du Conseil suprême de défense, d'avoir planifié, provoqué, ordonné, mené ou appuyé une campagne de terreur et de violence dirigée contre ces populations civiles.

Ces deux cas, comme tous ceux qui sont poursuivis devant les juridictions pénales internes ou internationales, sont le résultat d'enquêtes pénales minutieuses. Il en va autrement de certaines accusations de crime contre l'humanité lancées par des militants et relayées par des médias de façon inconsidérée pour exprimer l'indignation qu'ils éprouvent face au caractère odieux de certains actes, ou bien encore par des combattants soucieux de discréditer l'ennemi. La notion de crime contre l'humanité répond à des critères établis en droit international. Il convient de les rappeler.

La première définition apparaît dans l'accord de Londres du 8 août 1945 portant statut du Tribunal militaire international (T.M.I.) de Nuremberg. Elle a été interprétée par celui-ci comme un « accessoire

» des crimes contre la paix ou des crimes de guerre. En effet, l'article 6 de ce texte affirme : « ...Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle : a) Les crimes contre la paix [...]. b) Les crimes de guerre [...]. c) Les crimes contre l'humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre ; ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été interprétés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. »

Des dispositions identiques figurent dans le statut du Tribunal de Tōkyō du 19 janvier 1946 ainsi que dans la loi numéro 10 du Conseil de contrôle pour l'Allemagne qui a servi de base à la répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands.

En dépit d'une jurisprudence interne et internationale étoffée, la notion de crimes contre l'humanité est fréquemment confondue avec celle de génocide ou avec celle de crimes de guerre. Il est vrai aussi qu'une source de confusion particulière réside dans le fait qu'une partie de la doctrine – et le droit positif interne de certains États, dont la France – fait entrer la notion de génocide dans la catégorie des crimes contre l'humanité, alors que le droit international conserve les deux notions distinctes. Le crime de génocide y est codifié par la convention du 9 décembre 1948 relative à sa prévention et à sa répression en vue, précisément, de le distinguer des « crimes contre l'humanité ». Cette définition du génocide a été reprise en 1993 dans les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et l'année suivante dans celui du

Tribunal pénal international pour le Rwanda (T.P.I.R.), ou encore dans le statut de la Cour pénale internationale (C.P.I.), en 1998. Quant aux crimes de guerre, ils consistent en des violations des lois et coutumes de la guerre codifiées dans les conventions de La Haye (1899 et 1907) et de Genève (1864-1949). Or, précisément, les travaux préparatoires de l'accord de Londres ont bien révélé que ses rédacteurs ne souhaitaient pas en rester à cette catégorie d'infractions et voulaient, en introduisant la nouvelle qualification de crime contre l'humanité, élargir les poursuites pour des actes extrêmement graves qui échappaient à la définition de crimes de guerre, en particulier les actes commis par les nazis contre des Allemands ou des ressortissants de pays alliés de l'Allemagne, et, de surcroît, pas nécessairement au cours du conflit armé. Enfin, la notion a permis, depuis lors, de pallier les carences majeures des quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire qui ne prévoient la répression que des infractions commises au cours d'une guerre internationale.

L'internationalisation de ces crimes est aujourd'hui consacrée et leur dimension transfrontière n'est plus mise en doute. Dans son jugement du 20 novembre 1996 (contre Drazen Erdemović), le T.P.I.Y. souligne qu'ils « ne touchent pas les intérêts d'un seul État mais heurtent la conscience universelle [...]. Ils ne sont pas des crimes d'un caractère purement interne. Ce sont réellement des crimes de caractère universel ».

Un faisceau d'indices cumulatifs permet d'affiner la qualification de ces crimes de plus en plus évoqués par les médias et analysés par les juristes. Il s'en dégage trois éléments constitutifs dont la portée varie suivant les périodes ou les circonstances : l'inhumanité, l'intention discriminatoire et le lien de connexité.

I - L'inhumanité

La notion d'inhumanité est souvent associée à celle, tout aussi subjective, de gravité, d'acte inhumain, commis à une grande échelle par des individus – qu'ils soient ou non des agents de l'État –, contre d'autres individus dans un but essentiellement politique, idéologique, racial, national, ethnique ou religieux.

Il est des actes qui provoquent une indignation unanime. C'est « une chose innommable, inavouable et terrifiante, une chose dont on détourne sa pensée et que nulle parole humaine n'ose décrire... » écrit Vladimir Jankélévitch à propos de « l'imprescriptible » du crime commis par les nazis, notamment à Auschwitz. Mireille Delmas-Marty situe précisément le crime contre l'humanité là où la singularité de chaque individu et son égale appartenance à l'humanité seraient déniées. C'est la considération du fait que les victimes des nazis furent méprisées, humiliées, traitées comme des sous-hommes qui fit de l'inhumanité un élément constitutif des crimes contre l'humanité dans la jurisprudence des tribunaux internationaux ou nationaux qui ont eu à les juger.

Les expressions employées, de nos jours, par la chambre d'appel du T.P.I.Y. sont, à cet égard, assez significatives. Elle retient, parmi les actes constitutifs de crimes contre l'humanité, le fait de soumettre des individus « à des conditions inhumaines » ou à « des actes inhumains ». « Ces actes sont [...] des crimes de lèse-humanité et [...] les normes les interdisant sont d'un caractère universel et ne sont pas limitées géographiquement. »

Facteur éminemment qualitatif, la gravité des actes se combine, dans l'appréciation de l'humanité, avec une composante quantitative, dans la mesure où le juge ne peut ignorer l'échelle à laquelle ces crimes ont été accomplis.

Pour Jankélévitch, « ... ce crime-là est incommensurable à quoi que ce soit d'autre ».

Ampleur du nombre des victimes, immensité de l'entreprise criminelle, envergure des moyens déployés pour la commettre, le crime contre l'humanité se distingue donc aussi par son étendue, par son caractère massif. Un acte ne constitue un crime contre l'humanité qu'à condition d'être inscrit dans une action à grande échelle. Il doit lui-même être générateur d'un nombre élevé de victimes. Dans cette hypothèse, un acte provoquant une victime unique ne pourrait pas entrer dans la catégorie des crimes contre l'humanité.

Le droit international positif a avancé plusieurs critères pour distinguer le crime contre l'humanité des actes fortuits ou isolés. La personne poursuivie doit avoir participé à « une attaque généralisée et systématique contre un groupe relativement nombreux » dit le Tribunal pénal international pour le Rwanda . Les actes inhumains doivent être dirigés contre une multiplicité de victimes, que ce soit, par exemple, par l'effet cumulé d'une série d'actes singuliers ou par l'effet d'un seul acte criminel d'une ampleur meurtrière extraordinaire.



Condamnation par le T.P.R.I. de Jean Kambanda en 1998

Pour son rôle dans le génocide de 1994, l'ex-Premier ministre du Rwanda, Jean Kambanda, est condamné le 4 septembre 1998 à la prison à vie par le Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui siège à Arusha en Tanzanie, avec lequel il collabora en plaidant

coupable.

Après la Seconde Guerre mondiale, les tribunaux américains ont généralement exigé un caractère massif, tandis que les juridictions de la zone d'occupation britannique, au contraire, ont estimé que ce qui comptait c'était le lien entre l'acte et le régime cruel et barbare, c'est-à-dire le régime nazi. Selon cette conception, le crime contre l'humanité commencerait avec le meurtre de la première victime, prise parmi toutes celles que leur appartenance ethnique, raciale et religieuse désigne à la vindicte des criminels. Exiger un nombre minimal de victimes heurte la conscience ! Et comment évaluer la massivité des violations ? Le T.P.I.Y. a confirmé la thèse opposée selon laquelle un acte unique ne peut constituer un crime contre l'humanité : « Les crimes contre l'humanité doivent être distingués des crimes de guerre contre des personnes. Ils doivent, notamment, être généralisés ou présenter un caractère systématique. »

II - L'intention discriminatoire

L'intention peut être prise en considération de deux façons différentes. Tantôt, en se plaçant du côté de l'auteur de l'acte, on recherche son mobile. Tantôt on se place du côté des destinataires de l'infraction et l'on recherche l'appartenance des victimes à un groupe visé en tant que tel.

L'intention de l'auteur

Du côté de l'auteur, l'application d'une doctrine d'exclusion systématique d'un groupe, par exemple l'antisémitisme, situe le crime imprescriptible dans sa filiation idéologique. L'extermination des Juifs ne fut pas une flambée de violences, elle a été doctrinalement préconisée, techniquement préparée, systématiquement perpétrée.

Deux aspects de ce mobile permettent d'affiner le concept et de dégager la spécificité du crime contre l'humanité par rapport à d'autres infractions voisines.

D'une part, le crime contre l'humanité relève d'une politique planifiée. On sait que le jugement de Nuremberg fut à cet égard en retrait par rapport à l'acte d'accusation. Ce dernier visait, comme premier chef d'accusation, le plan concerté ou le complot qui avait pour objet de « commettre des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ». Mais le tribunal de Nuremberg a donné une interprétation restrictive de l'acte d'accusation et a rejeté la théorie du complot sur ce point. En revanche, la jurisprudence postérieure a confirmé l'exigence d'une composante programmatique. Le crime exprime un dessein, il traduit un calcul, il révèle une préméditation politique, idéologique ou dogmatique.

D'autre part, cette politique doit être celle d'un gouvernement. Cette participation des plus hautes instances de l'État à l'orchestration des exactions demeure encore largement pertinente dans la jurisprudence du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. Ainsi, à propos des faits commis par les Serbes en Bosnie, le T.P.I.Y. souligne bien que « leur commission se répète selon un schéma identique [...] ils sont planifiés et préparés à un niveau étatique. Ils paraissent avoir une fonction commune, qui est de permettre la

constitution de territoires „ethniquement purs— et de créer par là un nouvel État ». Mais, en même temps, la jurisprudence donne de cette condition une interprétation souple qui dépasse l'exigence d'une intervention purement étatique directe. Ainsi, dans l'affaire Tadic, la Cour a retenu l'argument de l'accusation qui avait souligné que « les crimes contre l'humanité peuvent être commis pour le compte d'entités exerçant un contrôle de facto sur un territoire particulier mais sans la reconnaissance internationale ou le statut juridique officiel d'un État de jure, ou par un groupe ou une organisation terroriste ».

La nécessité d'un rattachement du crime à une politique planifiée implique donc de déterminer d'abord l'existence de celle-ci. Or la pratique a montré que, confronté à cette nécessité, le juge est parfois conduit à effectuer quelques contorsions, notamment lorsqu'il est amené à devoir apprécier la nature criminelle d'une politique qui fut appliquée dans l'État dont il est lui-même ressortissant. On sait comment, dans l'affaire Touvier, la première chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris – dans une décision de non-lieu vivement critiquée, rendue en deux cents pages le 13 avril 1992 – ne lui avait pas appliqué la définition des crimes contre l'humanité pour les actes commis au nom du gouvernement de Vichy qui, selon elle, n'était pas un État pratiquant une « politique d'hégémonie idéologique ». La Cour de cassation, quant à elle, a préféré considérer que les actes de Touvier ont été exécutés « à l'instigation d'un responsable d'une organisation criminelle nazie [...] [qui] s'intégrait au plan concerté d'extermination et de persécution systématiques mis en œuvre par le gouvernement national-socialiste ». A fortiori, la condition d'inclusion des actes répréhensibles dans le cadre d'une politique concertée est remplie lorsque la personne poursuivie a elle-même participé à son élaboration.

La qualité des victimes

La qualité de la victime occuperait, selon une seconde tendance, la place centrale dans l'élément psychologique ou moral du crime contre l'humanité. Une partie importante de la doctrine de l'immédiat après-guerre, sans doute encore influencée par l'indignation provoquée par les crimes des nazis, considérait que l'incrimination de crime contre l'humanité n'a pas pour objet de protéger l'individu en tant que tel, mais comme membre d'une certaine communauté, d'un groupe racial, national, ethnique ou politique. Il y a à cette thèse une justification historique liée au fait que la majeure partie des victimes des crimes contre l'humanité commis par les nazis les ont subis en raison de leur seule appartenance à un groupe : les Juifs, les Slaves ou les Tziganes. Les victimes doivent donc appartenir à une communauté déterminée, et c'est sur la base de cette appartenance qu'est pratiquée une politique d'extermination ou de persécution systématique.

Mais cette affirmation peut revêtir deux significations différentes. Soit la communauté visée existe en tant que telle dans une société donnée comme entité repérable en fonction des critères de discrimination énumérés dans les statuts des tribunaux pénaux. Soit elle existe en tant que bouc émissaire dans la pensée des auteurs d'infractions, qui l'érigent en communauté cible. Dans le premier cas, elle doit être identifiable en fonction de critères précis : appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse. Encore conviendrait-il de déterminer si ces appartenances sont repérables de manière objective. Or divers travaux relatifs, par exemple, à la notion de races humaines ont montré combien il était hasardeux de vouloir définir ce concept, et l'U.N.E.S.C.O. est arrivée à la conclusion que l'expression même devait être évitée. Dans le second cas, les spécificités réelles ou prétendues telles sont perverties par les criminels dans le dessein de disqualifier les membres du groupe et de trouver un fondement aux violences qu'ils exercent à leur encontre. L'identification du groupe est alors

téléologique. Elle n'est donc pas une donnée neutre, extérieure, indépendante des barbaries perpétrées ; les actes criminels doivent avoir pour objet une population civile spécifiquement identifiée comme un groupe par les auteurs de ces actes. L'appartenance des victimes au groupe n'a donc pas à être établie, il suffit que les auteurs de l'infraction les aient visées parce qu'ils les considéraient comme membres du groupe.

Une dernière question se pose à propos des victimes. La classification dans la catégorie des crimes contre l'humanité exige que les victimes soient membres d'un groupe appartenant à la « population civile », précision généralement employée pour distinguer ce régime juridique de celui qui est applicable aux combattants ressortissant au droit de la guerre.

Mais, quelles que soient les références historiques, jurisprudentielles ou normatives, ce n'est pas parce que les criminels cherchent à atteindre leurs victimes à raison de leur appartenance réelle ou supposée à un groupe que le juge doit toujours adopter cette qualification, fût-ce pour en réprimer les effets. Accepter une distinction entre les victimes, c'est aussi faire le jeu de l'auteur du crime dans la distinction arbitraire qu'il a établie. Affirmer que tous les crimes contre l'humanité doivent viser des civils identifiés par leur race, leur religion ou leurs convictions politiques conduit à gommer une distinction bien établie par les différents statuts entre deux catégories de crimes : d'une part, l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles et, d'autre part, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux.

III - Le lien de connexité ou d'incorporation

Le crime contre l'humanité n'a pas été initialement conçu comme un crime autonome qui aurait pu se commettre dans n'importe quelle situation. C'est sa combinaison avec une autre infraction qui déclenche l'application des définitions établies par les statuts des tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tōkyō et précisée par leur jurisprudence. Mais cette restriction, fortement liée aux circonstances de l'époque, n'était pas entièrement transposable aux statuts du T.P.I.Y., du T.P.I.R. et de la C.P.I.

Il convient en effet de distinguer, d'une part, la qualification des crimes contre l'humanité et, d'autre part, la compétence des juridictions pénales à leur égard. En effet, une lecture superficielle de l'article 6c du statut du Tribunal militaire international (T.M.I.), laisserait croire à une contradiction entre la disposition qui vise des actes « commis [...] avant ou pendant la guerre » et celle qui ne soumet ces actes à la juridiction du T.M.I. que lorsqu'ils ont été commis « à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ces crimes ». Or ces derniers – crimes contre la paix et crimes de guerre – sont intimement liés au conflit lui-même.

La raison de cette exigence réside dans le fait que les auteurs du statut ne trouvaient pas, dans le droit international de l'époque, de fondement à une compétence du T.M.I. pour connaître de crimes perpétrés par l'État allemand contre ses propres ressortissants. Le respect des droits de l'homme était encore de la seule compétence interne et prétendre le contraire eût été perçu comme une ingérence illicite. Il convenait donc de rattacher ces crimes à un élément qui les rendait justiciables du point de vue du droit international. Cet élément était soit la guerre d'agression, soit le crime de guerre. Ainsi est né cette exigence d'un rapport de connexité. Le T.M.I. s'en est expliqué en donnant de son propre statut une interprétation restrictive. En effet, tout en reconnaissant que les crimes commis, notamment contre les

Juifs à partir de 1933, répondaient aux critères d'identification des crimes contre l'humanité, il a considéré que, jusqu'à la déclaration de guerre, il manquait un élément de rattachement pour constituer – au sens du statut – de tels crimes : « En ce qui concerne les crimes contre l'humanité, il est hors de doute que, dès avant la guerre, les adversaires politiques du nazisme furent l'objet d'internements ou d'assassinats dans les camps de concentration ; le régime de ces camps était odieux. La terreur y régnait souvent, elle était organisée et systématique. Une politique de vexations, de répression, de meurtres à l'égard des civils présumés hostiles au gouvernement fut poursuivie sans scrupules – la persécution des Juifs sévissait déjà. Mais, pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes de cette nature, perpétrés avant la guerre, soient l'exécution d'un complot ou plan concerté, en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression. Il faut, tout au moins, qu'ils soient en rapport avec celui-ci. Or le Tribunal estime que la preuve de cette relation n'a pas été faite – si révoltants et atroces que fussent parfois les actes dont il s'agit. Il ne peut donc déclarer d'une manière générale que ces faits, imputés au nazisme, et antérieurs au 1er septembre 1939, constituent, au sens du statut, des crimes contre l'humanité ».

La portée de cette distinction entre crimes perpétrés en temps de paix par l'État contre ses propres ressortissants et crimes commis en liaison avec un conflit international est aujourd'hui réduite, la jurisprudence considérant de plus en plus que ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible pour les affaires intérieures d'un État. Cette limitation du statut du T.M.I. fait aujourd'hui figure d'exception dans la mesure où la doctrine, le droit interne et divers textes de droit international ont délaissé ce critère. Dans son rapport établi en vertu de la résolution 808 du Conseil de sécurité, le secrétaire général des Nations unies affirme que ces crimes « ... sont interdits, qu'ils aient ou non été commis au cours d'un conflit armé international ou de caractère interne ». La doctrine donne également une définition largement autonome du crime contre l'humanité désormais dissociée de toute condition de commission en temps de guerre. Le droit positif interne procède à cette renonciation, notamment le nouveau Code pénal français aux articles 212-1 et 212-2. C'est un immense progrès par rapport au statut de Nuremberg. Dans sa jurisprudence, le T.P.I.Y. a lui aussi constaté que « le droit international coutumier n'exige plus de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé ».

IV - Les crimes contre l'humanité selon le statut de la C.P.I.

On peut s'interroger sur la nécessité de détailler la liste de ces actes. Elle s'est élargie au fil des ans et des juridictions. L'article 7 du statut de la C.P.I. constitue la liste la plus longue, apparemment complète et achevée. Elle n'était cependant pas de nature à satisfaire les négociateurs de Rome. Ils ont cru devoir, d'abord dans le statut de la C.P.I., ensuite au cours des travaux préparatoires relatifs à sa mise en place, en détailler davantage encore le contenu et préciser le sens de la plupart des éléments répertoriés. Par souci de rigueur, certainement, mais sans doute aussi pour se prémunir contre toute latitude que s'octroierait le futur juge dans l'appréciation de ces éléments. La marge d'interprétation dont bénéficie le juge peut, en effet, être limitée par une définition très précise des éléments constitutifs du crime contre l'humanité.

En suivant la nomenclature établie par le statut de la C.P.I. aux deux paragraphes de son article 7, on entend par crime contre l'humanité l'un des actes ci-après commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque.

Le meurtre

Un document remis par les États-Unis lors de la première session de la commission préparatoire de la C.P.I., en février 1999, précisait les conditions dans lesquelles le meurtre constitue un crime contre l'humanité. Le meurtre est pris en considération aux conditions cumulatives suivantes : si l'accusé qui l'a commis avait l'intention de tuer une ou plusieurs personnes ou d'en causer la mort ; s'il a tué une ou plusieurs personnes ou en a causé la mort ; si le meurtre était sans justification ni excuse légitime et que l'accusé le sût ; enfin si le meurtre faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile et que l'accusé le sût. Le fait que l'accusé ait connaissance d'un événement particulier, en l'occurrence l'existence d'une attaque généralisée ou systématique, peut être déduit, comme tous les autres éléments de fait, des circonstances et d'autres éléments présentés à la Cour.

L'extermination

Aux termes de l'article 7 paragraphe 2 du statut de la C.P.I., par extermination, « on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ». Sa prise en compte exige les mêmes conditions que pour le meurtre ; notamment, l'extermination doit être sans justification ni excuse, ce qui implique, par exemple, qu'un siège ou un embargo n'entraînerait pas la culpabilité de ce chef. Le fait de tuer, dans ce cas, ne résulte pas nécessairement d'un acte de violence direct. L'extermination se distingue du génocide en ce que ce n'est pas en raison de sa nationalité, de sa race, de son appartenance à une ethnie ou de sa religion que la population visée en fait l'objet. Elle se distingue du meurtre en ce qu'elle comporte l'intention de tuer, et le fait de tuer, une population ou une partie importante d'une population, par opposition à une seule personne.

La réduction en esclavage

La définition conventionnelle établie dans l'entre-deux-guerres est reprise à l'article 7 paragraphe 2. Par réduction en esclavage, « on entend le fait d'exercer sur une personne l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants à des fins d'exploitation sexuelle ». Les éléments constitutifs de l'infraction supposent que l'accusé avait l'intention d'exercer les pouvoirs liés au droit de propriété sur une ou plusieurs personnes, qu'il a acheté ou vendu une ou plusieurs personnes ou les a privées de leur liberté et forcées à travailler sans aucune rémunération ; que la privation de liberté et le travail forcé étaient sans justification ni excuse légitime, et que l'accusé le savait. L'achat, la vente ou la privation de liberté et le travail forcé faisaient partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, et l'accusé le savait. Comme l'observent les États-Unis, il convient de préciser que le travail forcé, résultant d'une sentence judiciaire légale, n'entraînerait pas la culpabilité du chef de ce crime. Il va de soi que les termes « acheté » ou « vendu » ne visent pas seulement l'établissement d'un droit de propriété au sens strict mais aussi des transactions équivalentes.

La déportation ou transfert forcé de population

Il s'agit du « fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ». Cette dernière disposition signifie que seraient donc exclues les poursuites dans le cas de déplacements justifiés tels que ceux qui sont visés à l'article 49 de la quatrième convention de Genève de 1949 sur la protection des civils :

les évacuations en cas d'urgence ou de catastrophe menaçant la vie ou le bien-être d'une population.

L'emprisonnement

L'article 7 ajoute toute « autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ». Cette dernière disposition implique, selon le document américain de février 1999, que, par exemple, les détentions auxquelles il est procédé pour prévenir la propagation de maladies infectieuses ou pour d'autres raisons sanitaires ou de sécurité n'entraîneraient pas la culpabilité de ce chef.

La torture

Par torture, les rédacteurs de l'article 7 paragraphe 2 entendent « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ». Comme pour tous les autres crimes contre l'humanité, les actes en question doivent faire partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, et l'accusé doit le savoir.

Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée

L'article 7 ajoute « et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ». Les États-Unis ont cru nécessaire de préciser les éléments constitutifs du viol et notamment qu'il s'entend de « la pénétration de toute partie du corps d'une autre personne par l'organe sexuel de l'accusé ou de la pénétration de l'orifice anal ou génital d'une autre personne par un objet quelconque ou une partie quelconque du corps de l'accusé ». L'acte en question doit avoir été commis par la force. Quant à l'expression « grossesse forcée », le statut de la C.P.I. précise qu'elle vise la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à l'interruption de grossesse.

Disparitions forcées

L'expression désigne les situations dans lesquelles « des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée ».

Apartheid

L'inclusion de l'apartheid dans la liste des crimes contre l'humanité est d'autant plus curieuse qu'il désigne une pratique en principe abolie dans le pays concerné. Or, la C.P.I. n'ayant pas de compétence rétroactive, on voit mal comment cette disposition pourra être mise en œuvre à l'avenir. Les rédacteurs du statut ont sans doute préféré prévenir l'éventuelle résurgence de telles pratiques qui se définissent comme des actes inhumains analogues à ceux qui sont visés aux autres alinéas de l'article 7, « commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ».

Autres actes inhumains

L'alinéa précise « de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ». Disposition « balai », cet alinéa de l'article 7 paragraphe 2 vise les cas où l'accusé a commis un acte ou des actes qui transgressent de façon flagrante les principes d'humanité universellement reconnus et les règles généralement admises du droit international et qui sont de nature analogue à celles des actes correspondant à d'autres crimes contre l'humanité tels que définis à l'article 7 du statut.

Les persécutions

Il convient ici de définir cette catégorie de crime contre l'humanité indépendamment de la question de leurs motivations qu'on a examinée précédemment. Force est de constater avec le T.P.I.Y. que, bien qu'il soit fréquemment employé, le terme n'a jamais été nettement défini dans le contexte du droit pénal international et qu'aucun des grands systèmes mondiaux de justice pénale ne se réfère à la persécution en soi. C'est la raison pour laquelle, le tribunal de La Haye puis les rédacteurs du statut de la C.P.I. se sont efforcés de rassembler les éléments doctrinaux ou jurisprudentiels d'une définition de ce crime.

Celle du juriste égyptien Chérif Bassiouni semble la mieux partagée : « action ou politique d'un État visant à harceler, tourmenter, opprimer ou discriminer une personne en vue de lui causer des souffrances physiques ou mentales ou de lui nuire économiquement, en raison des convictions ou opinions de la victime ou de son appartenance à un groupe identifiable donné ». Dès lors, le T.P.I.Y. a estimé que : « Les crimes contre l'humanité du „type persécution— étant distincts de ceux du „type meurtre—, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte inhumain distinct pour qu'il y ait persécution ; la discrimination en soi rend l'acte inhumain. » C'est donc la violation du droit à l'égalité portant gravement atteinte à l'exercice d'un droit fondamental qui constitue la persécution, bien que la

discrimination – on l'a vu – doit aussi figurer parmi les motifs énumérés pour constituer une persécution. Si bien que la gamme des actes ou omissions couverts par le crime de persécution est très large. Elle comprend non seulement les actes énumérés ci-dessus : meurtre, assassinat, viol, auxquels on peut ajouter violences et voies de fait, vol, vol qualifié, destruction de biens et une variété de crimes liés aux atteintes illégales aux droits de l'homme, mais aussi ceux qui sont énumérés ailleurs dans les statuts des juridictions pénales internationales, y compris les crimes de guerre, qui peuvent ainsi appartenir aux deux catégories de crime. La jurisprudence retient même des actes non énumérés dans ces statuts dès lors qu'ils ont pour but d'assujettir des individus ou des groupes d'individus à une forme de vie où la jouissance de certains de leurs droits fondamentaux leur est niée d'une façon répétée ou permanente. La Commission du droit international de l'O.N.U. a dressé un catalogue illustratif de ce type de persécutions qui comprend : l'interdiction de la pratique de certains cultes religieux ; la détention prolongée et systématique d'individus qui représentent un groupe politique, religieux ou culturel ; l'interdiction de l'emploi d'une langue nationale même en privé ; la destruction systématique de monuments ou bâtiments représentatifs d'un groupe particulier, social, religieux, culturel, etc. Quelle que soit sa prétention à l'exhaustivité, une liste demeure toujours imparfaite et une définition générique est préférable. C'est donc à juste titre que le projet de Code pénal international de 1996 abandonnait cette énumération nécessairement incomplète pour une définition intégrée : « La persécution peut revêtir bien des formes, dont le dénominateur commun est le refus de reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales auxquels chacun peut prétendre sans distinction, ainsi que le reconnaissent la Charte des Nations unies (art. premier et 55) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2). »

Les rédacteurs du statut de la C.P.I. ont pris un parti identique. Ils ont défini les persécutions comme « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ». Ainsi le crime de persécution englobe une variété d'actes, y compris notamment les actes à caractère physique, économique ou judiciaire, qui privent une personne de son droit à un exercice égal de ses libertés fondamentales.

[Mario BETTATI](#) Thèmes associés

[CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ](#)

Bibliographie

M. Dobkine, Crimes et humanité : extraits des actes du procès de Nuremberg,

18 octobre 1945-1er octobre 1946, textes choisis, Romillat, Paris, 1992

V. Morris & M. P. Scharf, The International Criminal Tribunal for Rwanda,

2 vol., Transnational, Irvington-on-Hudson (New York), 1998

Secrétariat du Tribunal militaire international, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946, 15 vol., Nuremberg, 1947-1948, rééd. fac-sim., T. Mage, Paris, 1993-1995.

H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet dir., Droit international pénal, A. Pedone, Paris, 2000

- C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2e éd. 1999
- Y. Beigbeder, *Judging War Criminals : the Politics of International Justice*, Macmillan, Londres, 1998
- M. Delmas-Marty, *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne*, P.U.F., Paris, 1992
- V. Jankélévitch, « Dans l'honneur et la dignité », in *Les Temps modernes*, no 33, juin 1948, rééd. Seuil, Paris, 1986 ; « L'Imprescriptible », in *Revue administrative*, 1965, rééd. Seuil, 1986
- P. Mertens, *L'Imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit international et de droit pénal comparé*, université de Bruxelles, Bruxelles, 1974
- H. Meyrowitz, *La Répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands, en application de la loi no 10 du Conseil de contrôle allié*, L.G.D.J., Paris, 1960
- U.N.E.S.C.O., *Le Concept de race*, ouvr. coll., Paris, 1953 ; *Le Racisme devant la science*, Gallimard, Paris, 1960
- A. Wieviorka, *Le Procès de Nuremberg*, Ouest-France, Rennes, 1995.

Prise de vue

Il est des concepts dont la seule évocation impose le silence, et des silences dont l'obstination suffoque la mémoire. Il est des faits dont la pondération, la dénonciation, le simple récit semblent exiger de l'histoire qu'elle se refasse, de la philosophie qu'elle se refonde, du droit qu'il se redise. « Génocide » est l'un d'eux.

Énoncé au singulier, il convoque philosophie et droit, et force chacun à en lire autrement l'histoire. Libératrice par définition, la philosophie cohabite des siècles durant avec le génocide sans aucunement s'en offusquer. Normatif par essence, le droit étend son domaine en soumettant la force, mais légitime, des siècles durant, le génocide avant de l'exécuter et de le condamner.

Énoncés au pluriel, les génocides déclenchent des polémiques malsonnantes parmi ceux qui, en politique ou en droit, en historiographie ou en idéologie pure et dure, s'établissent aujourd'hui, comme jadis théologiens et sorciers, en détenteurs du vrai, se croyant honorés de ce formidable privilège par l'opinion publique. On polémique sur la nature des faits et l'épaisseur des temps comme si la condamnation de ces crimes et la distribution des blâmes à leurs auteurs exigeait de herser à peine le champ de l'histoire sans en retourner profondément le sol à la charrue.

I - Une définition toute récente

Réalité pluriséculaire, le génocide devient mot dans la littérature juridique en 1944, entre dans la technicité du langage faisant loi à Nuremberg en 1945 et, le 11 décembre 1946, fait l'objet d'une résolution des Nations unies, les cendres de la Seconde Guerre mondiale à peine dispersées. Cette

résolution inspire à son tour la Convention internationale adoptée le 9 décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951, en pleine guerre froide.

Nuremberg, acte d'accusation du 8 octobre 1945 : les grands criminels de guerre allemands « s'étaient livrés au génocide délibéré et systématique, c'est-à-dire à l'extermination de groupes raciaux et nationaux parmi la population civile de certains territoires occupés afin de détruire des races ou classes déterminées de populations et de groupes nationaux, raciaux ou religieux ».

Londres, première session de l'Assemblée générale des Nations unies, janvier 1946 : l'Assemblée générale approuve à l'unanimité les principes de droit international reconnus par la cour de Nuremberg et par le statut de cette cour. Deuxième partie de cette même session : l'Assemblée générale explicite ce qu'il convient d'entendre par « génocide ».

Cette explicitation étant devenue loi, en vertu de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, il est capital de rappeler, mot à mot, comment les nations définirent ce néologisme. Voici :

« Les parties contractantes,

Considérant que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, par sa résolution 96 (I) en date du 11 décembre 1946, a déclaré que le génocide est un crime du droit des gens, en contradiction avec l'esprit et les fins des Nations Unies et que le monde civilisé a condamné ;

Reconnaissant qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité ;

Convaincues que pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux la coopération internationale est nécessaire,

Conviennent de ce qui suit :

Article Ier. Les parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir.

Article II. Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel :

meurtre de membres du groupe ; – atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; –

soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence – devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; – transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. –

Article III. Seront punis les actes suivants : le génocide ; l'entente en vue de commettre le génocide ; l'incitation directe et publique à commettre le génocide ; la tentative de génocide ; la complicité dans le génocide.

Article IV. Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernements, des fonctionnaires ou des particuliers. »

Les quinze articles suivants déterminent l'instrumentalisation juridique du contenu du préambule et des quatre premiers articles de la Convention.

Luminosité tranchante de ce texte ou jeu d'ombres et nuances en simulacre d'une diaphane clarté ? Et si, sous son exhaustivité de forme, cette détermination de l'extension et de la compréhension juridiques du génocide reflétait « l'état des lieux » en matière de rapports droit / force entre les « grands », d'une part, entre ces derniers et les misérables, d'autre part, à une époque dont il convient de rappeler quelques traits dominants ? Le III^e Reich est terrassé. L'Occident découvre l'horreur des camps nazis. Hiroshima et Nagasaki sont deux tas de cendre. Le stalinisme est à son zénith. Des nations très démocratiques gèrent au canon des empires coloniaux. La carte de l'humanité ne coïncide pas, loin s'en faut, avec celle du peuplement de la planète ou, pour le dire avec les pudeurs de la litote, les démocraties s'imposent idéologiquement, militairement, économiquement sur toute la vastitude des « barbaries ». Il faudra constamment se référer à ces quelques données pour jauger la profondeur de cette condamnation du génocide par le « monde civilisé » dont parle le préambule précité et pour estimer, à partir de là, quels sont, dans l'esprit des parties contractantes, ce

« droit des gens », cette « humanité » et cette « civilisation » évoqués dans la Convention. Autant dire qu'il convient de tenter une approche idéologique, historique et juridique de l'avènement de ce néologisme convenant à une vieille pratique des temps de guerre et de paix.

II - Approche idéologique

Néologisme pour une vieille pratique

Raphael Lemkin, juif polonais (1901-1959), est celui sans qui, très probablement, la

Convention n'aurait pas vu le jour. Jeune avocat, il plaide sans succès à Madrid dès 1933, à l'intention de la Société des Nations, pour l'introduction du « crime de barbarie – actes d'oppression et de destruction dirigés contre des individus membres d'un groupe national, religieux ou racial – » dans le droit de la trentaine de pays participant à une conférence sur l'unification du Code pénal.

L'extermination des Arméniens est alors dans toutes les mémoires. Fuyant la Pologne occupée, où il s'était engagé dans la Résistance, Lemkin se réfugie aux États-Unis et publie en 1944 *Axis Rule in Occupied Europe*. Il écrit à propos du mot « génocide » : « ce nouveau mot, forgé par l'auteur pour décrire une pratique ancienne dans un contexte contemporain, provient du mot grec *genos* (race, tribu) et du latin *cide* (*caedere*, tuer) ». L'inventeur du mot génocide, conseiller du juge Robert H. Jackson qui siégea au tribunal de Nuremberg, risque sereinement en pleine agitation juridique ce qu'Alfred Grosser appellera « la comparaison nécessaire et difficile » entre l'impensable et la série interminable des épisodes d'une « pratique ancienne ». *History of Genocide*, inédit du même Lemkin, comporte trois volumes : le premier est consacré à l'Antiquité, le deuxième au Moyen Âge, le dernier aux Temps modernes. Cela suffit pour conjecturer sans trop de risques que ce juriste à la pensée rigoureuse historicise sans hésiter le crime majeur du racisme hitlérien et ses effets, lesquels seront prétendument interdits de confrontation à toute continuité historique, bientôt réputés impossibles à penser.

En toile de fond de la Convention, les lois racistes, eugénistes et esclavagistes du III^e Reich. L'élimination programmée des malades mentaux, des Juifs, des Tsiganes, des homosexuels. Mais aussi des Slaves. Mais aussi le projet d'asservissement des Polonais, dont Hans Frank, gouverneur général du protectorat de Pologne, annonçait qu'ils seraient « les esclaves de l'Empire allemand ».

Est-ce tout cela qui n'est pas pensable ou Auschwitz seulement ? Tous et chacun des chapitres eugénistes, racistes et esclavagistes du credo national-socialiste ou le chapitre juif exclusivement ? De toute évidence, la Convention voit l'ensemble, et Lemkin n'est pas aveugle. De toute évidence, le sentiment de la Convention est que le monde civilisé détestant le génocide est celui des « parties contractantes », et le monde de la barbarie celui de l'Allemagne hitlérienne et des puissances de l'Axe. Or, chez les « civilisés », les situations de génocide (si l'on se reporte aux articles Ier et II) sont nombreuses, même en excluant les trois non retenues par l'O.N.U. dans la compréhension de ce crime (victimes constituées par des groupes économiques et sociaux, sexuels, politiques). Mais génocide n'est pas le seul mot du lexique juridique à avoir une histoire : la notion de « droit des gens » en a une, comme celle de « civilisation », comme celle d'« humanité ». C'est donc la « naturalité » de ces notions qu'il convient de questionner dans leur histoire, plus longue mais tout aussi repérable que celle du néologisme de Lemkin. Questionner ou pas ? Deux pondérations philosophico-historiques en résultent, radicalement opposées, des lois – et pratiques – nazies : celle, emblématique, d'Adorno et celle, gobée par un abîme de silence, de Césaire.

Penser après Auschwitz

■ Dès 1947, au fil de la logique la plus rigoureuse, Theodor Adorno fustige les sinistres avatars des Lumières dont son temps est témoin et se demande si la pensée peut leur survivre. En clair : peut-on penser après Auschwitz. Huit ans après, Aimé Césaire risque l'insupportable réponse : « Oui, il vaudrait la peine d'étudier, cliniquement, dans le détail, les démarches de Hitler et de l'hitlérisme et de révéler au très distingué, très humaniste, très chrétien bourgeois du xxe siècle qu'il porte en soi un Hitler qui s'ignore, que Hitler l'habite, que Hitler est son démon, que s'il le vitupère, c'est par manque de logique, et qu'au fond, ce qu'il ne pardonne pas à Hitler, ce n'est pas le crime en soi, le crime contre l'homme, ce n'est pas l'humiliation de l'homme en soi, c'est le crime contre l'homme blanc, et d'avoir appliqué à l'Europe des procédés colonialistes dont ne relevaient jusqu'ici que les Arabes d'Algérie, les coolies de l'Inde et les nègres d'Afrique. »



Camp de Birkenau-Auschwitz (Pologne)

Complexe d'Auschwitz-Birkenau, symbole du système concentrationnaire nazi : camp de travail, camp de concentration, camp d'extermination.

Adorno lit « civilisation », « humanité », « droit des gens » tels que ces concepts ont été reconstruits à l'intérieur de la philosophie moderne ; tels que façonnés par le travail incessant d'une rationalité dont l'humanisme enflamme l'aurore de la Renaissance et de la Réforme ; tels que ciselés par la pensée philosophique, anthropologique, politique des Lumières ; tels qu'ils irriguent l'idéalisme allemand, plurivoque certes, mais dont la source est le criticisme kantien, lui-même manifestation souveraine du brillant des Lumières... et de leurs ombres. Or cette mouvance philosophique a maintenu des rapports tout autres qu'épisodiques avec la machinerie administrative et bureaucratique ayant abouti à la folie

hitlérienne et au cauchemar d'Auschwitz. L'interrogation d'Adorno est légitime. Peut-on penser encore dans la continuité de ce devenir philosophique comme si cette continuité n'avait été tronquée et condamnée à jamais par l'avènement des folies eugénistes, racistes, esclavagistes, génocidaires du national-socialisme ? À chacun de répondre. À moins d'évacuer le problème par la surprenante boutade de Hannah Arendt, en contradiction totale avec l'esprit de sa propre philosophie : « Le nazisme ne doit rien à une quelconque tradition occidentale, allemande ou non allemande, catholique ou protestante, chrétienne, grecque ou romaine... Au contraire, le nazisme représente l'effondrement des traditions allemandes et européennes, des bonnes comme des mauvaises. » Bref, il serait venu de nulle part et son imprévisibilité rendrait vain, par pure logique, tout effort de vigilance pour en rendre impossible l'imprévisible avatar.

Si Adorno a raison de recadrer l'absurde et lancinante question – lancinante, tant il est vrai qu'il ne cesse de penser Auschwitz et son après – et si Hannah Arendt a tort d'extraire, soudain, le fait de sa gangue idéologique pour le dérober à l'histoire, c'est à un prix dont l'énormité et le tragique sautent aux yeux de Césaire. Les génocides accompagnant les brigandages des pays de chrétienté aux Amériques depuis le jour où la terre de là-bas apparut aux guetteurs des trois caravelles, conduisant aux saignées à mort de peuples d'Afrique déportés en masse pour creuser les mines et labourer les sols du couchant, ensauvageant les entreprises des hommes du croissant, de la croix et du candélabre sur toute l'étendue de l'Afrique et sur les immenses contrées de l'Asie n'affectaient donc en rien « le droit des gens », « l'humanité », « le monde civilisé » ? Le philosophe se demande s'il peut penser après Auschwitz. Philosophie et Droit se sont-ils demandés s'ils pouvaient penser après Saint-Domingue, après n'importe lequel des ports de déchargement où les bétailières des traites vomissaient leur charge d'esclaves, d'êtres humains idéologiquement et juridiquement réduits à l'état de bêtes de somme ?

On ne s'engagera pas, dans la foulée de Césaire, sur un chemin à rebours qui mènerait d'étape en étape à chacune des contrées ravagées par les guerres d'extermination au fil des pages des récits historiques, des épopées et légendes et, pour finir par le commencement, des mythes fondateurs cueillis dans la bouche des dieux. N'allons pas déranger Hérodote, Homère, Josué. Cela ne manquerait pas idéologiquement de sens et ne serait pas sans valeur historique et juridique ; mais, sans aucunement renforcer l'argumentation imparable de Césaire, ce choix équivaldrait à une erreur d'appréciation... par excès. Historique, le langage du droit a beau être traversé de part en part par l'idéologie, il n'instrumentalise pas moins les réalités les plus concrètes, avance par étapes et fixe dans les normes et les comportements ce que les idéologies énoncent dans le flou et l'excès qui les caractérisent.

Hors le droit des gens

Ainsi, le « droit des gens » auquel se réfère la Convention du 9 décembre 1948 n'est certes pas du temps de Josué. Il n'est plus, depuis belle lurette, l'archaïque *jus gentium* des Romains, mais le moderne *jus inter gentes* de Francisco de Vitoria qui, dans un premier mouvement, demande des comptes à la couronne de Castille pour ses agissements illicites dans le Nouveau Monde ; puis, en corollaire de ses brillants syllogismes prouvant la pleine et entière souveraineté des Indiens chez eux et l'illégitimité des justifications de la guerre qui leur est faite, les livre pieds et mains liés aux armes et aux toges des Castillans. Il est celui de Grotius qui, dans le droit fil de Vitoria, à qui il n'ajoute que de la glose, reconduit, à l'attention des nations, ce schéma biface de reconnaissance théorique du vaincu et de légitimité du vainqueur.

Ce jus inter gentes, ce droit des gens, est invoqué avec zèle et envolées rhétoriques dans les prétoires et les chancelleries lorsque des puissants se mesurent à des puissants, non lorsque des puissants écrasent ce genre de faibles dont l'idéologie des forts se dépêche systématiquement de contester l'humanité, de railler la sauvagerie, de stigmatiser la bestialité. L'Europe et ses filiales américaines, toutes nations – ou presque – confondues, leurs croyants, toutes confessions confondues (« Dieu avec nous »), toutes philosophies et toutes traditions juridiques mêlées ont commis maintes et maintes fois le génocide en toutes et chacune des formes énumérées à l'article II. Dès l'âge de la pierre et partout ? Tenons-nous-en, pour comprendre Césaire, à la suite historique dont Adorno interroge la fin. Elle débute en 1492 – et même au milieu du xve siècle si, comme il se doit, on veut y inclure les premiers brigandages massifs et organisés de signe chrétien en Afrique, aux Canaries en particulier –, et s'achève à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Quel temps ? Celui, en gros, qui va de la modernisation du vieux jus gentium romain en jus inter gentes de Vitoria puis de Grotius donnant carte blanche aux nations de chrétienté pour asservir, piller, déporter, persécuter, esclavager et massacrer à l'aise – traites et colonialismes – jusqu'aux années quarante du xx^e siècle. Temps du brigandage chrétien programmé, civilisé. Temps des codes noirs. Temps des codes de l'indigénat. Temps de mille et une tentatives de règlements juridiques et compensations économiques après le vacarme des fusils et des canons pour rafistoler des rapports de paix entre belligérants présentables parce que civilisés, temps de massacres juridiquement non avendus chez tous les Untermenschen, comme on disait en allemand, chez tous les homunculi de la planète, comme disaient en latin les Espagnols.

Pour qu'il y ait droit des gens (jus gentium), il faut qu'en face des gens il y ait des gens. Pour qu'il y ait droit entre les peuples (jus inter gentes), il faut des peuples face à face. La pensée que révoque Adorno au spectacle de la barbarie nazie et blanche frappant en Europe des Européens tout blancs est celle-là même qui philosophait tranquillement des siècles durant, se souciant éperdument de la barbarie européenne sévissant dans des contrées où elle avait déterminé qu'il n'y avait ni gens ni peuples, mais des étendues hantées par des hordes sauvages sans feu ni lieu, sans foi ni loi. Ni droit.

Le sens octroyé à la notion de droit des gens, en fonction duquel le génocide est un crime, définit du même coup, par simple corollaire, celui des deux autres concepts clés « naturels » du préambule de la Convention, ceux d'humanité et de civilisation. L'« humanité » n'est pas plus celle des Troyens que celle des gentilshommes, pour en nommer deux groupes au hasard de la longue liste dont on dispose. C'est celle qui prend forme à la Renaissance, s'élargit et, hélas, se hiérarchise avec les Lumières, s'historicise avec Hegel et ses nombreux disciples, éjectant dans le même mouvement des régions entières hors itinéraire de l'Esprit. Or chacun sait que cet itinéraire fait l'Histoire, laquelle fait les hommes ou ne les fait pas. L'« humanité » vit dans l'Histoire, il en est des « ébauches » ou des « déchets » qui durent dans la géographie.

On a « pensé » chez les hommes marchant dans l'Histoire les sous-hommes rampant sur la géographie et conclu qu'il n'y avait personne. Et si les comportements des uns dans les demeures des autres cadrent souvent avec telle et telle des diverses formes de génocide énumérées dans l'article II, pas une voix chez les civilisés de l'O.N.U. ne s'est élevée pour faire cesser ces comportements, en s'appuyant sur les dispositions juridiques développées au long des articles V à XIX.

La « civilisation » est elle aussi entendue selon les critères découlant de cet eurocentrisme ou blancocentrisme qui a produit ces acceptions particulières de « droit des gens » et d'« humanité ». La boucle est bouclée.

Un crime entre Blancs

Ce détour par l'idéologie est nécessaire pour comprendre pourquoi, à Nuremberg d'abord, à l'O.N.U. ensuite, il ne parut point excessif ou scandaleux de voir les puissances victorieuses condamner les nazis pour avoir installé dans la blanchitude – racialement homogène selon des critères de classification vieux et dignes comme Buffon – un nuancier qui culminait à l'Aryen et inventait des déficits d'humanité de plus en plus lourds pour d'autres « groupes raciaux blancs », dont il convenait de délester l'avenir fulgurant et pur d'« un Reich pour mille ans ». Scandaleuse, intolérable, innommable, cruelle idéologie ayant abouti aux persécutions les plus systématiques, aux techniques les plus raffinées d'exploitation totale, d'esclavagisme pur, d'anéantissement sec de « groupes ethniques » mêlés et confondus avec les Blancs, rejetés de la blanchitude accomplie constituée par le « modèle aryen » dont il fallait à tout prix préserver la pureté. Et les puissances victorieuses n'eurent aucun mal à rappeler au passage le précédent fondateur du génocide dont la Turquie terrassa les Arméniens : là aussi, les victimes étaient de même signe racial que les bourreaux selon les critères hérités des Lumières. Là encore une blanchitude était humiliée par une autre. Et la croix par le croissant, malgré la laïcité de l'agresseur.

On s'est beaucoup étonné que la Convention n'ait pas intégré les groupes économiques et sociaux, politiques, sexuels à la liste de ceux qu'énumère son article II. Il y a ceux qui s'en réjouissent et ceux qui le déplorent, et chacun y va de son explication. On a fait valoir que la présence de l'U.R.S.S. aussi bien à Nuremberg qu'à l'O.N.U. aurait rendu l'évocation d'un génocide « politique » ou « économique » impossible, irrecevable, l'U.R.S.S. pouvant se sentir visée et condamnée – ou tout au moins condamnable – pour certaines de ses pratiques en Ukraine ou ailleurs. Les données archivistiques appuyant cette lecture ne manquent pas, mais on s'interroge encore. Quant à l'oubli concernant les politiques eugénistes d'élimination des malades mentaux, il s'expliquait aussi fort bien par la crainte de nombreux États, notamment les États-Unis, de voir questionner leurs propres pratiques en matière de stérilisation forcée, et par le malaise compréhensible d'une bonne partie de la communauté scientifique, très compromise sur ce sujet.

En revanche, chacun concédera qu'on s'étonne beaucoup moins que les puissances occidentales aient pu, d'abord à Nuremberg puis à l'O.N.U., décrire le génocide et ses formes, et le condamner sans envisager un seul instant qu'elles se dénonçaient alors elles-mêmes pour peu qu'elles étendent à leurs empires les notions de « civilisation », d'« humanité », de « droit des gens » ayant valeur juridique chez elles. Elles avaient seulement à considérer ce qu'elles avaient fait par le passé, ce qu'elles faisaient encore pendant qu'elles siégeaient à Nuremberg et à l'O.N.U. sans avoir aucunement l'intention de cesser : des civilisations saccagées, des humanités décimées, des coutumes et des lois ignorées dans leurs empires coloniaux.

On a beaucoup pensé en Occident avant de se demander s'il était bien raisonnable de penser encore. Le regard de Césaire, le poète, est plus perçant que celui d'Adorno, le philosophe, et son invective vaut infiniment mieux que l'arrangement inattendu d'Arendt, le philosophe qui dédommage l'Histoire de ce dont l'idéologie de l'hégémonisme blanco-européen l'avait engrossée et de ce dont le nazisme accoucha.

III - Aperçu historique

Si l'hypothèse est bonne qu'il convient d'attendre la pénétration dans les esprits et dans les textes des notions cruciales examinées à l'instant pour pouvoir parler en toute propriété de génocide, il sera

pertinent de réduire aux ères moderne et contemporaine non le temps des génocides mais celui de la légitimité de la qualification juridique par ce vocable des pratiques énumérées à l'article II de la Convention ; et il ne le sera pas moins de ne point dédouaner de leurs tricheries criminelles les puissances qui, pour des intérêts utilitaires évidents – chacun des génocides est en effet très utile pour la puissance qui le commet –, ont tout fait pour réduire la portée de la notion alors même qu'elles en élaboraient et proclamaient l'universelle valeur.

Trois génocides qualifiés pour combien d'autres oubliés ?

En arrière-plan, dès lors, la continuité cauchemardesque des « génocides occultés de

1492 à nos jours », pour reprendre le sous-titre de l'admirable travail de Rosa Amelia Plumelle-Urbe. « De 1492 », car même si la réflexion fondatrice de Vitoria est de quelques décennies postérieure au premier voyage des caravelles de Colomb, et de la découverte de l'océan Pacifique vingt ans après, elle est provoquée par un problème redoutable pour le monde blanco-biblique : rendre compte, en schéma monothéiste « révélé », d'un monde absent de la « révélation » et intégrer ses habitants à la normalité du « droit naturel » qui corrobore l'éternelle vérité de cette même « révélation ». On connaît la suite sur toute l'étendue du continent du couchant et, par ricochet, sur toute celle du continent austral. « À nos jours », oui, jusqu'aujourd'hui. À chacun de consulter son journal habituel...

Beaucoup plus près de nos jours que des aurores de l'ère moderne, voici des sommets indiscutés de l'abjection : les Jeunes-Turcs et leur tentative d'élimination des Arméniens, les nazis et celle d'éliminer les Juifs, les Tsiganes et les Slaves, les Hutu au Rwanda et celle d'éliminer les Tutsi.

En dehors de ces trois désastres, on est loin de l'unanimité sur la qualification en génocide des crimes contre l'humanité qui ont ensanglanté tant de régions, décimé tant de groupes, déporté tant de peuples, tant et tant tué, bestialisé, asservi. À un extrême, ceux qui s'indignent qu'on puisse comparer quoi que ce soit à la Shoah et qui dénoncent, au nom de sa spécificité, la lettre et l'esprit de la Convention, qui, par excès, banaliseraient le sens du mot génocide. À l'autre, ceux qui, comme Israël

W. Charny, directeur de l'Institute on the Holocaust and Genocide de Jérusalem, critiquent par défaut cette même Convention parce qu'elle ne permet pas d'englober sous le terme juridique par elle défini des pratiques qui en relèveraient. Ainsi faut-il parler de « meurtre de masse », de « carnage », de « massacre », de « violation des droits de l'homme », d'« anéantissement », de « pogrom », mais pas de génocide lorsqu'on évoque des tueries massives, des incendies de villages, l'élimination de communautés accomplis sans toutefois l'intention claire d'éliminer un peuple entier ? L'« euthanasie » des malades mentaux allemands, première cible des éliminations nazies, entre-t-elle sous l'extension du génocide ou lui échappe-t-elle parce que ces malades n'ont pas été tués à cause de l'appartenance à une race, mais sacrifiés pour en préserver une « sans tares » ? Affamer à mort l'Ukraine, achever les Kalmouks ou les Allemands de la Volga, déporter des peuples entiers – les Balkars, les Tchétchènes, les Tatars de Crimée, les Ingouches, les Karatchaïs –, accusés tous de sabotage ou de trahison ? Nous sommes dans la sphère du génocide ou nous n'y sommes pas, non selon la lettre et l'esprit de la Convention mais selon la lecture que chacun propose des événements à l'intérieur ou, au contraire, ne pouvant s'y inclure, à l'extérieur d'une stratégie « classique » d'occupation, de maintien ou d'expansion militaire ou militarisée.

Parlera-t-on de génocide au Timor-Oriental, dans telle ou telle région du Kurdistan, contre les Mayas au Guatemala, contre les Miskitos au Nicaragua ? Évoquera-t-on les sauvageries nippones en Asie continentale, serbes en ex-Yougoslavie ? Aura-t-on une pensée pour le génocide des Aborigènes en Australie ? Énoncés ainsi, dans le désordre, permet de souligner ce que chacun sait : l'histoire est généreuse au-delà de l'imaginable dans la production de moyens d'asservir, et les idéologies sont d'une efficacité redoutable pour légitimer les pratiques convenant aux intérêts des pouvoirs. Le récit historique ne donne jamais les faits dans leur nudité : il conceptualise nécessairement. Et les concepts sont le champ de bataille des idéologies, auxquelles la science devrait finir toujours par tordre le cou... sauf que le temps est passé où on croyait ferme pouvoir tracer une ligne de partage claire entre science et idéologie sur le terrain de l'histoire. Dans l'affaire qui nous occupe, la question est bel et bien celle d'un possible ou impossible critère de valeur universelle pour trancher entre les deux lectures dont on a signalé la radicale opposition et les multiples lectures intermédiaires entre le maximalisme des uns et le minimalisme des autres. Voilà pourquoi, dans ce débat, ils sont si nombreux ceux qui souhaitent que la résolution de 1946 soit « revisitée ». Peut-il y avoir une pesée unique et une seule classification face aux données multiformes de l'histoire ?

Chiffrer pour nier ou banaliser

Compréhensible que le Maya et le Miskito organisent leur vision du génocide en fonction de leur calvaire, que le Tchétchène compte à l'impossible calendrier de son temps de douleur interminable ce que le Juif pondère en mortelle intensité et le Congolais en cycles d'amputations et de tortures. Comment s'y retrouver, et à quoi bon cette polémique sur les degrés de l'horreur dans l'homogénéité de l'horreur absolue ? Résoudra-t-on ce problème en parlant chiffres ? Ce serait abominable d'oser ce genre de bilan. Pis, les chiffres pourraient conforter des alibis au moment des faits. Écoutons Simon Wiesenthal : « Pendant le procès de Nuremberg, après la guerre, je parlais avec un Sturmbannführer, membre des services secrets SS à Budapest, qui témoignait pour l'accusation. Voici ce qu'il me raconta : « C'était en octobre 1944, à Budapest, nous (cinq SS et Eichmann) étions assis. Un des jeunes officiers, faisant allusion aux Juifs qu'il fallait exterminer, demanda :

„Combien y en a-t-il ? –

Environ cinq, répondit Eichmann. –

Nous savions tous qu'il voulait dire cinq millions. Puis quelqu'un demanda, sans réfléchir :

Mais après la guerre ? Est-ce qu'on ne va pas nous demander où sont passés ces millions ? –

Eichmann eut un geste de la main et répondit : –

Cent morts, c'est une catastrophe. Un million de morts, c'est une statistique.— –

Eichmann avait raison. Un million de morts dépasse l'entendement. »

Ce qui dépasse l'entendement a du mal à cadrer avec l'intelligibilité de l'histoire et peut parfaitement servir l'idéologie. Aussi invraisemblable que la chose puisse paraître, ce basculement des faits à leur projection statistique et de cette projection statistique à leur négation s'est produit avec toutes les

apparences de la scientificité : c'est le chapitre répugnant du négationnisme aussi bien du génocide dont les Jeunes Turcs et Atatürk furent coupables que de celui dont les Juifs furent victimes.

Extermination par génocide des Arméniens ? Allons donc ! Les morts arméniennes furent la conséquence de combats civils et interethniques, et non de massacres et de déportations. Lewis V. Thomas vous le dit, Justin McCarty vous le jure. Les Juifs dans les chambres à gaz ? Ernst Zundel, Arthur Butz, David Irving, Bradley Smith, Paul Rassinier et Robert Faurisson déploient leurs talents à tergiverser devant les données historiques, à « démontrer » que le gaz zyklon B utilisé à Auschwitz n'a servi à rien d'autre qu'à désinfecter, s'arrangent jusqu'à l'infiniment au-delà de l'impudeur pour présenter les Juifs comme les artisans de leur propre extermination, bricolent de longues théories de syllogismes aboutissant à charger l'U.R.S.S. autant, sinon plus, que l'Allemagne nazie dans l'avènement de la Shoah.

Achevons avec le cas d'Ernst Nolte. Historien, philosophe, il enseigne à l'Université libre de Berlin. Il signe en juillet 1980 dans le Frankfurter Allgemeine Zeitung « Entre la légende historique et le révisionnisme : le IIIe Reich dans la perspective de 1980 » et, dans le même journal, le 6 juin 1986, « Le passé qui ne passe pas : un discours que l'on pourrait écrire mais que l'on ne pourrait pas prononcer ». Deux thèmes essentiels dans l'article de 1986. Le IIIe Reich fut une étape indispensable dans la marche de l'Allemagne vers sa modernisation ; il est donc inutile et malsain de considérer cette période comme un moment exceptionnel ne devant provoquer que l'horreur. Second thème : il convient de lire la Shoah dans le contexte, plus précisément dans la continuation, d'autres crimes accomplis au xx^e siècle, notamment en U.R.S.S., là où « la barbarie asiatique » (mot de Hitler que Nolte reprend) a, somme toute, servi de modèle aux nazis pour l'extermination des Juifs. Aussi clair et simple que cela. Jürgen Habermas répond, démonte et brocarde ces « arguments » dans Die Zeit le 11 juillet. La « querelle des historiens » (Historikerstreit) est lancée.

Génocide et Shoah

Encore une fois : peut-on sortir de la comparaison « nécessaire et difficile » par le biais d'une délimitation précise de la Shoah, puis du génocide, les isolant conceptuellement – sinon juridiquement, affectivement et existentiellement –, l'une dans une spécificité irréductible, l'autre dans une unicité générique non questionnable parce que juridiquement établie ? Cette géométrie, dont les théorèmes restent confus, n'en déplaie au droit, a été maintes fois tentée. Deux exemples.

Voici, d'un côté, selon Alan S. Rosenbaum, ceux qui plaident pour l'unicité de la Shoah. Ils alignent les arguments suivants : l'intentionnalité délibérée d'un État moderne d'exterminer un peuple ; l'instrumentalisation à cette fin d'un antisémitisme exterminateur installé depuis des siècles ; l'adhésion absolue de tous à une idéologie ; la mobilisation à cette fin de tout un appareil social et administratif ; l'effort immense pour rafler dans le pays génocidaire et dans les pays occupés tous les Juifs pour les soumettre à un processus bureaucratique et techno-industriel ayant pour but de les réduire en esclavage et de les éliminer. Rosenbaum commente et conclut : « Il n'est pas excessif de plaider de la sorte pour l'unicité de la Shoah, à condition que cela n'empêche ni l'analyse des éléments uniques propres à d'autres génocides ni les facteurs communs à tant d'autres génocides. Les analyses comparatives des génocides doivent reposer sur des comparaisons empiriques [...] sans arrière-pensées négationnistes, qu'il s'agisse de la Shoah ou de tout autre génocide. » Façon particulièrement claire de souligner, juste après le rappel de l'argumentaire d'une dramatique singularité, que, ainsi que l'écrit Alfred Grosser, « la singularité ne se décrète pas ».

Et voici, d'un autre côté, ce qui est proposé par Christian Delacampagne pour éviter de tout confondre dans la longue histoire des brigandages et pour garder au génocide sa spécificité, telle que l'a maladroitement balisée la Convention. Pour qu'on puisse parler d'entreprise génocidaire, il faut quatre propriétés, « jamais toutes réunies dans aucune autre forme de crime de masse », dont trois ont été de manière plus ou moins explicite prises en compte par la définition de la Convention, qui n'aurait pas relevé la quatrième et dernière : volonté de détruire physiquement un groupe (ou une partie significative de celui-ci) en tant que tel ; volonté de détruire un groupe (ou une partie significative de celui-ci) en tant que tel pour des raisons d'ordre national, ethnique, racial ou religieux ; volonté délibérée de cette destruction ; utilisation, à ces fins, des ressources de la bureaucratie et de la technologie, des moyens d'action « collectifs et modernes ». Les trois chapitres turc, allemand, rwandais de l'histoire contemporaine du génocide sont ainsi enfermés par Delacampagne dans une même catégorie au profil net.

Mais que faire, alors, de la longue liste qui s'ouvre, pour le xx^e siècle, avec les Arméniens, se ferme en ex-Yougoslavie et au Rwanda et énumère, au fil du temps, les exploits du Japon en Mandchourie, ceux de l'Australie, du Brésil, des États-Unis sur de nombreuses tribus indigènes, et bien d'autres encore ? Le sinistre catalogue n'en est pas établi par quelques agités d'une O.N.G. gauchisante, mais par l'équipe internationale au sérieux incontesté qui anime à Jérusalem, autour d'Israel W. Charny, l'Institute on the Holocaust and Genocide.

IV - Aperçu juridique

Au bout des parcours idéologique et historique, il apparaît que le regard porté par la société sur le génocide n'est pas d'une exemplaire netteté. Le droit imposera-t-il un jour, au xx^e siècle et sur le plan international ce qu'il a réussi très laborieusement et trop ponctuellement à concrétiser au cours du xx^e siècle ?

La lente progression du droit

La première mention de « crimes contre l'humanité » en droit international apparaît dans une déclaration britannico-franco-russe de 1915 condamnant les massacres des populations arméniennes de l'Empire ottoman. Dix ans auparavant, le génocide dont furent victimes les Herero, dans le Sud-Ouest africain, actuelle Namibie, n'avait dérangé personne dans le monde dit civilisé. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dont le génocide, est adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 26 novembre 1968. La Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, dont le génocide, et des crimes de guerre, s'inspirant du texte évoqué à l'instant, est votée à Strasbourg en 1974. Son but : ôter l'éventuel bénéfice d'une possible prescription à quiconque sera accusé d'un ou plusieurs des crimes nommés. Un bon quart de siècle après ces dates et les bouleversements que l'on sait, une Cour pénale internationale permanente est enfin installée pour que cette imprescriptibilité produise des effets juridiques repérables et incontestables. Les choses avancent ou piétinent selon le bon vouloir des États et leur souci premier de préserver intègre leur souveraineté, à laquelle ils veillent avec une ferveur particulière lorsque des violences altèrent leur rythme quotidien : crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocides, ce sont, quasi nécessairement, des crimes d'État. Il suffit de le rappeler pour saisir l'impasse.

Le droit a parlé néanmoins, en louvoyant entre juridictions nationales et internationales, sans attendre l'avènement de cette Cour dont la compétence est incontestable. Précisons encore le cadre juridictionnel. Le 9 décembre 1948 l'Assemblée générale de l'O.N.U. approuvait la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, déterminant en son article VI que « les personnes coupables de génocide seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la cour internationale qui sera compétente ». C'est parce que celle-ci tarde trop à venir qu'en 1985 le rapport Whitaker souligne qu'il « serait avantageux d'habiliter les tribunaux de tous les pays à juger les coupables de génocide réfugiés à l'étranger et de produire un protocole donnant compétence aux tribunaux de pays autres que ceux où le crime de génocide avait été commis ». L'élargissement de ces suggestions aux crimes contre l'humanité est facile. Nous restons encore dans le monde des vœux, sauf dans le cas remarquable de la Belgique.

Le droit aura pourtant suivi ses propres voies dans le sillon des avancées vers une internationalisation effective, constante, ordinaire, et ce en instruisant, jugeant et condamnant des génocides et des crimes contre l'humanité dans les instances judiciaires nationales. Des poursuites judiciaires internationales ont eu lieu contre les génocides perpétrés en Allemagne (1939-1945), en ex-Yougoslavie (1992-1994), au Rwanda (1994). Le tribunal militaire international de Nuremberg a jugé pour l'Allemagne ; un tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été institué en mai 1993 par le Conseil de sécurité de l'O.N.U., il a été installé à La Haye ; un tribunal de même statut pour le Rwanda a été institué en novembre 1994 et installé à Arusha, en Tanzanie ; requête a été déposée en mars 1993 auprès de la Cour internationale de justice pour « application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide » par la Bosnie-Herzégovine contre la Yougoslavie.

Des procès nationaux ont eu lieu. Le premier en Turquie, où un tribunal militaire spécial entame un procès à propos des 1,2 million d'Arméniens tués entre 1915 et 1918. La tentative dure deux mois, du 27 avril au 27 mai 1919. Les sentences seront révoquées par le nouveau gouvernement. L'Allemagne de 1939-1945 sera mise en accusation, outre Nuremberg, lors d'autres procès militaires et civils, par la Pologne, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège. Dès décembre 1945, la R.F.A.

poursuivra en ses propres tribunaux et créera un bureau central au ministère de la Justice pour enquêter sur les crimes nazis. Israël a jugé Eichmann en 1961. Ultérieurement, l'Australie, le Royaume-Uni, le Canada, la France, l'Italie, Israël ont poursuivi pour crimes de guerre selon leurs législations nationales. Un procès contre le Pakistan pour l'élimination de un à trois millions de Bangladais lors de la sécession Bangladesh-Pakistan en 1971, introduit en application de la loi de 1973 relative aux crimes internationaux, a été interrompu sans aboutir. Le Rwanda ouvre des procès en ses propres tribunaux en décembre 1997. D'autres pays – la France, la Suisse – poursuivent judiciairement des Rwandais accusés d'être impliqués dans les carnages de 1994. L'Éthiopie, forte de sa propre définition du génocide, qui compte les « groupes politiques » parmi les « groupes des victimes » et retrouve ainsi l'extension de Nuremberg que l'O.N.U. devait restreindre, poursuit devant ses propres tribunaux, dès 1994, d'anciens fonctionnaires et membres du gouvernement Mengistu.

Les promesses de la Cour pénale internationale

Une impression d'ensemble : le droit peine, en ce domaine plus encore que d'habitude, à se dégager du politique. Une illustration claire de cela ? Le manque flagrant de volonté des États membres d'agir pour forcer Pol Pot et les chefs khmers rouges à répondre du génocide commis au Cambodge ■, quelque

difficulté sémantique que certains soulèvent à appeler de ce nom le fait, pour un régime, d'égorger son propre peuple pris dans son unité totale. Le flou du droit face à la malléabilité du politique. Beaucoup d'États membres de l'O.N.U., et non des moins influents, ont freiné des quatre fers l'avènement de la Cour pénale internationale, évoquée dès 1946, pour se donner le temps de régler sans « ingérences extérieures » de nombreuses affaires domestiques et coloniales. Il faudra attendre 1993 et 1994, nous l'avons vu, pour que le Conseil de sécurité institue des tribunaux pénaux internationaux habilités à poursuivre pour génocide autres crimes contre l'humanité et autres violations des droits de l'homme au cours des désastres en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Tribunaux temporaires par juridique constitution.

Génocide cambodgien

Des milliers de crânes humains, entassés dans le camp d'extermination de Tuol Sleng (S-21), témoignent du génocide perpétré par les Khmers rouges au Cambodge, de 1975 à 1979.

Toutefois, ce dont ils ont à connaître – joint à la circonstance du presque total épuisement des situations « coloniales » – dope les énergies des États qui parviennent, enfin, à agir pour la création de la Cour pénale internationale permanente, dont les moyens devraient être moins aléatoires que ceux de la Cour internationale de justice et dont, certes, les États s'engagent à respecter les arrêtés, mais dont chacun peut s'absenter à son gré lorsque cela lui convient... Ainsi donc en 1994 le sixième comité de l'Assemblée générale de l'O.N.U. approuve une proposition de statut pour cette Cour. Les travaux préparatifs se déroulent à New York, et, enfin, la conférence ad hoc qui se déroule à Rome et travaille un mois durant adopte le statut de la Cour pénale internationale le 17 juillet 1998. Date qu'il faudra marquer d'une grosse pierre blanche ou d'un tout petit caillou ? L'avenir le dira, car si la création de cette cour capable de connaître, instruire et juger en matière de génocide avec une autorité définitive est acquise, il faudra la voir à l'œuvre. Certes, son statut autorise cette nouvelle juridiction à juger les individus coupables de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et d'agression (quand définira-t-on et qui définira l'« agression » ?). Certes, puissante sera la Cour, mais le statut qui l'anime en limite les pouvoirs : il exige qu'elle soit saisissable par le Conseil de sécurité de l'O.N.U. et que l'État dont le justiciable est citoyen ou dont le territoire a été la scène du crime commis soit partie contractante du traité. Il n'est pas absurde d'imaginer des situations de fuite possible hors de l'emprise du droit. Le citoyen ou l'État désignés tentent-ils de se soustraire à l'autorité de la Cour ? Elle attendra d'être saisie par le Conseil de sécurité, dont la requête ne lui parviendra que si aucun des cinq membres permanents du Conseil n'exerce son droit de veto. Certes, puissante sera la Cour pénale, mais sa compétence pourra être transitoirement limitée : son statut autorise les États parties à la Convention à refuser sa juridiction en ce qui concerne les crimes de guerre durant une période de sept ans à compter de leur adhésion. Il ne faut pas être voyant pour percevoir comme il serait commode, pendant ce laps de temps, à l'État qui en aurait besoin de grimer en éventuelles contraintes politiques, stratégiques ou martiales des agissements génocidaires.

Certes, puissante sera la Cour, que la ratification par soixante États a suffi à instituer ; mais, sauf à réintroduire explicitement l'imprescriptibilité, seuls les crimes commis après son institution pourront être jugés par elle, son avènement valant prescription pour tous les crimes et délits antérieurs pour lesquels elle se veut statutairement impuissante.

Du pain sur la planche pour ceux – États, institutions, membres de la société civile – qui voudraient qu'on dépassât enfin les acceptions à géographie variable du génocide évoquées plus haut, dont l'abandon de l'imprescriptibilité confortera l'avenir.

Victoire du droit ?

Éternel concubinage de l'idéologie et du droit. C'est dans la nature de l'une et de l'autre. Pour le meilleur et pour le pire. L'histoire le veut ainsi. Celle du traitement juridique et pénal de la notion de génocide en est une illustration majeure. Lemkin prêcha dans le désert avant de se faire entendre.

Et si on a entendu Adorno, qui a écouté Césaire ? Heureusement, il y a toujours des voix qui, à force de tonner dans le désert, arrivent à tirer l'opinion de son sommeil : l'histoire en témoigne. Nous en sommes à la naissance d'une Cour pénale internationale statuant que le génocide est un crime absolu. Lemkin eut raison quelques années avant tout le monde, et le droit suivit. Ils eurent raison contre Aristote ces penseurs de son temps, raillés par l'immense philosophe, qui osèrent prétendre que « l'esclavage par nature » est radicalement impensable. Combien de siècles a-t-il fallu à l'idéologie pour condamner l'utilitarisme aveugle d'Aristote et qualifier l'esclavage de crime absolu ? Combien en a-t-il fallu au droit ?

Idéologie et droit parviendront un jour à dépasser la querelle de l'unicité ou de la comparabilité des génocides sur l'échelle de l'horreur. On « hiérarchisera » autant qu'on voudra, non plus sur le modèle de la pyramide égyptienne culminant en un point unique, mais sur celui de la pyramide aztèque culminant au plat du téocalli, la maison des dieux. Parce que l'histoire du génocide se lit au pluriel.

[Louis SALA-MOLINS](#) Thèmes associés

[CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ](#)

Bibliographie

T. Adorno & M. Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Querido, Amsterdam, 1947 (La Dialectique de la raison.

Fragments philosophiques, trad. É. Kaufholz, Gallimard, Paris, 1974)

H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, New York, 1963, rééd. augm. 1964 (Eichmann à Jérusalem. Rapport

sur la banalité du mal, trad. A. Guérin, Gallimard, 1966)

A. Césaire, *Discours sur le colonialisme*, Réclame, Paris, 1955

I. W. Charny et al., *Le Livre noir de l'humanité. Encyclopédie mondiale des génocides*, Valls-Russell, trad. de l'angl., Privat, Toulouse, 2001

C. Delacampagne, *De l'indifférence. Essai sur la banalisation du mal*, Odile Jacob, Paris, 1998

A. Grosser, *Le Crime et la Mémoire*, Flammarion, Paris, 1989

R. Lemkin, *Les Actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit de gens*, Pedone, Paris, 1934 ; *Axis Rule in Occupied Europe : Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*,

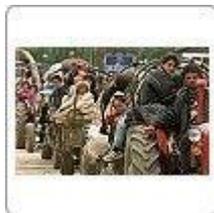
Carnegie Endowment for International Peace, Washington (D.C.), 1944

R.-A. Plumelle-Urbe, *La Férocité blanche : des non-Blancs aux non-Aryens, ces génocides occultés de 1492 à nos jours*, Albin Michel, Paris, 2001

A. S. Rosenbaum, *Is the Holocaust Unique ? Perspective on Comparative Genocide*, Westview Press, Boulder (Colo.), 1996 □ Y. Ternon, *L'État criminel*, Seuil, Paris, 1995.

Tentative de créer des zones géographiques se caractérisant par leur homogénéité ethnique, au moyen de la déportation ou du déplacement forcé de personnes appartenant à des groupes ethniques définis. Le nettoyage ethnique entraîne parfois la suppression de toutes les marques physiques témoignant de l'existence du groupe visé, par la destruction des monuments, cimetières et lieux de cultes.

L'expression « nettoyage ethnique », traduction littérale des termes serbo-croates *etnicko ciscenje*, a été très fréquemment utilisée dans les années 1990 (bien qu'elle soit apparue antérieurement) afin de décrire le traitement brutal dont furent victimes divers groupes de civils lors des conflits qui accompagnèrent la désintégration de la république fédérale de Yougoslavie. Ces groupes comprenaient des Bosniaques (musulmans bosniens) de Bosnie et d'Herzégovine, des Serbes de la région de Krajina en Croatie, et des Albanais, puis des Serbes, de la province du Kosovo ■ en Serbie.



Crise du Kosovo, mai 1999 : exode des populations albanaises À partir de mars 1998, les combats entre les forces serbes et les séparatistes albanaises, et la politique d'"épuration ethnique" menée par Belgrade conduiront à l'exode de près de 900 000 Albanais du Kosovo.

Cette expression a aussi servi à désigner la façon dont les militants indonésiens traitèrent les habitants du Timor oriental, dont un grand nombre furent tués ou forcés à abandonner leur foyer après que les citoyens de cette région eurent voté en faveur de l'indépendance, en 1999. Par ailleurs, on a parlé de « nettoyage ethnique » au sujet de la situation dramatique dans laquelle se trouvèrent les Tchétchènes qui quittèrent Grozny et d'autres zones de la Tchétchénie après les opérations militaires russes contre les séparatistes tchétchènes dans les années 1990. Selon un rapport du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies (O.N.U.), le développement des nettoyages ethniques à partir des années 1990 s'explique par le caractère particulier des conflits armés contemporains, au cours desquels « les victimes civiles et les destructions des infrastructures civiles ne sont pas simplement des retombées de la guerre, mais résultent du fait que les non-combattants sont pris délibérément pour cible. [...] Dans bien des conflits, les belligérants prennent pour cible des civils afin de chasser ou d'éliminer certains éléments de la population, ou en vue d'accélérer la capitulation des forces armées ».

Le nettoyage ethnique est un concept qui a généré bien des controverses. Selon certains commentateurs, il diffère peu de celui de génocide. Mais ceux qui insistent sur sa spécificité soutiennent que le nettoyage ethnique et le génocide peuvent être distingués si l'on prend en compte

l'intention des auteurs du crime : alors que le but premier d'un génocide est la destruction d'un groupe ethnique, racial ou religieux, la visée principale d'un nettoyage ethnique est l'établissement de zones se caractérisant par leur homogénéité ethnique, ce qui peut se réaliser par un certain nombre de moyens, dont le génocide fait partie.

En outre, la question de savoir si le nettoyage ethnique est apparu seulement au xx^e siècle est aussi l'objet d'une controverse importante. Des historiens ont fait remarquer que le transfert forcé de millions d'individus organisé par les Assyriens aux vi^e et ix^e siècles avant J.-C. constitue peut-être le premier cas de nettoyage ethnique. On cite aussi, entre autres événements, l'exécution en masse de Danois par les Anglais en 1002, le fait que les Tchèques tentèrent de débarrasser leurs territoires des Allemands au Moyen Âge, l'expulsion des Juifs d'Espagne au xv^e siècle, et le déplacement forcé des indigènes d'Amérique dont les colonisateurs blancs de l'Amérique du Nord furent les auteurs aux xviii^e et xix^e siècles. D'autres spécialistes indiquent que le nettoyage ethnique, contrairement aux campagnes de déplacements forcés antérieures, résulte de certains phénomènes qui ne se développèrent qu'au xx^e siècle, tels que l'essor de puissants États-nations soutenus par des idéologies nationalistes et racistes prétendument scientifiques, dont le développement coïncida avec les progrès d'une technologie et de moyens de communication avancés. Si l'on adopte une telle conception du nettoyage ethnique, on peut citer entre autres faits le massacre des Arméniens par les Turcs en 1915-1916, l'extermination de Juifs européens par les nazis dans les années 1930 et 1940, la campagne de déportation de certaines minorités ethniques du Caucase et de la Crimée que l'Union soviétique mena pendant les années 1940, l'expulsion des Allemands des territoires polonais et tchécoslovaques après la Seconde Guerre mondiale, et les migrations forcées et les massacres de masse qui eurent lieu en ex-Yougoslavie et au Rwanda dans les années 1990.

Au cours de beaucoup de ces campagnes, les femmes furent l'objet de traitements particulièrement brutaux – comme le viol systématique et l'asservissement –, notamment parce que les auteurs de ces crimes voyaient en elles les « porteuses », aussi bien d'un point de vue biologique que culturel, de la prochaine génération qui assurerait la perpétuation de leur peuple ou nation. Parce que de nombreux hommes parmi les populations victimes de ces campagnes quittaient leur famille et leur communauté pour rejoindre des groupes de résistants une fois que les actes de violence avaient commencé, les femmes et les enfants se retrouvaient souvent sans défense.

La définition juridique précise du nettoyage ethnique a été l'objet de recherches approfondies menées par diverses institutions internationales, comme l'Organisation des Nations unies, les deux tribunaux ad hoc créés dans les années 1990 pour traduire en justice les auteurs des violations du droit humanitaire international en ex-Yougoslavie et au Rwanda [respectivement, le Tribunal pénal international pour l'ex-

Yougoslavie (T.P.I.Y.)  et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (T.P.I.R.) , et la Cour Pénale Internationale (C.P.I.), qui a commencé de siéger en 2002.



Slobodan Milosevic devant le T.P.I.Y.

L'ancien président yougoslave Slobodan Milosevic, inculpé de crimes contre l'humanité, comparaît pour la première fois, le 3 juillet 2001, devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), à La Haye (Pays-Bas).



Condamnation par le T.P.R.I. de Jean Kambanda en 1998

Pour son rôle dans le génocide de 1994, l'ex-Premier ministre du Rwanda, Jean Kambanda, est condamné le 4 septembre 1998 à la prison à vie par le Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui siège à Arusha en Tanzanie, avec lequel il collabora en plaçant coupable.

En 1992, se référant au conflit yougoslave, l'Assemblée générale des Nations unies déclara que le nettoyage ethnique était « une forme de génocide », et l'année suivante le Conseil de sécurité, citant des violations importantes et flagrantes du droit humanitaire international sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie, institua un tribunal chargé d'enquêter au sujet des allégations de crime de guerre et de crime contre l'humanité, incluant le nettoyage ethnique. Après avoir effectué des recherches sur la prise de la ville de Kozarac par les Serbes de Bosnie, le T.P.I.Y. a décrit le nettoyage ethnique en ces termes : « les forces des Serbes de Bosnie ont procédé à des rafles et ont expulsé de la zone, à pied, l'ensemble de la population non serbe ». Le tribunal a reconnu qu'il existait des points communs entre les actes de génocide et de nettoyage ethnique, remarquant qu'ils impliquent tous deux la prise pour cible d'individus en raison de leur appartenance à un groupe ethnique. Cependant, il reste qu'ils diffèrent sur un point important : alors que le nettoyage ethnique a pour but de contraindre un groupe particulier à fuir, le génocide vise l'extermination du groupe pris pour cible.

La création de la Cour pénale internationale a conduit au renforcement des liens existant entre le nettoyage ethnique et d'autres formes d'agression violente comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Dans la version finale de son rapport sur les éléments des crimes dans le cadre de la juridiction de la cour, la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale a indiqué clairement que le nettoyage ethnique pouvait constituer chacune de ces trois formes de crime selon la juridiction de la C.P.I. Le génocide a par exemple été défini comme un acte qui peut inclure le fait d'expulser de manière systématique des individus de leur foyer ; l'usage de la menace, de la force ou de la contrainte pour transférer un groupe ciblé de personnes a été reconnu comme un élément des crimes contre l'humanité ; et la « déportation et le transfert illégaux », ainsi que le déplacement de civils ont aussi été reconnus comme des éléments des crimes de guerre.

En dépit de discussions continuelles quant à sa définition, le concept de nettoyage ethnique est aujourd'hui fermement établi dans le droit international. Il reste à voir comment les mécanismes permettant de réagir face au nettoyage ethnique et de l'empêcher se développeront et seront mis en place.

[George J. ANDREOPOULOS](#) Thèmes associés

[CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ](#)

RACISME

Passé du communisme à l'ultranationalisme, Slobodan Milošević, président de la Serbie puis de la Fédération yougoslave, a fait du démembrement de l'ex-

Yougoslavie, dans les années 1990, une entreprise d'extermination. Les guerres qu'il a menées successivement en Croatie, en Bosnie et au Kosovo ont causé quelque 200 000 morts. La gravité des exactions commises par les Serbes a incité l'O.N.U. à créer, en 1993, un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), dont le siège est à La Haye. En mai 1999, en pleine guerre du Kosovo, celui-ci inculpe

Slobodan Milošević pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité (il sera inculpé pour génocide en novembre 2001). En juin 2001, Slobodan Milošević, qui a perdu le pouvoir et a été arrêté, est transféré à La Haye : il sera le premier ex-chef d'État à être jugé par un tribunal international. Cet événement, qui constitue un précédent historique, confirme le bien-fondé de la mission du T.P.I.Y., tout comme la raison d'être de la future Cour pénale internationale. En outre, le fait que Slobodan Milošević ait été livré au T.P.I.Y. par les Yougoslaves, même si les pressions et les irrégularités n'ont pas manqué, témoigne d'une prise de conscience inédite, par une nation, de son propre intérêt historique. Slobodan Milošević, qui ne reconnaîtra jamais la légitimité de cette instance, plaide non coupable et se représente lui-même lors de son procès qui s'ouvre en février 2002. Toutefois, il meurt en prison le 11 mars 2006, avant d'avoir été jugé.



Slobodan Milosevic devant le T.P.I.Y.

L'ancien président yougoslave Slobodan Milosevic, inculpé de crimes contre l'humanité, comparait pour la première fois, le 3 juillet 2001, devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), à La Haye (Pays-Bas).

[Christophe PÉRY](#) Thèmes associés

[CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ](#)

[HISTOIRE DEPUIS 1990](#)

[HISTOIRE DU DROIT DU XXe s et du XXIe s., de 1945 à nos jours](#)

[YUGOSLAVIE, histoire](#)