

**PREMIERE RENCONTRE DU
RESEAU ID (Internationalisation du Droit) FRANCO-CHINOIS**

Mondialisation et internationalisation du droit

Le contrôle de l'Administration

**BEIJING
6 - 8 OCTOBRE 2008**

LISTE DES PARTICIPANTS DE LA RENCONTRE DE BEIJING¹

Composition du groupe français

- M. Guy Canivet**, *membre du Conseil constitutionnel*
Mme Mireille Delmas-Marty, *professeur au Collège de France*
M. Olivier Dutheillet de Lamothe, *membre du Conseil constitutionnel*
M. Pierre Morel, *ancien Ambassadeur de France en Chine, Représentant spécial de l'Union européenne pour l'Asie centrale*²
M. Terry Olson, *conseiller d'Etat délégué aux relations internationales*
M. Jean-Marc Sauvé, *vice-Président du Conseil d'Etat*
M. Pierre-Etienne Will, *professeur au Collège de France*
M. Paul Bouchet, *conseiller d'Etat honoraire*
M. Jérôme Bourgon, *chargé de recherche au CNRS*
M. Jean-Luc Quinio, *conseiller juridique de l'Ambassade de France en Chine*

Composition du groupe chinois

- M. XIAO Yang**, *Ancien Président de la Cour populaire suprême*
M. ZHU Xiaoqing, *Procureur général adjoint du Parquet populaire suprême*
M. GAO Mingxuan, *Professeur et Doyen honoraire du Collège du droit pénal de l'Université normale de Beijing*
M. HU Jingguang, *Professeur à l'Université du Peuple*
M. ZHU Jingwen, *Professeur à l'Université du Peuple*
M. ZHAO Bingzhi, *Professeur et Doyen du Collège du droit pénal de l'Université normale de Beijing*
M. CHEN Yunsheng, *Professeur à l'Institut du droit de l'Académie chinoise de Sciences sociales et à la Faculté du droit de l'Université normale de Beijing*
M. LU Jianping, *Professeur et Doyen exécutif du Collège du droit pénal de l'Université normale de Beijing*

Coordination et traduction

- Mlle Isabelle Fouchard**, *chercheur associé au Collège de France*
M. David Lemétayer, *ATER au Collège de France*
M. LI Bin, *doctorant à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne*
Mme SUN Ping, *Vice Professeur au Collège du droit pénal de l'Université normale de Beijing*
Mme YU Luxue, *maître de conférences à l'Université du peuple*

¹ Rencontre organisée par l'Institut du droit pénal, la Faculté du droit de l'Université normale de Beijing et le Collège de France, avec le soutien du Ministère de l'Education nationale de la République Populaire de Chine, de l'Université normale de Beijing, de l'Ambassade de France en Chine et de son service juridique.

² En raison de sa nomination, le 15 septembre 2008, comme représentant spécial de l'Union européenne pour la crise en Géorgie, M. Pierre Morel ne pouvait être présent, mais il reste membre fondateur du réseau dont il continuera à suivre les activités présentes et à venir.

Ouverture

Présentation des réseaux « ID » par Mireille Delmas-Marty

Cette belle journée d'automne 2008 est presque une date anniversaire car notre première recherche franco-chinoise avait commencé à Pékin à l'automne 1992, lors d'une réunion avec les professeurs GAO Mingxuan, LU Jianping et ZHAO Bingzhi, sur un projet intitulé « Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal ». Depuis lors, nos échanges se sont considérablement développés et l'internationalisation du droit est devenue une réalité.

Cette expression ne désigne pas une catégorie juridique stabilisée comme le droit interne ou international, mais un processus, une dynamique, qui marque une ouverture des systèmes de droit et atténue les frontières entre le dedans et le dehors. En ce sens c'est un phénomène transformateur qui modifie la vision traditionnelle de systèmes juridiques fermés sur eux-mêmes.

Nous en avons déjà pressenti l'importance il y a seize ans quand nous avons placé notre thème de recherche autour de deux axes, le marché et les droits de l'homme, qui relèvent à la fois du droit interne et du droit international. L'étude a en effet porté d'une part sur les délits économiques (en particulier les délits de corruption, fraudes aux subventions publiques et contrefaçon) et de l'autre sur les atteintes aux droits de l'homme (protection de la dignité de la personne, traites de femmes et d'enfants, traitements inhumains et dégradants, torture). La fécondité de cette première phase s'est traduite par des effets directs et indirects.

Un effet direct car le travail considérable de rédaction et de traduction réalisé par les deux équipes nous a permis de publier entre 1994 et 1998 huit volumes qui présentent, en version française et chinoise, les systèmes de droit français et européens, chinois et asiatiques, ainsi que le droit international, et se concluent par des recommandations¹.

Quant à l'effet indirect, il a consisté, dans le prolongement de la recherche, à lancer en 1997, avec le soutien de l'Ambassade de France, de l'Union Européenne puis de l'Ambassade de Chine, un programme spécifique de formation de jeunes juristes chinois intitulé « Le droit en Europe » et comportant, après une année de formation linguistique au français, des cours donnés par l'Université de Paris-I sur les grandes familles juridiques européennes et sur le droit européen, puis des stages dans les principales institutions communautaires et la visite des deux cours européennes (celle de Luxembourg et celle de Strasbourg). Ce programme a en outre permis aux meilleurs étudiants de chaque promotion de revenir en France pour préparer et soutenir une thèse : une douzaine de thèses ont déjà été soutenues dans le prolongement de ce programme et parfois publiées, et d'autres sont encore en préparation.

Enfin chaque équipe, française et chinoise, a poursuivi ses propres recherches. Il faut mentionner que l'équipe chinoise a organisé de nombreux congrès internationaux et notamment le grand congrès de l'Association internationale de droit pénal en 2004. Plus récemment, le professeur Lu est engagé dans un projet financé par l'Union Européenne sur la peine de mort et l'opinion publique en collaboration avec le *British Institute* et l'Institut Max Planck. Du côté chinois, il y a donc une activité considérable dans le domaine des recherches nationales et internationales.

¹ *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, MSH 1994- 1998 ; en chinois, éditions de la sécurité publique, 1994-98.

Du côté français, avec les nouvelles possibilités offertes par le Collège de France, les recherches se sont orientées vers des travaux interdisciplinaires, associant entre 2002 et 2003 juristes et sinologues sur le thème de la démocratie et de l'Etat de droit¹, puis en 2007 sur le thème de la peine de mort et du suicide (séminaire Collège de France, auquel a participé Lu Jianping)².

Si nous avons proposé à nos collègues chinois de relancer notre coopération en matière d'internationalisation du droit, c'est qu'en seize ans l'effet transformateur des phénomènes liés à l'internationalisation du droit s'est considérablement accru, sous la double influence de la globalisation économique et de l'universalisme des droits de l'homme. On retrouve donc, comme nous en avons eu l'intuition, le marché et les droits de l'homme : l'internationalisation du droit accompagne désormais la globalisation économique, notamment marquée en 2009 par l'entrée de la Chine à l'OMC, et pourrait accompagner la mise en œuvre des deux Pactes de l'ONU relatifs aux droits de l'homme. Après leur signature par la Chine en 1997 et 1998, puis la ratification du premier Pacte (droits économiques, sociaux et culturels) en 2001, des études sont en cours, notamment celles du professeur LU Jianping, en vue de la ratification du second Pacte (droits civils et politiques).

Lors d'une réunion préparatoire (Paris, juin 2007), l'ambassadeur Pierre Morel, avait d'ailleurs évoqué la Déclaration franco-chinoise, signée par les deux présidences en 1997, qui, pour la première fois, reconnaissait l'importance, au-delà des spécificités nationales, du respect des droits de l'homme définis dans le cadre de la Déclaration universelle.

C'est le moment, rappela-t-il, où la Chine a commencé à annoncer ses intentions vis-à-vis des deux pactes des Nations Unies, et les négociateurs s'étaient référés aux travaux menés par les juristes chinois et français. Et il ajouta que plus récemment, à l'occasion de la réunion en 2007 des ministres des affaires étrangères de l'ASEM (*Asia-Europ Meeting*) en Allemagne, lors de la rencontre entre le nouveau ministre chinois des affaires étrangères, M. YANG Jiechi et M. Steinmeier, ministre des affaires étrangères de l'Allemagne, qui présidait alors l'Union Européenne, a été annoncée la perspective de la ratification du second pacte.

J'en viens au cœur de mon propos : pourquoi ce réseau ID et comment travaillera-t-il ?

Pourquoi ?

Qu'il s'agisse des droits de l'homme ou du marché, l'internationalisation du droit est un phénomène particulièrement complexe qui se traduit tantôt par l'importation en droit interne de sources externes, par intégration, spontanée ou contrainte, du droit étranger ou international (*internalisation*), tantôt par l'exportation du droit interne, par son extension, proposée ou imposée, hors des frontières nationales (*externalisation*).

En conséquence, les relations internationales et les négociations diplomatiques deviennent de plus en plus juridiques, tandis que les opérateurs du droit sont de plus en plus confrontés aux interactions entre les différents ordres juridiques et à l'influence des relations économiques et financières. Autrement dit, il y a maintenant une imbrication du juridique, du politique et de l'économique qui renforce la place du droit international et du droit comparé dans les

¹ M. Delmas-Marty et Pierre-Etienne Will, *La Chine et la démocratie – tradition, droit, institutions*, Fayard, 2007

² RSC 2008, n°3

relations internationales, et c'est dans ce cadre qu'il nous a paru nécessaire – et même urgent – de créer des réseaux d'analyse et de prospective.

Au-delà de l'analyse, l'objectif de ces réseaux est en effet plus prospectif que fonctionnel : il ne s'agit pas de faciliter directement la coopération –réseaux de juges, de régulateurs ou de législateurs – ou l'enseignement et la recherche – réseaux d'universitaires –, mais de combiner les diverses approches, pratiques et théoriques, pour contribuer à la construction d'un ordre mondial adapté à la diversité du monde, donc pluraliste et non hégémonique, le pluralisme étant sans doute la condition d'un « ordre harmonieux » pour reprendre l'expression de nos collègues chinois.

Pour que cet ordre mondial en gestation soit vraiment pluraliste, il faut réussir à combiner l'universalisme au sens de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le respect de la diversité au sens de la Convention de l'UNESCO de 2005 sur la diversité culturelle, donc un certain relativisme. Une telle combinaison étant fort difficile à concevoir et à mettre en œuvre, l'objectif des réseaux ID sera précisément d'ouvrir des voies, leur dénomination « ID » prenant alors un double sens : « internationalisation du droit », mais aussi « imagination et droit ».

C'est donc pour nourrir l'analyse et stimuler l'imagination sur les pratiques d'internationalisation du droit dans le monde, que nous avons lancé la formule des « réseaux ID ». Une formule atypique car ces réseaux sont de type inter/national mais aussi inter/professionnel et inter /générationnel, comprenant un groupe de très hautes personnalités aux compétences diversifiées (non seulement des universitaires, juristes et historiens, mais aussi des juges et des diplomates), qui doit rester suffisamment restreint pour permettre des rencontres une fois par an.

Souhaitant associer les pays qui jouent un rôle majeur dans la mondialisation, nous avons ainsi créé trois réseaux - avec la Chine, les Etats-Unis et le Brésil - que nous avons l'ambition de réunir tous ensemble à Paris en 2011. Ce choix reflète non seulement l'importance de ces pays, mais aussi la diversité des modèles d'internationalisation qu'ils illustrent, comparés au modèle français lui-même représentatif des pratiques européennes.

Nous avons profité en 2006 du passage à Paris du juge à la Cour Suprême des Etats-Unis, M. Stephen Breyer, pour lancer le réseau franco-américain qui s'est réuni, pour la deuxième fois, à New York en mai 2007 et une troisième fois à Paris en juillet 2008. Grâce au professeur Rezek ancien juge à la Cour internationale de justice et ancien ministre des affaires étrangères, le réseau franco-brésilien a tenu sa première réunion en octobre 2007 au Brésil (Université de Sao Paolo) et nous sommes heureux de réunir à présent, en présence du président Xiao Yang le réseau franco-chinois car il est vraiment au cœur du projet. On ne saurait concevoir la mondialisation entre pays occidentaux, sans associer la Chine, d'autant que l'ancienneté et la fécondité de nos relations professionnelles et amicales ont créé le climat de confiance indispensable à la réussite de notre projet.

Comment ?

Je voudrais maintenant présenter plus directement notre programme de travail.

Quant au thème, nous avons choisi de travailler sur le contrôle de l'Administration parce que nos deux pays ont l'un et l'autre d'anciennes et fortes traditions en ce domaine. Il sera donc intéressant sur ce thème, non seulement de comparer nos pratiques, mais aussi d'envisager l'apport que représentent nos traditions nationales pour une réflexion sur l'organisation administrative de la mondialisation. Chaque groupe fera une présentation de son système, notamment à travers des études de cas, mais chacun devrait aussi apporter des éléments de prospective sur les méthodes à proposer dans le cadre de la mondialisation.

On peut d'ailleurs relier ce thème à la comparaison, en termes d'efficacité et de garantie des droits fondamentaux, de la sanction pénale et de la sanction administrative. C'est en Chine, nous a dit le professeur Lu, un sujet d'actualité avec l'adoption de la loi sur les sanctions administratives pour les actes anti-sociaux votée en 2005. On assisterait en effet à une judiciarisation des sanctions administratives par le travail, notamment dans des camps d'internement, avec l'idée d'inclure des contraventions à la française dans le code pénal chinois, remplaçant ainsi les sanctions administratives par des sanctions pénales relevant du judiciaire.

Parallèlement en France, on observe une évolution du régime juridique des sanctions administratives d'abord en droit interne, à travers la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais également sous l'influence du droit international européen (droit du marché et droit des droits de l'homme).

Quant à la méthode de travail proposée, il semble logique de commencer dès aujourd'hui par une introduction historique concernant nos deux pays.

Puis nous aborderons la question très actuelle des processus d'internationalisation, qu'ils posent la question de l'intégration du droit international dans le droit interne, ou à l'inverse, la question souvent négligée et pourtant essentielle dans un monde qui se veut pluraliste, de l'apport des droits nationaux au droit international.

Il est en effet important de repérer les divergences et convergences entre nos deux systèmes et les différents modèles d'internationalisation du droit qui les sous-tendent. Nous pourrions ainsi éclairer la question difficile de la conception même de l'Etat de droit à l'heure d'une mondialisation qui se fait sans Etat mondial.

Nous compléterons ensuite cette approche théorique par des études de cas portant sur les deux questions du contrôle de la police et du contrôle en matière de corruption de fonctionnaires. Il s'agit non seulement de présenter les cas, pays par pays, mais de tenter de repérer en pratique l'influence des deux facteurs de la mondialisation que sont la globalisation économique (OMC) et l'universalisme des droits de l'homme (DUDH et pactes Onu).

Enfin nous terminerons par « Bilan et perspectives » pour tirer les leçons de nos travaux et déterminer, le cas échéant, le thème d'une deuxième rencontre.

I – L'évolution historique du contrôle de l'administration

Le contrôle de l'administration en Chine **par Hu Jinguang**

Résumé

L'institution du contrôle de l'administration a derrière elle une très longue histoire en Chine. Le mot « contrôler » (Jiancha, 监察) dérive du « commissariat du roi de contrôle » (Jiancha Yushi, 监察御使). Sous la dynastie de Qin, une lueur du régime du contrôle commence à poindre. Le régime du contrôle, connaissant un très grand progrès sous la dynastie de Wei-Jin, se perfectionne sous les dynasties de Sui et Tang et atteint son apogée sous les dynasties de Ming et Qing. Pour l'empire chinois, le commissariat du roi de contrôle servit d'inspecteur du comportement des agents dans la hiérarchie administrative royale afin d'assurer la suprématie du roi sur toute la bureaucratie. D'ailleurs, l'inspecteur était indispensable pour renforcer le despotisme féodal et maintenir la stabilité de l'ordre social. J'ose dire qu'en Chine, la culture traditionnelle du contrôle de l'administration a considérablement influencé l'institution contemporaine du contrôle.

Les trois systèmes principaux du contrôle de l'administration sont : le contrôle législatif, le contrôle hiérarchique et le recours judiciaire.

CONTRÔLE LÉGISLATIF

Selon la Constitution chinoise, tous les organes administratifs étant issus de l'Assemblée nationale populaire (ANP), sont responsables devant celle-ci et sont contrôlés par celle-ci. Mais le contrôle exercé par l'organe législatif ne se réalise que par des voies très limitées. Ni l'ANP ni l'Assemblée nationale permanente n'a jamais déclaré un règlement ou une ordonnance inconstitutionnel. La Chine ne possède pas, au sens strict, un système de contrôle constitutionnel (*Judicial review*).

Dans la réalité, le contrôle législatif se réalise dans le contrôle postérieur et dans le contrôle du tribunal.

Contrôle postérieur

Selon la « Loi de législation » (2000, 立法法) et le « Décret de l'enregistrement de règlement et d'ordonnance » (2002, 法规规章备案条例), tous les textes législatifs doivent enregistrer soit aux assemblées populaires permanentes au niveau national ou local, soit au Conseil des affaires d'État après qu'ils entrent en vigueur. L'organe ledit est responsable d'examiner la légitimité des textes législatifs¹. Cependant, la procédure de l'enregistrement n'empêche pas l'application des règlements ou des ordonnances par la cour et par le gouvernement. Les textes susceptibles d'être inopportunes seront délibérés par le Conseil des affaires d'État ou

¹ Les domaines d'examen comprennent: l'excès de pouvoir ; uniformité des textes inférieur aux textes supérieurs ; compatibilités entre les deux textes au même rang ; l'opportunité du contenu ; la procédure de confection. L'art. 10, « Décret de l'enregistrement de règlement et d'ordonnance » (2002).

l'Assemblée nationale permanente.

Contrôle du tribunal

Le contrôle du tribunal se manifeste par la discrétion du juge, qui, le cas échéant, a la faculté d'appliquer ou d'ignorer l'ordonnance (Guizhang, 规章) issue de Conseil d'État et des gouvernements locaux¹.

CONTÔLE HIÉRARCHIQUE

Le contrôle hiérarchique déclenche au sein de la structure administrative. L'inspection et réexamen sont les moyens généraux.

L'inspection

Établi dans les années 50, le Ministère de l'inspection (Jianchabu, 监察部) comprend deux organes, le secteur de l'inspection administrative et le secteur de l'audit. Conduisant par les organes spéciaux au sein du gouvernement, l'inspection exerce une mission générale de contrôler les organes administratifs et les comportements des argents publics. Elle peut rendre une décision ou une suggestion apportée directement au comportement dérogatoire à la loi. Ce contrôle se caractérise par une tradition de coaliser le Ministère de l'inspection et le Comité de l'inspection de discipline (Jijian, 纪检) du Parti communiste chinois. L'expérience a prouvé qu'une telle coalition pouvait entraîner l'imbrication ambiguë entre le pouvoir administratif et le pouvoir politique politicien.

L'inspection administrative vise à prévenir et combattre la corruption, à promouvoir l'intégrité et l'efficacité ; et à veiller à la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, de transparence et de responsabilité. L'organe chargé de l'inspection a le droit de faire l'enquête, d'interpeller, de rendre la suggestion ou la décision à la fin de l'inspection. En effet, la l'inspection menée par les deux organes coalisés jouit souvent une avant-procédure de l'interrogation du bureau de corruption du parquet.

Réexamen

S'agissant réexamen administratif, la personne physique ou morale dispose tel moyen qui lui permet de remettre certaines décisions administratives déjà rendues devant la responsabilité du gouvernement. L'organe administratif concerné, dans un délai de 60 jours, doit réexaminer la légitimité d'une décision administrative, y compris l'examen du contenu ainsi que l'examen de la procédure². Selon l'art. 7 de « Loi réexamen administratif » (1999, 行政复议法), la personne physique ou morale peut également saisir l'organe concerné d'une action arbitraire administrative tels que la légitimité du décret (Guiding, 规定) du Conseil

¹ L'art. 53, « Loi de la procédure administrative » (1989).

² L'art.28. « Loi de réexamen administratif » (1999).

d'État ou la légitimité du décret local¹.

RECOURS JUDICIAIRE

Il reste alors le troisième moyen, même le plus important – le contrôle judiciaire. La Chine ne possède pas de système de cours administratives. Les contentieux administratifs sont résolus par les cours générales. De l'année 2003 et 2007, le chiffre des contentieux administratifs enregistrés aux cours atteint 470,000 dont plus que 100,000 pour l'année 2007.

Aujourd'hui, il y a un débat concernant l'éventualité de la révision de la « Loi de la procédure administrative » (1989, 行政诉讼法). Bien que cette loi reconnaisse au juge l'arbitrage de suspendre l'ordonnance dans un contentieux, la cour ne répond pas à l'interpellation d'un texte législatif rendu par un plaignant. D'autre part, d'après les lois en vigueur, les moyens d'indemnisation ne portent que sur *jura personarum* et le droit des biens, de telle sorte que le droit d'éducation, le droit de travail etc. sont exclus de la protection du système judiciaire. En plus, manque de référé peut entraîner la longue durée de l'action. La réconciliation entre les plaignant et l'organe visé est aussi exclue du moyen de résolution.

¹ Ibid. l'art. 7.

Le contrôle de l'administration en droit chinois : introduction historique par Pierre-Étienne Will

Version française

Dans la vision conventionnelle en Occident depuis les jésuites et Montesquieu, le gouvernement de la Chine impériale — celle à laquelle est consacrée cette introduction historique — était à la fois despotique / autocratique et bureaucratique. Les deux ne sont pas contradictoires dès lors qu'on ne reconnaît aucune autonomie à la bureaucratie : l'appareil bureaucratique n'est que le bras armé du despote et doit répondre à tous ses caprices, le pouvoir ultime appartient au trône). C'est la vision qu'a en particulier développée le grand historien Étienne Balazs dans les années 1950-1960 : il voyait dans le système impérial une sorte de totalitarisme s'appuyant sur le mandarinat et sur l'idéologie confucéenne, anticipant sur les totalitarismes modernes. D'autres auteurs (par ex. Qian Mu 錢穆) ont voulu au contraire voir dans les lettrés et dans les institutions où ils servaient comme fonctionnaires une sorte de contre-pouvoir¹.

La vision de Qian Mu (et d'autres intellectuels chinois formés au début de l'ère républicaine) est excessive et très idéalisée, mais il est incontestable que le pouvoir dynastique en Chine a rarement été totalement incontrôlable et arbitraire. J'ai analysé ailleurs les vues d'un certain nombre d'auteurs ayant observé la Chine de près, et sur place, au 19^e siècle, qui contestaient avec énergie la notion d'une Chine despotique (que ce despotisme soit « éclairé » ou pas)². Pour eux la population jouissait d'une grande marge de liberté (elle pouvait vaquer tranquillement à ses occupations, se déplacer, acheter et vendre la terre, le droit de propriété était protégé, etc.) ; quant à l'empereur et à ses représentants, ils ne pouvaient pas agir arbitrairement : ils étaient soumis à certains contrôles, soit négatifs (l'opinion publique, la résistance passive ou active de la population, les manifestations, les pétitions, à la limite le « droit de rébellion »), soit positifs, c'est-à-dire institutionnels (les procédures de contrôle internes à la bureaucratie, le censure, et, à la base de tout cela, « les lois »).

Ce sont ces contrôles institutionnels qui nous intéressent ici. Mais avant d'en parler il est indispensable d'évoquer certains problèmes, de poser certaines distinctions et de proposer certaines définitions, sans quoi l'on tombe rapidement dans des généralités sans intérêt.

Problèmes et distinctions

1) Variabilité des situations

Il est impossible de prendre la période impériale (la « Chine traditionnelle ») comme un bloc. En dépit de certains invariants (dans le discours, dans la nomenclature, dans les références aux Classiques), les choses changent énormément d'une période à l'autre. Je ne m'occuperai que de la « période impériale tardive », i.e. les Ming (1368-1644) et les Qing (1644-1911). Mais même ainsi il existe de profonds contrastes entre les deux régimes, et

¹ Pour le contraste entre les vues de Balazs et de Qian Mu, voir L. Ladany, « The History of China, Part I : Political Characteristics », *China News Analysis*, n° 1015, 3 octobre 1975, p. 1-7.

² « Le despotisme et la 'Chine démocratique' chez les auteurs européens au XIX^e siècle », in Mireille Delmas-Marty et Pierre-Étienne Will, *La Chine et la démocratie*, Paris, Fayard, 2007, p. 43-81.

d'une période à l'autre sous chacun des deux. Il n'est rien de plus risqué que d'isoler une situation particulière (plaidant dans un sens ou dans l'autre) et d'en parler comme si cela caractérisait le tout. Les auteurs évoqués *supra* parlaient des Qing, mais la vision des jésuites aux 17^e-18^e siècles et des diplomates ou des missionnaires au 19^e n'était pas la même. Il ne faut pas oublier que le régime par rapport auquel s'est définie la modernité politique ou juridique en Chine est celui des Qing, particulièrement le 19^e siècle. Or, on trouve des éléments du plus grand intérêt dans les siècles précédents.

2) *Que faut-il entendre par « droit chinois » ?*

La notion de « droit chinois » (« le contrôle de l'administration dans le droit chinois ») est à la fois trop vague et trop restrictive. On peut au moins distinguer :

a) le droit pénal, celui du Code (*Da Ming lü* 大明律, *Da Qing lü* 大清律, et leurs prédécesseurs depuis le code des Tang), qui est le mieux défini et le plus systématique, et le plus stable dans le temps (bien qu'évolutif pour tout le secteur des lois secondaires, les *li* 例), avec un corpus de textes clairement hiérarchisés et une authentique pensée juridique en arrière-plan, développée dans un grand nombre de traités et de commentaires. Certains abus de l'administration (de nature « criminelle » : abus de pouvoir, corruption, etc.) sont couverts par le Code, mais pour l'essentiel les actes de l'administration sont encadrés par une autre catégorie de textes :

(b) le « droit administratif », qui est plutôt un corpus de réglementations dans lequel la dimension répressive est en quelque sorte secondaire, bien que très présente (sous la forme des *chufen zeli* 處分則例, ou « règlements sur les sanctions des fonctionnaires », qui ont été publiés séparément à partir du 18^e siècle). Ce droit administratif est beaucoup plus évolutif que le droit pénal : une création / prolifération continue, avec une masse de précédents ayant valeur de « lois » (souvent désignés par l'expression « règle établie », *dingli* 定例), diffusés en permanence au sein de l'appareil administratif, dont une partie seulement seront en fin de compte codifiés. Il faut souligner que cette distinction pénal / administratif ne s'est clairement établie qu'à partir du 18^e siècle, et qu'il y a toujours des passerelles (ou des redondances, ou des ambiguïtés).

Mais si on s'intéresse au contrôle des actes de l'administration il faut aussi faire intervenir des notions moins clairement institutionnalisées, non codifiées, et qui ne sont pas à proprement parler juridiques : (a) l'usage, ou les précédents (*gushi* 故事), non codifiés et non écrits, mais qu'il est possible d'invoquer contre certaines décisions, et qui ont une dimension clairement dynastique ; (b) les « valeurs », ou la morale, qui transcendent cette dimension dynastique et s'enracinent dans la tradition scripturaire (les Classiques).

3) *Pouvoir dynastique et bureaucratie*

Autre distinction importante (s'agissant de contrôle) : entre l'empereur, de droit divin, et les membres de l'appareil bureaucratique, qui en principe n'ont de légitimité qu'en tant que « ministres » (*chen* 臣, un mot qui signifie à l'origine « esclave ») de leur souverain (*jun* 君). Tous font partie intégrante de l'« administration », ou du gouvernement : il existe un continuum entre le trône d'une part, et les bureaux des ministères ou les gouvernements locaux d'autre part, dans la mesure où tous les actes de l'administration doivent être en théorie sanctionnés par le trône, ou par des textes émanant de lui. La question est en partie de

savoir qui contrôle qui et qui détient l'initiative : la bureaucratie (qui détient tous les leviers, qui est à la source de l'information, qui impose ses propres habitudes, voire sa propre inertie, et qui prétend en outre exercer un magistère idéologique), ou l'empereur (qui détient le pouvoir ultime) ? Le rapport de force est très fluctuant : c'est là en particulier qu'on observe de fortes différences entre les Ming et les Qing, et d'un règne à l'autre à l'intérieur de chaque dynastie. Les empereurs Qing, jusqu'à Daoguang inclus (r. 1820-1850), ont tous été des professionnels de l'administration, très au courant des problèmes et suivant assidûment le travail quotidien du gouvernement. Par contraste, après le fondateur de la dynastie les souverains Ming ont eu tendance à être moins interventionnistes, moins obsédés de contrôle et de surveillance — certains étaient même parfaitement irresponsables —, et à dépendre de leur entourage proche (eunuques, grands secrétaires). Mais il fallait tenir compte de leurs caprices, qui étaient souvent la cause de graves conflits avec la bureaucratie.

L'empereur et la bureaucratie sont régis par des instances différentes : 1) le souverain l'est par la volonté du ciel, par l'héritage de ses ancêtres (les directives établies par les fondateurs, concernant aussi bien le clan impérial que l'État), et par les « modèles anciens » (*gushi*, i.e. les précédents dynastiques régissant la vie de la cour) ; 2) la bureaucratie l'est par l'impératif de loyauté envers la dynastie (*zhong 忠*), par la législation, de quelque nature qu'elle soit, qui n'a de valeur qu'en tant qu'elle est édictée par l'empereur (même si ce n'est pas toujours à son initiative), et par ses propres valeurs professionnelles ou morales, appuyées sur les Classiques et les histoires officielles. On peut parler de deux régimes de légitimité différents : du coup la question du contrôle se pose également en termes différents.

La notion de « constitution »

Ces « instances » qui régissent le comportement et les activités du souverain et des fonctionnaires, et peuvent donc servir de support au contrôle de leurs actions, sont matérialisées par certains textes fondamentaux. J'ai risqué à propos des Ming, dans un chapitre de *La Chine et la démocratie*, la notion d'une quasi constitution. Non pas une « loi fondamentale » cohérente et s'imposant également à tous, mais un ensemble passablement hétéroclite de textes considérés comme contraignants, voire opposables, fondant le régime dynastique, et qui régissent non seulement le comportement et les actes de l'empereur et des agents de l'État mais aussi la production des lois. S'il y a « contrôle », c'est en bonne partie sur la base des règles et des principes contenus dans ces textes.

Tel que je le vois, on peut compter au sein de cet ensemble de textes :

- Les Classiques, en quelque sorte l'instance supra-dynastique supposée légitimer tout le reste, et dont les gardiens et les interprètes sont les lettrés¹. C'est le substrat idéologique (un peu comme le marxisme-léninisme dans les constitutions de la RPC).

- Les institutions des ancêtres (*zuzhi 祖制*), concept à la fois vague (il regroupe un nombre indéfini de notions et de textes) et fort (il fait intervenir la vertu fondamentale de piété filiale, *xiao 孝*). Sous les Ming on peut y inclure toute une série de directives et d'institutions émanant du fondateur de la dynastie (Zhu Yuanzhang 朱元璋, r. 1368-1398),

¹ En tout cas sous les Ming : le tour de force de l'empereur Kangxi (r. 1662-1722), au début de la dynastie mandchoue des Qing, a été de faire considérer la protection de l'orthodoxie comme un attribut du souverain, et non plus de la corporation des lettrés.

telles que : a) les « Instructions ancestrales des Augustes Ming » (*Huang Ming zuxun* 皇明祖訓), une sorte de « constitution familiale » du clan impérial ; b) les « Grandes proclamations » (*Dagao* 大誥), une série de textes dénonçant diverses sortes de crimes que l'empereur a eu l'occasion de sanctionner, fixant des châtiments en général d'une grande cruauté, encourageant les dénonciations ; c) le Code pénal finalisé en 1397.

- La « constitution administrative », i.e. le descriptif des institutions fixées au cours du premier règne, systématisé plus tard dans les éditions successives du *Recueil des institutions des grands Ming* (*Da Ming Huidian* 大明會典), fixant la structure et les tâches de l'administration, et enrichi par un code administratif (les *zeli* 則例 ou *shili* 事例) basé sur une jurisprudence en évolution constante.

Les Ming offrent un exemple particulièrement éloquent de la tension qui s'établit inévitablement entre les « institutions ancestrales » (la « constitution ») et la réalité du gouvernement et de la production législative, à cause des évolutions de la société et de l'économie : les institutions originelles sont vite devenues obsolètes et ont peu à peu laissé la place à d'autres mieux adaptées ; mais cela ne pouvait se faire que de façon discrète¹, et c'était une source potentielle de conflits.

En effet les institutions ancestrales peuvent être invoquées par l'opposition politique pour s'opposer aux initiatives du gouvernement en place et de l'empereur : la volonté réelle ou supposée des fondateurs de la dynastie garde une très grande prégnance (on pense à l'évocation des *founders* dans les débats constitutionnels américains). Sous les Ming les exemples extrêmes de ce genre de débat sont les deux affaires de succession concernant l'empereur Jiajing 嘉靖 (la « controverse du grand rituel », *dali yi* 大禮議, au début de son règne, dans les années 1520) et l'empereur Wanli 萬曆 (la dispute sur le « fondement de l'État », *guoben* 國本, à la fin du 16^e siècle) : les ritualistes cherchent à contrôler l'empereur en lui opposant les règles édictées par ses ancêtres pour qu'il renonce à ses projets, et le conflit donne naissance à des factions opposées au sein de la bureaucratie, auxquelles il sert surtout de prétexte alors qu'il s'agit d'abord de luttes de pouvoir. La critique de l'empereur peut en fait aller assez loin et porter sur de véritables questions de gouvernement (les abus fiscaux des eunuques sous Wanli, certaines décisions imposées par les grands secrétaires), toujours en invoquant l'héritage des ancêtres, et parfois en reprochant au souverain de violer la tradition établie et d'outrepasser ses droits — ses droits constitutionnels, est-on tenté de dire, quoique dans un sens rituel ou politique plutôt que juridique.

Le contrôle de la bureaucratie

Mais cela, c'est le contrôle de l'empereur (les limites constitutionnelles au despotisme, en quelque sorte) ; et il faut souligner que la critique publique et directe de l'empereur (et non simplement de son entourage) et des politiques qu'il encourage, dont les exemples ne manquent pas dans la seconde moitié des Ming, était tout à fait inconcevable sous les Qing. On a alors une configuration très différente, s'expliquant en partie par l'origine ethnique (non chinoise) du régime et son extrême susceptibilité à la moindre suggestion

¹ L'exemple type est l'émergence du grand secrétariat (*neige* 內閣) dont le chef est devenu à terme l'équivalent d'un premier ministre tout-puissant, dès le début du 15^e siècle, alors que le fondateur de la dynastie avait solennellement aboli la fonction de premier ministre et les institutions sur lesquelles s'appuyait ce dernier. Or, le grand secrétariat n'a jamais été intégré à la « constitution administrative » (le *Huidian*).

d'illégitimité. Par une sorte de compensation, et aussi par réaction contre le désordre politique de la fin des Ming, l'exaltation de la personne impériale sous la dynastie mandchoue a été portée à un degré rare dans l'histoire de la monarchie chinoise : non seulement Fils du Ciel, mais sage suprême et omniscient, bienfaiteur des populations, dépositaire ultime et inattaquable de la compétence gouvernementale.

L'empereur peut en théorie être critiqué sur sa conduite personnelle ou parce qu'il contrevient aux « règles instituées » (*dingli*) ou au « modèles anciens » (*gushi*) établis par ses ancêtres ; on peut aussi débattre des politiques décidées à la cour, en principe sous la responsabilité du souverain, voire les attaquer. Encore faut-il que cette critique soit le fait de personnes qualifiées (les censeurs, mais sous les Ming beaucoup d'autres se le sont autorisé), en y mettant les formes, et en acceptant de prendre des risques dès lors que la *personne* de l'empereur est concernée — en fait, on vient de le voir, sous les Qing c'est quasiment impossible. Mais l'empereur ne peut par définition être mis en accusation de façon formelle, et encore moins sanctionné : dans son cas on ne peut certainement pas parler de contrôle légal, même s'il existe d'autres formes de contrôle, comme on l'a vu, très variables d'un régime à l'autre et d'un règne à l'autre.

Qu'en est-il dès lors du contrôle légal des actes, sinon de l'empereur, du moins de l'État ou de ses agents — entendons, dans un sens administratif et juridique (appuyé sur une législation ad hoc, normative et contraignante), impliquant des sanctions, l'annulation de certains actes, des indemnités aux victimes de ces actes, etc. ? Une telle chose existe-t-elle en Chine ? Oui, mais à l'intérieur de limites bien établies, et avec une forte détermination de l'environnement politique.

Il est déjà important de préciser ce qu'on entend par « État ». Dans la Chine impériale l'État n'est pas une entité juridique. Le mot *guojia* 國家 (l'État en chinois moderne) désigne l'État en tant qu'il est incarné par la dynastie régnante ; or la mise en accusation de cette dernière est hors limites : ce serait de la haute trahison. Le mot « État » ne peut s'appliquer, pour la commodité, qu'à *l'organisation gouvernementale*, à la somme des institutions et des personnes qui la composent. Or, non seulement l'on ne peut traîner cette organisation devant les tribunaux ou lui demander réparation, mais il en va de même pour ses parties constituantes — les ministères, les gouvernements provinciaux, les administrations locales, etc. Si contrôle légal il y a, il vise non les institutions, mais *les hommes* — le ministre, le gouverneur ou le magistrat untel, à qui est opposable tout un éventail de fautes professionnelles (*gongzui* 公罪) ou de crimes (*sizui* 私罪)¹.

Il faut aussi rappeler ici la distinction essentielle entre, d'une part, les fonctionnaires du cadre régulier (formellement nommés par l'empereur, dont les carrières sont gérées par le ministère du Personnel, *libu* 吏部, et à qui s'applique le terme que nous traduisons par « fonctionnaire », *guan* 官) ; et d'autre part, l'ensemble des personnels subalternes (les commis *lixu* 吏胥, policiers, *yayi* 衙役, etc.) ou privés (les secrétaires, *muyou* 幕友, les serviteurs des fonctionnaires, *jiaren* 家人 ou *changsui* 長隨), qui forment une masse de manœuvre énorme (particulièrement sous les Qing), perçue par le public comme faisant bien partie de l'appareil d'État, même si ce n'est pas à strictement parler le cas. Seuls les premiers peuvent être assignés pour faute professionnelle en tant qu'agents de l'État, et ils sont tenus responsables des agissements des seconds. En revanche les agents appartenant à l'une et

¹ Correspondant à peu près aux « fautes de service » et « fautes personnelles » de notre terminologie.

l'autre catégorie sont susceptibles d'être dénoncés et poursuivis pour fautes personnelles (i.e. des crimes relevant du code pénal).

Avant d'examiner qui est habilité à exercer un contrôle sur l'administration, et sur quelles bases légales ou réglementaires, peut-être faut-il encore rappeler la distinction entre deux usages possibles de la notion de « contrôle » : a) contrôle de conformité des actes de l'administration par rapport à la loi ou à l'usage sanctionné ; b) contrôle de conformité des actes de l'administration par rapport aux politiques décidées au sommet : il s'agit alors de conformité politique plutôt que légale, et c'est un aspect important dans les périodes de débat politique ouvert. Le problème est que la séparation n'est pas toujours nette et que les mêmes agents peuvent être en charge des deux formes de contrôle. Sous les Song du Nord par exemple (11^e-début 12^e siècle), lorsque le pouvoir central oscillait entre « réformateurs » et « conservateurs », les censeurs étaient d'abord chargés de veiller à ce que les choix du moment, qui rencontraient toujours beaucoup d'opposition sur le terrain, fussent effectivement suivis, et de dénoncer les récalcitrants ; ce qui en un sens était un détournement de leurs fonctions traditionnelles (cf. *infra*).

De fait c'est le premier usage de la notion de contrôle qui nous concerne plutôt ici, car en dernier ressort il s'agit d'un contrôle visant à l'intérêt des usagers et au respect de la légalité, non à la promotion d'intérêts politiques. Dès lors se pose la question : qui est habilité à dénoncer les atteintes aux lois et aux règlements, à l'usage sanctionné, voire à la morale, donc à « exercer » le contrôle ? Je suggère pour la commodité de hiérarchiser en trois instances, qui ne fonctionnent pas entièrement sur les mêmes principes (même s'il y a des recouvrements) : (1) le contrôle institutionnalisé exercé par le censorat, théoriquement en toute indépendance ; (2) les contrôles internes à la hiérarchie administrative ; (3) les contrôles à l'initiative des usagers.

1) *Le censorat*

Il s'agit de l'institution de contrôle par excellence dans le système impérial (qui a d'ailleurs inspiré le Yuan de contrôle 監察院 dans les constitutions républicaines, d'inspiration sunyatsénienne¹). Ce n'est pas le lieu ici de détailler l'histoire institutionnelle un peu compliquée du censorat : sous les Ming et les Qing, jusqu'en 1723, on a en fait deux institutions distinctes : d'une part, les « Six sections » (*liuke* 六科), dont les agents étaient des « secrétaires » appelés *jishizhong* 給事中, chargés de surveiller le fonctionnement des « six ministères » entre lesquels étaient réparties les fonctions du gouvernement central, ainsi que la communication entre les ministères et le trône ; d'autre part, le censorat proprement dit (*duchuayuan* 都察院), dont les agents étaient des « censeurs-enquêteurs » (*jiancha yushi* 監察御史), avec un domaine de compétence s'étendant à l'ensemble de la fonction publique et du gouvernement. Après 1723 les Six sections ont été intégrées au censorat, mais dès avant on peut parler des deux institutions comme formant un tout (le censorat), chargé des missions suivantes : 1) vérifier la conformité formelle et légale des actes de l'administration centrale ; 2) surveiller le comportement des fonctionnaires dans tout l'empire ; et 3) faire des

¹ En principe le Yuan de contrôle était chargé de la vérification de la constitutionnalité des lois et des décrets (en même temps que le Yuan judiciaire » (*sifayuan* 司法院), de la censure des fonctionnaires et du contrôle des comptes.

remontrances au souverain sur sa conduite, ainsi que des remarques sur la politique du gouvernement en général. Les remarques et les dénonciations des censeurs peuvent concerner tous les types de déviance : par rapport à la légitimité dynastique, à l'usage sanctionné, aux lois codifiées, aux procédures, et aux fondements idéologiques, moraux et rituels du système.

La surveillance, la critique et la dénonciation sont donc la fonction spécifique du censorat, dont il n'est peut-être pas inintéressant de préciser que ses effectifs étaient extrêmement modestes au regard de ses missions (quelques dizaines de fonctionnaires au maximum). Le censorat est en théorie protégé et indépendant, et il jouit d'une image de marque de courage et d'intégrité qu'il a cultivée soigneusement aux époques où il avait le plus d'influence — sous les Ming notamment, car sous les Qing la marge d'initiative et d'intervention laissée aux censeurs a été considérablement réduite. (Le trône et la maison impériale mandchoue disposaient d'autres moyens de surveillance et d'un réseau informel d'agents dans tout l'empire.) En particulier l'institution prestigieuse des « inspecteurs régionaux » (*xun'an yushi* 巡按御史), l'une des gloires du censorat des Ming, a été abolie en 1661 : il s'agissait de censeurs envoyés passer un an dans une province avec pleins pouvoirs pour tout vérifier, tout dénoncer, et même se substituer aux administrateurs locaux s'ils l'estimaient nécessaire ; ils étaient donc très redoutés. Sous les Qing les censeurs (qui sont confinés dans leurs bureaux à la capitale et dépendent des renseignements qu'on veut bien leur communiquer) servent surtout à dénoncer la corruption et les manquements à l'étiquette au sein de la bureaucratie ; ils ont aussi une fonction de conseil général en matière de gouvernement, qu'ils ont parfois utilisée avec talent et influence même si les empereurs mandchous les traitaient volontiers d'idéologues fumeux.

Le censorat a beaucoup fasciné les observateurs occidentaux par l'indépendance qu'on lui prêtait et la crainte qu'il était réputé inspirer dans la fonction publique : je pourrais citer aussi bien des textes d'inspiration jésuite (dans l'influente *Description de la Chine* du P. Du Halde, dont l'édition publique est parue en 1736) que d'autres datant du 19^e siècle (par ces mêmes auteurs mentionnés au début, qui niaient le caractère despotique du gouvernement chinois). Plus proche peut-être de la réalité à la fin de l'empire, un article intéressant paru dans le *North China Herald* en 1878 souligne que les dénonciations de censeurs publiées en abondance dans la *Gazette de Pékin* (*jingchao* 京鈔, ou *dibao* 邸報) — une sorte de journal officiel quotidien diffusé dans tout l'empire — servaient d'abord à inspirer une crainte salutaire aux fonctionnaires en leur rappelant les limites à ne pas dépasser, et en leur montrant par l'exemple qu'ils n'étaient jamais à l'abri d'une dénonciation.

Ceci marque d'une certaine manière les limites du « contrôle » exercé par le censorat : techniquement ce contrôle est nécessairement limité à cause des très faibles moyens dont il dispose, sans parler de la complexité extrême des lois et des règlements. (Fait exception le contrôle routinier des procédures dans les organes du gouvernement central, qui semble avoir été très minutieux.) Il s'agit en bonne part d'un contrôle politique et idéologique, en principe au service du trône, mais dont les censeurs ont parfois abusé en participant plus que de droit aux affrontements politiques, à la fin des Ming notamment, ce qui les a déconsidérés. Le censorat est l'instance qui rappelle les règles à ne pas enfreindre, maintient la menace des sanctions, et peut-être par-dessus tout a pour mission de soutenir les valeurs morales au sein de l'appareil (la « discipline administrative », *lizhi* 吏治), dans le sens le plus large.

2) *Les contrôles internes à la hiérarchie administrative*, par contraste, sont supposés opérer de façon systématique. L'une des tâches les plus urgentes d'un fonctionnaire, c'est de « contrôler ses subordonnés » (*chali* 察吏) en permanence ; et l'une des accusations qu'il encourt lorsqu'un problème particulier est mis au jour, c'est d'avoir « manqué à son devoir de contrôle » (*shicha* 失察). Inversement, les dénonciations pour corruption, abus, négligence, etc., remontent la hiérarchie et font l'objet d'enquêtes mobilisant des niveaux plus ou moins élevés de l'appareil, jusqu'à l'empereur dans les cas les plus graves. La référence pour évaluer les faits et demander des sanctions est l'arsenal de la législation pénale et administrative, assorti le plus souvent de considérations morales.

De façon plus bureaucratique et plus immédiatement technique, les fonctionnaires de rang moyen et supérieur doivent régulièrement évaluer leurs subordonnés et établir des rapports qui remontent jusqu'au ministère de la Fonction publique. Les bases de cette évaluation sont en partie quantitatives : pourcentage d'impôts effectivement levés, nombre de procès menés à conclusion, respect des délais imposés pour toutes les opérations administratives (la réglementation est d'une infinie minutie), absence de désordres, etc. À cela s'ajoutent les évaluations triennales concernant l'ensemble de la fonction publique, qui se traduisent par des trains de promotions, rétrogradations et renvois.

Toute cette activité, qui est centralisée au ministère de la Fonction publique, produit une quantité énorme de papier. La critique régulièrement formulée (et d'abord par les contemporains) est que la hiérarchie a tendance à se protéger elle-même, dans les provinces surtout, et qu'en particulier la circulation des cadeaux, encouragée par la faiblesse des salaires, compromet inévitablement l'efficacité et la sincérité des contrôles. On peut donc parler, comme dans tant d'autres domaines dans le fonctionnement de l'État impérial chinois, d'un appareil réglementaire d'une grande rationalité et d'une extrême minutie, « moderne » à certains égards, mais dont l'efficacité était structurellement compromise par toutes sortes de facteurs « traditionnels » : sous-financement de l'administration, importance des relations personnalisées et des échanges de services au sein de la bureaucratie (le terme-clé est *yingchou* 應酬), tendance à la protection mutuelle (*xunbi* 徇庇) entre agents qui devraient se surveiller et se contrôler... La qualité et l'efficacité des contrôles est donc politique en dernier ressort : elle dépend de la volonté du trône de reprendre les choses en main et de combattre la tendance inévitable au relâchement, de faire des exemples, etc. — ou à l'inverse de son indifférence ou de son incapacité à agir ainsi. Le 19^e siècle offre un exemple type d'une telle incapacité, en dépit de la conscience aiguë du problème qu'avaient certains empereurs (Jiaqing 嘉慶 [r. 1796-1820] et Daoguang 道光 [r. 1821-1850] notamment) et de l'exaspération et du sentiment d'impuissance qu'ils proclamaient volontiers à la face de la bureaucratie.

3) Reste la question de l'*intervention des usagers* en matière de contrôle de l'administration. Légalement les possibilités sont on ne peut plus limitées. Le fondateur des Ming, Zhu Yuanzhang, avait édicté que les simples particuliers étaient eux aussi autorisés à s'adresser au trône sur les difficultés du peuple et les problèmes de l'administration, et à dénoncer les abus et les fonctionnaires qui en étaient coupables. Il reste des traces de cette invitation à la dénonciation ou simplement à l'expression d'opinions dans le code pénal

(également une création de Zhu Yuanzhang), et l'on peut à la limite parler d'un « droit de pétition », enraciné du reste dans une vieille tradition recommandant aux gouvernants d'« écouter les plaintes du peuple ». Mais ce droit d'aller « crier à l'injustice » auprès des instances supérieures lorsque les autorités locales refusaient d'accepter une plainte, ou pour dénoncer des abus, était très sévèrement encadré, et l'a été de plus en plus au cours de la période qui nous concerne ; en outre c'était une démarche extrêmement risquée et dont les chances d'aboutir à une enquête administrative et à des réparations étaient des plus minces, d'autant que, là encore, la hiérarchie avait tendance à se protéger elle-même et à tout faire pour décourager les plaignants.

En tout état de cause la pétition n'est pas un acte procédural et ne peut s'apparenter à une démarche juridique auprès d'un tribunal indépendant. Le censorat aurait pu jouer le rôle d'un tel tribunal, mais les particuliers n'étaient pas habilités à le saisir ; et de toute façon le censorat, même informé d'abus ou d'irrégularités par des voies indirectes, ne pouvait que les transmettre au trône, ce n'était pas une cour de justice.

De fait, s'il existe incontestablement un pouvoir de contrôle de l'administration de la part de la population, même limité, c'est essentiellement sous des formes détournées et non institutionnalisées. En dehors des manifestations violentes (qui ne sont pas rares, et sont parfois suivies d'effets), ce qu'on appelle l'« opinion publique » (*yulun* 輿論) n'a la possibilité de se faire entendre qu'en passant par la médiation des « élites qualifiées », c'est-à-dire des lettrés titulaires de titres académiques, qui connaissent les principes contenus dans les Classiques et appartiennent au même milieu que les fonctionnaires, et qui sont considérés comme les *leaders* naturels et légitimes des communautés locales. Eux ont, potentiellement au moins, les moyens de s'adresser aux détenteurs du pouvoir, de faire jouer leurs relations et de négocier en s'appuyant sur les règles sanctionnées par l'usage, sur les précédents locaux sanctionnés par des décisions administratives, ou même sur la législation de l'empire.

Il me semble qu'un certain nombre de points esquissés ci-dessus (je pense au quasi monopole de l'administration sur les contrôles, à la pétition auprès des instances supérieures, au recours à la médiation des élites) trouvent un certain écho dans les situations contemporaines en Chine. Ce sera un point à examiner de plus près.

Introduction historique au contrôle de l'administration en droit français **par Jean-Marc Sauvé**

Le contrôle de l'administration, indispensable au maintien et à la santé de la démocratie, est une préoccupation centrale dans toutes les sociétés modernes. Malgré le caractère universel de cette préoccupation, force est de constater qu'il existe autant de visions du « contrôle » qu'il existe de sociétés : parce qu'il dépend étroitement de la vision qu'une nation donnée a de l'Etat, de son rôle et de son rapport au corps social, le thème du contrôle de l'administration est éminemment culturel. Or, à titre liminaire, on doit souligner que la France et la Chine, dont les traditions juridiques semblent si différentes, partagent des bases similaires en la matière : parce que la place de l'Etat a été éminente dans l'édification de nos deux pays, je suis certain qu'à défaut des mêmes formes, ce sont des logiques semblables qui guident nos deux conceptions du contrôle de l'administration.

Ce constat de l'imbrication entre culture et contrôle me pousse à adopter une perspective résolument dynamique : c'est notre histoire qui a façonné et progressivement perfectionné nos modes de limitation du pouvoir de l'administration. Cette réalité n'est ni intangible, ni rigide : elle évolue avec le temps et avec les mœurs. En tant que telle, elle est perpétuellement imparfaite et doit par conséquent toujours progresser.

Ainsi, alors que le droit s'internationalise, il semble plus que jamais vital que nous comparions, non pas pour les confronter, mais pour les enrichir et mieux les comprendre, nos modèles juridiques. Le thème du contrôle de l'administration me paraît être l'un des points centraux de cette comparaison.

La tradition européenne de contrôle est intimement liée à notre attachement à l'Etat de droit : parce que nous accordons au Juridique une place centrale dans la régulation du Politique, c'est par et pour le droit que nous contrôlons l'administration. Si nous encadrons l'action de la puissance publique, c'est non seulement pour faire en sorte qu'elle respecte les normes qui s'imposent à elle, mais aussi en nous appuyant sur le droit.

En France, c'est la Révolution qui a posé les bases de la structure du contrôle de l'administration. Parce qu'ils veulent faire d'un pays inégalitaire et divisé en ordres, une nation de citoyens égaux, les révolutionnaires posent le principe qu'un tel contrôle sera effectué au nom du peuple et pourra en théorie être déclenché par n'importe quel citoyen. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dit sur ce sujet avec force : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

C'est aussi pour des raisons profondément historiques et culturelles que la Révolution, avec la loi fondatrice des 16 et 24 août 1790, puis le Consulat, en créant le Conseil d'Etat en 1799, instaurèrent deux ordres de juridictions séparés : au juge judiciaire échoit la gestion des litiges qui intéressent les personnes privées, tandis qu'est créée une juridiction spécialisée qui est chargée de juger l'administration. Ce mouvement sera largement suivi en Europe : aujourd'hui, quinze des vingt-sept Etats membres de l'Union européenne connaissent un tel

système dual. On le pressent donc : l'un des points importants qui permet de décrypter et d'analyser le contrôle de l'administration en France est la dualité de juridictions.

Dans le cadre de cette dualité, le juge judiciaire est néanmoins, dans certaines circonstances, responsable du contrôle. Ainsi, la puissance publique est soumise aux règles de droit commun quand son comportement ne se distingue pas de celui d'une personne privée, par exemple dans le domaine industriel et commercial. Mais elle l'est aussi, lorsqu'elle viole les droits des particuliers de manière spécialement grave et caractérisée. Si la première situation est fréquente, mais sort du cadre de « l'administration » *stricto sensu*, la seconde est exceptionnelle et ne justifie pas une étude poussée.

Symétriquement, l'administration ne se confond pas parfaitement avec ses agents : si ces derniers commettent une faute qui ne concerne en rien leurs activités publiques et qui, par conséquent, s'en détache totalement, c'est-à-dire une faute qui révèle « l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses imprudences », et non un « administrateur plus ou moins soumis à l'erreur », selon l'expression d'Edouard Laferrière (1), ils seront renvoyés devant le juge ordinaire. Cette mise en cause des fonctionnaires devant les tribunaux civils est marginale : en effet, dès lors qu'existe un lien, même ténu, entre la faute commise et le service, l'administration est tenue, selon la loi, de « couvrir [le fonctionnaire] des condamnations civiles prononcées contre lui » (2). Mais elle peut ensuite se retourner contre ce fonctionnaire et mettre à sa charge une part de la responsabilité, par exemple des dommages-intérêts, qu'elle a supportée.

En lien avec ce qui vient d'être dit, je voudrais présenter brièvement l'institution que je représente, à savoir le Conseil d'Etat. Celui-ci tient en effet -et c'est la raison de ma présence devant vous- une place particulière dans le contrôle de l'administration en France. Tout d'abord parce qu'il conseille le Gouvernement et l'assiste dans son activité normative ; c'est d'ailleurs la fonction essentielle dont il était chargé à ses origines, en 1799. Sans indépendance, il ne constituait en rien l'organe de contrôle prépondérant qu'il est aujourd'hui. Mais parallèlement, le Conseil d'Etat est devenu, à la fin du XIXe siècle, le juge ultime des activités de l'administration, depuis les actes les plus humbles et les plus quotidiens jusqu'à ceux qui émanent des autorités les plus prestigieuses. En d'autres termes, il est le juge administratif suprême. Depuis 1872, le Conseil d'Etat est un juge pleinement souverain et indépendant, puisqu'il ne rend plus des avis (qui étaient dans les faits toujours suivis) sur le règlement des litiges, mais qu'il tranche ceux-ci. Pour éviter que son activité consultative ne porte atteinte à son impartialité, ses deux rôles, celui de juge et celui de conseiller, ont été clairement séparés. Ainsi, un membre du Conseil d'Etat qui a participé à une délibération consultative sur un texte ne peut pas siéger comme juge sur une affaire mettant en cause la légalité de ce même texte.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat, en tant que juge, joue un rôle fondamental. En effet, en France, le droit administratif est un droit très largement prétorien, même si la loi a pris une place

(1) TC, 30 juillet 1877, *Laumonier-Carriol*.

(2) Article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires.

croissante dans sa construction : ainsi, le juge dégage lui-même les normes qu'il applique, ce qui lui donne une réelle autonomie.

Enfin, au-delà de ses activités de juge et de conseil, le Conseil d'Etat est porteur d'une responsabilité particulière vis-à-vis de l'ordre de juridiction à la tête de laquelle il se trouve : il est en effet l'administrateur général de la justice administrative, assurant le bon fonctionnement de toutes les cours et de tous les tribunaux qui jugent quotidiennement l'administration.

Le fait que l'administration ait un juge spécialisé pourrait faire naître des doutes sur la pertinence et l'efficacité du contrôle exercé.

C'est pour vous convaincre que ce contrôle, loin d'être complaisant et inefficace, est en réalité très approfondi, plus que dans beaucoup de pays ayant un seul juge pour la totalité des litiges, publics et privés, que l'on va détailler les différents modes de contrôle de l'administration en France. Ils sont au nombre de trois.

Le contrôle administratif est assuré par des entités multiples et hétérogènes. Sa palette est large, ce contrôle pouvant aussi bien être mis en œuvre par des agents qui dépendent hiérarchiquement de l'administration que par des autorités indépendantes (I).

Un contrôle préventif est exercé par le Conseil d'Etat dans le cadre de son activité consultative (II).

Le troisième contrôle est le contrôle juridictionnel assuré par la juridiction administrative ; c'est ce type de contrôle qui est la voie privilégiée du contrôle de l'administration en France (III).

1. Le contrôle des services publics est d'abord un contrôle administratif, assuré par des entités organiquement liées à l'administration et jouissant d'une indépendance variable.

1.1. Un contrôle effectué par des services hiérarchiquement dépendants de l'administration et dotés d'une faible autonomie

Le contrôle interne de l'administration présente trois avantages principaux : premièrement, et contrairement au juge, l'autorité de contrôle peut être saisie sans plainte préalable, voire s'autosaisir dans certains cas (1). Ensuite, ses prérogatives sont particulièrement larges, puisqu'elle se prononce non seulement en droit, mais aussi en opportunité. Enfin, elle peut proposer des mesures correctrices.

Les mérites et l'efficacité d'un tel contrôle peuvent prêter à discussion : c'est en effet avant tout dans une optique hiérarchique qu'ont été créées les entités chargées du contrôle interne. Bras armé du ministre, œil de celui-ci partout dans les services qui relevaient de sa compétence, elles avaient pour mission première de vérifier que les administrateurs

(1) C'est par exemple le cas de l'Inspection générale de l'équipement.

appliquaient bel et bien les directives de leur autorité de tutelle. On peut donc se poser la question de l'effectivité d'un tel contrôle au bénéfice des usagers.

Pour détailler cette question, je vais me concentrer sur les deux outils principaux de ce contrôle interne : le contrôle hiérarchique et les inspections générales.

Le contrôle hiérarchique existe à tous les échelons de l'administration. Il implique une obligation de se conformer aux instructions reçues et repose sur un devoir d'obéissance du subordonné à son supérieur, consacré par la jurisprudence (CE, Sect. 1944, *Langneur*) et par la loi (Loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires). Ce contrôle hiérarchique fonde le pouvoir disciplinaire qui permet à l'administration de sanctionner les manquements aux obligations des fonctionnaires et des agents publics (devoir d'obéissance, mais aussi obligation de réserve, de discrétion professionnelle, de se consacrer à ses fonctions publiques...) : en 2007, près de 6 000 sanctions disciplinaires ont été prononcées à l'encontre des fonctionnaires de l'Etat à l'issue d'une procédure garantissant effectivement les droits des personnes poursuivies. Pour imparfait qu'il soit, le contrôle hiérarchique demeure nécessaire : il est vital de s'assurer que les règles de droit et de moralité inhérentes à la fonction publique sont respectées, sans quoi l'idéal d'une administration au service des citoyens ne serait qu'un vain mot. Le devoir d'obéissance est toutefois tempéré par l'existence d'un « devoir de désobéissance », qui s'applique « dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » : ce devoir exceptionnel de désobéissance est désormais consacré par la loi (article 28 de la loi du 13 juillet 1983).

D'une toute autre nature, et peut-être plus pertinentes pour le sujet qui nous réunit, sont les inspections générales propres à chaque ministère ; on en compte actuellement une vingtaine. Elles sont nées sous la Troisième République, c'est-à-dire entre 1875 et 1940, et sont chargées de contrôler les services à la demande du Ministre sous l'autorité duquel elles sont placées. Bien qu'elles relèvent de l'autorité des ministres, les inspections générales sont rendues indépendantes par le statut particulier de leurs membres : placés au sommet de la fonction publique et bénéficiant d'un avancement à l'ancienneté, les inspecteurs généraux jouissent d'une indépendance de fait qui est supérieure à celle des autres fonctionnaires. Leur rôle est d'exercer une surveillance *a posteriori* de la gestion publique et de l'action des services d'un ministère, d'évaluer les résultats obtenus et l'efficacité des services, d'informer le ministre sur les dysfonctionnements relevés et de faire des recommandations pour améliorer ou redresser la situation. Le champ d'action des inspections est vaste : il porte sur les aspects juridiques, administratifs et financiers de la gestion des ministères ou des établissements publics. Il porte, selon le cas, sur le fonctionnement d'un service ou sur la mise en œuvre d'une politique publique déterminée.

En pratique, le pouvoir des inspections dépend étroitement de leur autorité propre, qui est liée à la qualité de leurs travaux, aux compétences de leurs membres, aux moyens dont elles disposent et à l'étendue de leur champ d'investigation. Les inspections interministérielles - comme l'inspection générale des finances, qui contrôle les services financiers au sens le plus large, ou l'inspection générale des affaires sociales qui contrôle les établissements et les

organismes sociaux et sanitaires- sont ainsi des instruments de contrôle prépondérants.

Si le pouvoir des inspections générales est très utile à la fois pour évaluer les services, mettre à jour des défaillances et proposer des réformes, il demeure néanmoins limité : sans pouvoir de sanction, les inspections se bornent à remettre des rapports, généralement confidentiels, à leur ministre de tutelle. Le ministre n'est pas tenu de se conformer aux recommandations faites, et il dispose *in fine* d'un pouvoir substantiel puisque, dans tous les cas, c'est lui qui choisit ou non de déclencher le contrôle.

On pourrait douter de l'efficacité des contrôles internes de l'administration au regard des principes proclamés par la Révolution, c'est-à-dire au nom du citoyen et dans l'intérêt public. Mais des mutations récentes conduisent à réformer en profondeur le contrôle interne, en lui donnant un nouvel objectif : la garantie de la performance, c'est-à-dire des résultats des services, et aussi de la transparence.

La promotion de cette logique de management a eu des conséquences importantes sur le contrôle interne. Les inspections générales ont vu leur mission transformée : elles ont maintenant un rôle bien plus tourné vers le conseil et l'expertise, que vers le contrôle procédural ou formel. Leurs conclusions sont aussi plus souvent qu'auparavant portées à la connaissance du public. Elles sont ainsi davantage au service de la modernisation de l'Etat.

Pour autant, et en dépit de l'indéniable utilité des mécanismes que j'ai décrits, il est difficile de parler d'un contrôle interne de l'administration au service des citoyens. C'est pour pallier ce manque qu'ont été créées certaines entités autonomes, les autorités administratives indépendantes (AAI), et que le contrôle financier exercé par la Cour des comptes a été renforcé.

1.2. Des entités autonomes, récemment créées ou renforcées, mettent en œuvre un contrôle indépendant de l'Administration

Les AAI sont apparues en France dans les années 1970. Depuis lors, elles ont connu un véritable essor, et trouvent leur place dans de nombreux domaines : elles assurent la régulation de domaines aussi variés que l'audiovisuel (avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel), les traitements nominatifs de données (Commission nationale de l'informatique et des libertés), l'accès aux documents administratifs (Commission d'accès aux documents administratifs), la lutte contre les discriminations (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) ou le contrôle des lieux de privation de liberté (loi du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général de tels lieux). Elles sont en général dotées de prérogatives importantes et, notamment, de pouvoirs d'investigation, de coercition ou de sanction poussés et d'un pouvoir réglementaire partiel (1). Acteurs de la transparence de l'action publique, elles ont souvent des pouvoirs de décision ou de sanction importants qu'elles exercent sous le contrôle du juge, mais elles sont également chargées de mettre en œuvre une éthique de la conciliation.

(1) CC, 1986, *Liberté de communication* et 1989, *Lois relatives à l'audiovisuel et à la Commission des opérations de bourse*.

Certaines des autorités que j'ai mentionnées exercent des pouvoirs qui relevaient autrefois de l'administration. D'autres ont pour mission directement ou indirectement de la contrôler. Je me bornerai à parler de la plus ancienne, qui est aussi l'une des plus représentatives au regard de notre sujet : le Médiateur de la République. Le Médiateur et les 300 délégués qui le représentent sur le territoire français interviennent lorsque des dysfonctionnements sont constatés dans les services de l'administration. Saisis par les citoyens, dont le dossier doit être transmis par un parlementaire (1), le Médiateur et ses représentants s'efforcent de trouver une solution amiable aux conflits. Leur action est donc guidée par la recherche de compromis. L'indépendance de Médiateur est totale : nommé pour six ans, il est inamovible et son mandat n'est pas renouvelable. Il dispose par ailleurs d'importants pouvoirs d'investigation et d'injonction. En pratique, le Médiateur a traité plus de 6 500 dossiers en 2007. Certains de ses délégués ont également accès aux établissements pénitentiaires pour recevoir les réclamations des détenus et garantir le respect de leurs droits. Le Médiateur dénonce régulièrement le caractère inéquitable de certaines règles (en particulier en matière de droit social) ou de l'application qui en est faite. Il soulève aussi avec constance quelques grands sujets de société, comme la réponse aux violences conjugales ou l'attitude de l'administration à l'égard des personnes sans domicile fixe.

Le Médiateur est devenu un instrument important de contrôle de l'administration. Il a vocation à être prochainement remplacé par un Défenseur des droits institué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et chargé de veiller au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements et tout organisme chargé d'une mission de service public. Le Défenseur des droits amplifiera, grâce à son statut constitutionnel, le contrôle indépendant de l'administration antérieurement effectué par le Médiateur de la République.

Mais la France n'a pas attendu les années 1970 pour mettre en place des autorités de contrôle pleinement indépendantes : c'est, par exemple, le cas de la Cour des comptes, créée dès 1807. Tenant ses missions non pas d'une autorité hiérarchiquement supérieure à elle, mais de la loi ou de la Constitution elle-même, elle vérifie le bon emploi des deniers publics, contrôle l'exécution du budget et l'application des lois de financement de la sécurité sociale. Elle assure depuis 2006 la certification des comptes publics.

Responsable d'un contrôle poussé, qui s'intéresse à la fois à la régularité et à l'efficacité de la dépense publique, la Cour des comptes a gagné en visibilité grâce à la publicité donnée à ses travaux et aux enquêtes qu'elle rend très régulièrement sur des politiques publiques. Ses critiques et ses propositions sont fréquemment reprises par la presse et exercent une influence certaine sur le débat public. La Constitution, récemment révisée, renforce les compétences de la Cour des comptes qui est désormais chargée d'assister le Parlement dans le contrôle du Gouvernement et d'assister le Gouvernement et le Parlement dans l'évaluation des politiques publiques. Elle ajoute que « par ses rapports publics, [la Cour des comptes] contribue à l'information des citoyens » (article 47-2).

(1) Le Médiateur sera bientôt remplacé par un Défenseur des droits (art. 71-1 C), capable de s'autosaisir.

2. Le Conseil d'Etat, dans l'exercice de ses fonctions consultatives, contrôle le processus d'élaboration des normes.

Avant d'assurer ce qui est aujourd'hui son activité principale, c'est-à-dire son rôle de juge de l'administration, le Conseil d'Etat était investi, pour l'essentiel, à sa création en 1799, d'une fonction consultative -d'où son nom de « Conseil »-. Il était par ailleurs chargé de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », c'est-à-dire de donner un avis sur les réclamations des administrés (ce qui a constitué l'embryon de sa fonction juridictionnelle). Sa fonction consultative est par la suite tombée en désuétude en ce qui concerne les textes législatifs : elle ne fut restaurée qu'en 1945.

Un pas de plus fut franchi en 1958, lors de la mise en place de la Cinquième République : la nouvelle Constitution a en effet élevé au niveau constitutionnel les principales attributions consultatives du Conseil d'Etat, son avis étant en particulier requis pour les projets de loi émanant du Gouvernement et les ordonnances, c'est-à-dire les textes relevant du domaine de la loi. L'avis du Conseil d'Etat sur les textes qui lui sont soumis, qu'il s'agisse de projets de loi, d'ordonnances ou de décrets, est une étape importante dans le travail d'élaboration de la norme. Ainsi, avant de soumettre un texte au vote des parlementaires, le Gouvernement est tenu de faire appel au Conseil d'Etat, sous peine de voir son projet ultérieurement censuré par le Conseil constitutionnel. Le même cas de figure se présente, lorsque la loi prévoit que son application sera précisée par des décrets pris en Conseil d'Etat : ces décrets ne peuvent, sous peine d'annulation, être pris sans avoir été soumis à l'avis du Conseil.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat peut être sollicité, de manière facultative, par le Gouvernement pour répondre à des demandes d'avis sur des questions de droit ou effectuer des études sur toute politique publique comportant de forts enjeux juridiques.

En tout, le Conseil d'Etat examine chaque année environ 100 à 150 projets de loi, 50 ordonnances, 1 000 à 1 200 décrets et 300 textes non réglementaires, comme par exemple des mesures individuelles. De plus, il formule une trentaine d'avis facultatifs sur des questions de droit.

Par l'ensemble de sa fonction consultative, le Conseil d'Etat contribue indéniablement au contrôle de l'administration. D'une part, il pousse le Gouvernement à édicter des normes de meilleure qualité ; d'autre part, il l'incite à respecter la hiérarchie des normes et, partant, les droits fondamentaux des citoyens.

2.1. Un contrôle qui s'attache à garantir la qualité de la norme

Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat est utile au travail du Gouvernement. Le Conseil d'Etat veille en effet à la lisibilité et à la cohérence du texte qui lui est soumis : il exerce ainsi un contrôle poussé sur la forme et la rédaction du texte, et il vérifie aussi l'adéquation entre les dispositions proposées et les objectifs poursuivis -cette adéquation étant autrement nommée « opportunité administrative »-. Parallèlement, l'intervention du Conseil vise à éviter que le texte concerné ne soit ultérieurement mis en cause devant un juge. C'est pour cette

raison qu'il est si important de garantir l'indépendance des membres du Conseil d'Etat : ce n'est que parce qu'ils sont indépendants du Gouvernement qu'ils peuvent lui donner un avis impartial et éclairé. Le contrôle ne peut être efficace qu'à cette condition.

Si les avis rendus par le Conseil d'Etat ne lient pas le Gouvernement, l'expérience montre qu'ils sont, encore aujourd'hui, très fréquemment suivis, notamment lorsqu'ils concernent des questions de droit.

Le poids de tels avis est d'ailleurs renforcé lorsqu'ils sont rendus publics : de nombreux avis sont publiés chaque année, au plus tard à l'occasion du rapport public du Conseil d'Etat. Si le Gouvernement doit donner son accord à cette publication, il ne le refuse que rarement.

2.2. Un contrôle préventif garantissant le respect de la hiérarchie des normes et des droits et libertés des citoyens

Je l'ai rapidement mentionné : si l'avis du Conseil d'Etat est si fondamental, c'est parce qu'il vise à éviter que le texte en question ne soit ensuite annulé par le juge. En effet, le Conseil d'Etat comme juge de la légalité des actes de l'administration, ainsi que le Conseil constitutionnel comme juge de la conformité des lois à la Constitution, vérifient que les textes qui leur sont soumis respectent la hiérarchie des normes. Dès lors, une loi contredisant la Constitution ou son Préambule, qui définit les libertés et les droits fondamentaux, sera censurée par le juge constitutionnel ; de même, un décret contraire à une norme supérieure, qu'il s'agisse d'une loi, d'un traité ou de la Constitution, sera annulé par le juge administratif.

Ces questions sont d'autant plus importantes qu'à côté des principes écrits, contenus par exemple dans le Préambule de la Constitution ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 à laquelle renvoie ce Préambule, existent des principes non écrits, pleinement opposables à un texte quel qu'il soit. Le Conseil d'Etat comme juge fait ainsi un large usage des principes généraux du droit, qui s'imposent même en l'absence de texte et sont dotés d'une valeur inférieure à celle de la loi, mais supérieure à celle du décret. Ces principes peuvent donc être utilement invoqués à l'encontre de tous les actes réglementaires, et le juge administratif en a fait une large application depuis 1945, date à laquelle la notion de principe général du droit a été dégagée (1). Par exemple, l'exercice des droits de la défense avant toute sanction, l'égalité devant les services publics, la non-rétroactivité des actes administratifs, ou encore le principe du recours en annulation contre toute décision administrative ou du recours en cassation contre toute décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, ou encore l'interdiction de l'extradition des réfugiés politiques constituent des principes généraux du droit.

De manière encore plus éloquente, existent des principes non écrits à valeur constitutionnelle : ce sont les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui se distinguent par le fait qu'ils ont été consacrés avant 1946 et ont fait, depuis lors, l'objet

(1) CE, 26 octobre 1945, *Aramu*.

d'une application continue par les lois républicaines. Ainsi, des principes tels que la laïcité (1) ou la liberté d'association (2) se sont vu reconnaître, par ce biais, une valeur constitutionnelle.

En conséquence, en faisant valoir la hiérarchie des normes et, à ce titre, le respect des libertés et des droits fondamentaux, dont la méconnaissance pourrait être censurée par le juge, le Conseil d'Etat assure un contrôle indirect mais effectif de l'administration par le biais de ses attributions consultatives. Son contrôle va d'ailleurs bientôt s'étendre en dehors de l'exécutif : dès 2009, de la même manière qu'il conseille le Gouvernement, il pourra donner un avis aux membres du Parlement sur leurs propositions de loi, sur saisine du Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat.

Toutefois, les fonctions consultatives du Conseil d'Etat ne représentent qu'une part devenue minoritaire de ses attributions, à laquelle il consacre un tiers de ses ressources. C'est donc surtout en tant que juge que le Conseil d'Etat, ainsi que l'ensemble de la juridiction administrative, assurent le contrôle de l'administration.

3. Le juge administratif, doté d'attributions larges et diversifiées, garantit la conciliation entre les nécessités de l'action publique et les droits des citoyens

3.1. Le juge administratif, particulièrement accessible et doté de pouvoirs importants, est largement sollicité

Le contrôle du juge administratif tient tout d'abord son efficacité d'une architecture globale et hiérarchisée : au premier degré, interviennent des tribunaux administratifs, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant l'une des huit cours administratives d'appel. Les arrêts de ces cours peuvent ensuite faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Dans certains cas particuliers, comme le contentieux des élections locales, l'appel de la décision des Tribunaux administratifs se fait directement devant le Conseil d'Etat. Enfin, dans le cas des actes de portée nationale, tels que les décrets du Président de la République ou du Premier ministre, le Conseil d'Etat est juge de premier et de dernier ressort.

L'accessibilité du juge administratif est garantie par le droit à un recours effectif : non seulement il est reconnu par le Conseil d'Etat dès 1950 (3), mais surtout il est garanti par la gratuité de l'accès au juge et par un intérêt à agir libéralement entendu : par exemple, il a été reconnu, au tout début du XXe siècle, qu'un contribuable pouvait valablement se présenter devant le juge pour attaquer une décision de son maire, si cette décision avait des conséquences sur les finances ou le patrimoine de la commune (4).

En raison de son accessibilité, le juge administratif est extrêmement sollicité : le taux annuel de croissance du contentieux approche les 10%, pour un total de plus de 200 000 affaires traitées chaque année, tous degrés confondus. En plus de cette richesse quantitative, l'action

(1) CE, 6 avril 2001, *SNES*.

(2) CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris* ; CC, Décision du 16 juillet 1971.

(3) CE, 17 février 1950, *Dame Lamotte*.

(4) CE, 29 mars 1901, *Casanova*.

du juge administratif est d'une grande diversité qualitative : les contentieux qu'il traite touchent tous les domaines de la vie publique, et il a souvent un rôle d'avant-garde à jouer - comme c'est actuellement le cas, par exemple, dans le domaine de l'environnement, dont la régulation échoit largement à la juridiction administrative à travers le contrôle de légalité des actes administratifs et le contentieux de la responsabilité des personnes publiques-.

3.2. Son contrôle est différencié et complet

A cause de cette richesse et de cette diversité du contentieux, le juge a été amené à mettre en place un contrôle de l'administration différencié, en fonction du type d'acte dont il a à connaître. On distingue ainsi le plein contentieux du recours en annulation. Dans le premier cas, le juge peut non seulement annuler, mais aussi réformer l'acte attaqué ; il peut également obliger l'administration à répondre à des injonctions ou à indemniser les citoyens ayant subi un dommage. Au contraire, dans le contentieux de l'annulation, incarné par le recours pour excès de pouvoir, le juge ne peut qu'annuler la décision attaquée ou rejeter le recours. Il faut souligner que le contrôle de plein contentieux tend à s'accroître de manière continue.

Le juge administratif français, qui est largement maître de sa compétence, exerce un contrôle approfondi sur les décisions administratives. Il a créé lui-même, tout au long de son histoire, les instruments qu'il estimait nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle. C'est notamment ce qu'il a fait pour le contrôle des actes discrétionnaires, c'est-à-dire des actes pour lesquels l'administration agit librement, sa conduite n'étant prédéterminée par aucune loi particulière : par exemple, les mesures de police ou les sanctions sont des actes discrétionnaires. Pour que son contrôle soit pleinement efficace, le Conseil d'Etat a posé le principe dès les années 1930 (1) qu'en matière de police, l'administration ne pouvait interdire l'exercice d'une liberté fondamentale (par exemple, la liberté de réunion ou de manifestation) que dans le cas où cette interdiction était strictement nécessaire et proportionnée à ce qui est nécessaire pour assurer le maintien de l'ordre public. Et il vérifie effectivement si l'interdiction est bien le seul moyen de préserver l'ordre public. En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé qu'une conférence littéraire tenue par un intellectuel controversé ne pouvait pas être prohibée pour le seul motif que ses opposants politiques avaient menacé d'organiser des manifestations de protestation. Le juge administratif exerce désormais un tel contrôle poussé, dit de proportionnalité, dans de nombreux domaines, comme non seulement les mesures de police qui portent atteinte aux libertés publiques, mais aussi de nombreux aspects du contentieux des étrangers ou des opérations d'aménagement.

Le juge s'est aussi engagé, lorsque l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation, dans la voie du contrôle approfondi des motifs des actes administratifs sous le nom de « contrôle de la qualification juridique des faits ». Cela signifie qu'il se reconnaît la possibilité de vérifier si les faits de l'espèce étaient bien de nature à justifier les conséquences juridiques que l'autorité administrative a cru pouvoir leur donner. Si l'analyse du juge est conforme à celle de l'autorité administrative, le recours est rejeté. Dans le cas contraire, le juge substitue son appréciation à celle de l'administration et la décision est annulée. La

(1) CE, 19 mai 1933, *Benjamin*.

première application de ce contrôle remonte à 1914 (1). Il s'agissait d'apprécier si le permis de construire sollicité par le requérant portait atteinte à une perspective monumentale (atteinte qui permettait de refuser légalement le permis). Le Conseil d'Etat s'est prononcé en l'espèce sur l'existence d'une telle perspective et a répondu par la négative. Il a donc annulé le refus de permis de construire. Le droit de l'urbanisme, celui de l'environnement ainsi que le droit des sanctions administratives sont la terre d'élection du contrôle de la qualification juridique des faits, encore appelé contrôle normal, et qui n'est qu'une variante du contrôle de proportionnalité.

Par ailleurs, le juge s'est reconnu le droit dans certaines matières techniques de procéder à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, par lequel il censure les décisions entachées d'une erreur grossière, évidente. Ce contrôle de l'erreur manifeste a néanmoins tendu à régresser depuis plusieurs décennies au bénéfice du contrôle normal.

De plus, le juge administratif dispose de pouvoirs particulièrement importants et dissuasifs grâce à sa vision extensive de la responsabilité de l'administration.

En effet, lorsque celle-ci prend des actes illégaux, elle commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité si ces actes illégaux ont causé des dommages. Et, même sans faute, la responsabilité de l'administration peut être engagée si ses actes ou agissements causent un préjudice anormal et spécial aux particuliers : on considère dans ce cas que le fondement de la responsabilité de la puissance publique est la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Ce contrôle, pour méticuleux et inventif qu'il soit, serait toutefois limité, s'il ne pouvait pas s'appliquer à tous les types d'actes. Il existe en effet en France très peu d'actes non susceptibles d'être attaqués devant un juge ; on appelle ces actes des « actes de gouvernement ». Ces actes sont ceux qui se rapportent aux relations entre pouvoirs publics (par exemple les relations entre le Gouvernement et le Parlement) ou qui ne sont pas séparables de la conduite des relations internationales (par exemple, la décision du Président de la République de reprendre les essais nucléaires en 1995 (2)).

Le nombre de ces « actes de gouvernement » n'a pas cessé de diminuer au fil du temps. C'est ainsi que, désormais, le juge administratif n'hésite plus à se reconnaître compétent pour remettre en cause les décisions émanant des autorités politiques les plus importantes. Ce mouvement s'est notamment traduit dans deux arrêts, l'un datant des années 1960, et l'autre étant bien plus récent. En effet, le Conseil d'Etat a, en 1962 (3), été amené à se prononcer sur une ordonnance du Général de Gaulle ; celle-ci instituait une Cour militaire de justice chargée de juger, sans recours possible et avec une procédure spéciale, les auteurs et complices de certaines infractions en relation avec la guerre d'Algérie. Trois hommes furent condamnés à mort par cette Cour. Ils saisirent le Conseil d'Etat d'un recours en annulation dirigé contre l'ordonnance. Le juge décida alors que, loin d'être inaccessible à toute forme de recours, cette

(1) CE, 4 avril 1914, *Gormel*, Rec. p. 488.

(2) CE, 29 septembre 1995, *Greenpeace*.

(3) CE, 19 octobre 1962, *Canal*.

ordonnance était un acte administratif comme un autre et il l'annula au motif qu'elle violait les principes généraux du droit pénal en raison, notamment, de l'exclusion de toute voie de recours, même de cassation. Cette annulation, à laquelle le Général de Gaulle réagit de manière très vive, sembla, pendant quelques semaines, menacer l'existence du Conseil d'Etat et devoir entraîner une diminution substantielle de ses attributions. Plus près de nous (1), le Conseil s'est aussi exprimé sur le sort de l'ancien porte-avions Clemenceau dans un arrêt controversé : la coque du navire avait en effet été envoyée en Inde pour être désamiantée, ce qui contrevenait à la réglementation communautaire sur les déchets et aux conventions signées par la France en matière de santé et d'environnement. Le navire -dont le Conseil d'Etat a considéré qu'il était un déchet au sens de la réglementation de l'Union européenne- dut être rapatrié après que le juge ait annulé la décision gouvernementale qui permettait son exportation.

De même qu'il interprète très restrictivement les actes de Gouvernement, le Conseil d'Etat n'a pas cessé de restreindre le champ des mesures d'ordre intérieur non susceptibles de recours. Ces mesures, prises par un service public (école, hôpital, armées, administration pénitentiaire...) à l'égard de ses usagers ou de ses agents, ont longtemps été regardées comme ne faisant pas grief. En raison de leur nature et de leur gravité ou parce qu'elles portent atteinte aux libertés et aux droits fondamentaux, ces mesures peuvent désormais être attaquées devant le juge.

3.3. Des prérogatives récemment accrues en matière d'urgence et d'exécution

Pour assurer pleinement sa mission de contrôle de l'administration, le juge administratif doit également avoir les moyens d'agir vite et de faire respecter ses décisions.

Très longtemps, la croissance des flux contentieux s'est accompagnée d'un allongement important et délétère des délais de jugement. L'annulation d'un acte pouvait intervenir des mois, voire des années, après la saisine du juge ; si bien que la France a été condamnée à de multiples reprises pour délai anormal de jugement par la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette lacune a poussé la juridiction administrative à réformer ses procédures : les juges peuvent désormais rejeter les demandes manifestement irrecevables de manière très rapide, au moyen d'une simple ordonnance ; de même, malgré notre attachement à la collégialité, nous avons fait en sorte que certaines affaires simples puissent être traitées par un juge unique. Le nombre des magistrats a par ailleurs très fortement augmenté et ils commencent à bénéficier du concours d'assistants. L'ensemble de ces mesures a produit des résultats tangibles. Les délais moyens de jugement ont été réduits depuis 2002 de plus de 25 % (à 14,5 mois) devant les tribunaux administratifs, de 65 % (à 13 mois) devant les cours administratives d'appel, et de 20 % devant le Conseil d'Etat où ils sont désormais inférieurs à 11 mois.

Par ailleurs, pendant des décennies, le juge ne disposait pas d'outils lui permettant de faire

(1) CE, 15 février 2006, *Association Ban Asbestos France et autres*.

face à l'urgence contentieuse. L'urgence est particulièrement présente dans les contentieux administratifs : pour reprendre un exemple déjà cité, celui de l'arrêt *Benjamin*, le juge a, certes, annulé la décision prise par l'administration d'interdire la conférence de M. Benjamin... Mais il l'a fait plus de deux ans après que cette annulation ait été prononcée, si bien que la conférence, alors même qu'elle n'aurait pas dû être interdite, n'a jamais eu lieu.

Pour répondre à ce problème, ont été développées les procédures d'urgence, sous la forme des référés. Ces procédures ont commencé à se développer dans les années 80. Le législateur a, par exemple, créé un « référé audiovisuel » en 1988, permettant de faire respecter leurs obligations aux chaînes de télévision privées, notamment pour leur interdire de dépasser les durées maximales de publicité autorisées.

C'est avec la loi du 30 juin 2000 que les référés se sont vus conférer un champ d'application très large et, par suite, une véritable efficacité. Dans le cadre de ces référés, c'est un juge unique qui statue ; il ne se prononce pas sur le principal, et les mesures qu'il décide sont provisoires.

Le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative, lorsqu'il y a urgence et qu'un doute sérieux existe sur la légalité de celle-ci. Il statue sur la demande de suspension dans un délai moyen de trois semaines, mais il arrive qu'il se prononce dans des délais beaucoup plus brefs, lorsque l'urgence est particulièrement marquée. En outre, il peut, en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, adresser des injonctions à l'administration : il intervient alors dans un délai de 48 heures.

Avec les référés qui représentent aujourd'hui près de 15 % des décisions de la juridiction administrative, le contrôle juridictionnel de l'administration passe définitivement de l'abstrait au concret ou du virtuel au réel, en donnant au juge la possibilité de faire cesser en urgence les décisions de l'administration présumées illégales ou ceux de ses agissements portant une atteinte grave à une liberté fondamentale.

Mais pour que le contrôle juridictionnel soit effectif, encore faut-il que les décisions du juge soient réellement exécutées. La question de l'effectivité des décisions de justice est donc centrale : quel serait le pouvoir de contrôle d'un juge qui ordonnerait des mesures que l'administration pourrait se dispenser de respecter ?

Si cette effectivité a pu dans certains cas poser problème dans le passé, car elle était soumise au bon vouloir de l'administration, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Car le juge dispose désormais de deux outils qui lui permettent de forcer l'autorité publique à respecter la chose jugée : premièrement, et depuis 1980, il peut assortir ses condamnations d'une astreinte financière. Cette astreinte est une somme journalière que l'administration est condamnée à payer tant qu'elle n'a pas correctement exécuté la décision du juge ; elle est versée au requérant. Deuxièmement, depuis 1995, le juge peut émettre des injonctions, c'est-à-dire qu'il peut ordonner à l'administration, éventuellement sous astreinte, de faire certaines choses

destinées à permettre le rétablissement de la légalité : par exemple, prendre un décret destiné à remplacer un décret illégal.

Il serait pourtant exagéré de voir dans ces outils la marque d'une relation entre juge et administration qui serait essentiellement fondée sur la confrontation et la contrainte. Au contraire, l'injonction et l'astreinte ont aujourd'hui une valeur essentiellement dissuasive. En effet, la culture du respect de la chose jugée s'est progressivement enracinée dans les esprits et le Gouvernement, tout comme l'ensemble des autorités publiques, exécute en règle très générale les condamnations prononcées contre lui.

Sur les 180 000 décisions rendues en 2007 par les juges administratifs de première instance, plus de 20 % des jugements donnent totalement ou partiellement raison aux requérants : c'est dire l'effectivité du contrôle opéré et l'enjeu que représente l'exécution de la chose jugée.

Pour conclure, je voudrais évoquer certaines tendances récentes qui sont de nature à remettre substantiellement en cause les modalités du contrôle de l'administration en France. Ces tendances sont d'ailleurs si récentes qu'il m'a semblé impossible de les inclure pleinement dans un exposé « historique ».

En effet, vous avez pu avoir l'impression que le contrôle de l'administration française était très, voire trop, juridique – que, finalement, il n'était structuré que par le droit. Il est vrai, comme je l'ai précisé en introduction, que le cœur de nos contrôles, c'est le droit ; parce qu'il s'agit avant tout de garantir l'Etat de droit, et d'éviter que l'action de l'administration, n'étant bornée par aucune norme, ne devienne arbitraire. Malgré cela, nous tendons de plus en plus à aménager nos contrôles afin qu'ils tiennent également le plus grand compte d'autres aspects. En premier lieu, le juge approfondit son contrôle des décisions ayant un impact économique : le calcul économique peut être un élément important de la pertinence de la décision juridictionnelle. C'est pourquoi, il est, avec la mesure des conséquences des décisions juridictionnelles, de plus en plus présent dans la jurisprudence et, notamment, dans le contentieux de la régulation économique, le contentieux fiscal ou celui des décisions ayant un impact sur l'environnement.

De même, le juge s'efforce de faire une place accrue à la sécurité juridique à laquelle il a reconnu en 2006 la valeur de principe général du droit. Cela entraîne de grandes conséquences pour l'administration qui doit ainsi se préoccuper, lorsqu'une nouvelle réglementation porte une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours, d'édicter des dispositions transitoires pour permettre l'entrée en vigueur progressive de la nouvelle réglementation. Dans le même esprit, le juge admet désormais, notamment lorsque les conséquences d'une annulation sont disproportionnées au regard de l'illégalité commise, de donner un effet différé aux annulations qu'il prononce. Il a aussi jugé que ses revirements de jurisprudence pouvaient ne prendre effet que pour l'avenir et non pas rétroactivement.

Enfin, le juge administratif veille à l'effectivité et l'intelligibilité de ses décisions. C'est dans cet esprit qu'il a renoncé à prononcer des annulations formelles lorsque l'administration peut en cours d'instance substituer un motif légal à un motif illégal. Cette jurisprudence évite

d'annuler des actes pouvant aussitôt être repris à l'identique sur la base d'un nouveau et bon motif.

Si je voulais faire une rapide synthèse de mon propos, je rappellerais que le contrôle de l'administration en France, bien que multiforme, repose majoritairement sur le juge administratif. C'est parce que celui-ci joue un rôle fondamental dans le contrôle de l'administration qu'il ne cesse d'adapter son organisation, ses méthodes, ses procédures et sa jurisprudence. De la même manière, c'est parce que le contrôle de l'action publique est une ambition séculaire et universelle, qu'il est destiné à toujours s'approfondir et se perfectionner. On ne peut donc que décrire des mouvements progressifs, qui tendent de manière toujours plus effective vers une certaine fin, qui est la garantie de l'Etat de droit.

Dans cette optique, le réseau ID revêt, à mes yeux, une importance toute particulière. Vous le savez, nous sommes dans une période de mutations : mutation du droit qui s'internationalise ; mais aussi mutation de la société, puisque les citoyens sont de plus en plus exigeants vis-à-vis de l'administration et de plus en plus méfiants ou critiques face à son action. Ces mutations doivent inciter les juridictions nationales à se rencontrer, à s'enrichir mutuellement en partageant leurs expériences et leurs visions de la justice.

II – Processus d'internationalisation et évolution **de l'Etat de droit**

Introduction par Mireille Delmas-Marty

Comme on l'a dit en introduction, l'expression *d'internationalisation du droit* ne désigne pas une catégorie juridique déjà stabilisée, comme le droit interne ou international, mais un processus, une dynamique, qui marque une ouverture des systèmes de droit et atténue les frontières entre le dedans et le dehors.

En ce sens, c'est un phénomène perturbateur pour la vision traditionnelle de systèmes juridiques fermés sur eux-mêmes. La conception même de l'Etat de droit, construit sur les deux piliers de la légalité et de l'autorité judiciaire qui garantissent le respect des droits fondamentaux de la personne, se trouve en effet perturbée par une mondialisation, marquée par une production normative sans précédent et par la multiplication des juridictions internationales, sans pour autant qu'il existe un Etat mondial organisant de façon démocratique l'exercice des pouvoirs (législatif, judiciaire et exécutif, auxquels on pourrait ajouter, en s'inspirant de la tradition chinoise, le *yuan* de contrôle et celui des examens).

L'effet perturbateur est d'ailleurs accru par l'ambiguïté de cette dynamique qui vise, comme nous l'avons aussi souligné :

- soit l'importation en droit interne de sources externes, par intégration du droit étranger et/ou international (« internalisation »), étant observé que cette intégration peut être spontanée ou contrainte, selon que l'on privilégie des processus horizontaux (interprétation du droit interne à la lumière du droit étranger), ou verticaux (intégration du droit international, régional ou mondial)¹.
- soit l'exportation du droit interne, par son extension, proposée ou imposée, hors des frontières nationales (« externalisation »).

Si l'importation accompagne une conception ouverte de la démocratie qui intègre au droit national des sources externes, en revanche l'exportation relève parfois d'un esprit plus conquérant que certains Etats assimilent parfois à un néo-colonialisme occidental². En effet les occidentaux ne doivent pas oublier la phase de leur histoire où l'internationalisation du droit fut imposée par eux, y compris en Chine où les puissances occidentales avaient obtenu un privilège de juridiction dans les concessions³.

Pour éviter ce type de transplantation unilatérale, il faut introduire la réciprocité, qui suppose un accord sur des objectifs communs, ce qui implique des processus d'internationalisation à la fois interactifs et évolutifs. Façon de remettre en cause la vision simple et statique de l'Etat de droit au profit d'une conception complexe qui évolue à travers tout un jeu d'interactions : à la fois entre différents droits internes (emprunts législatifs et dialogue des juges) et entre droit interne et droit international. Nous privilégierons les secondes qui sont les plus perturbatrices car elles impliqueraient à la fois

¹ Voir G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Eloge de la 'bénévolence' des juges », RSC 2005, p. 789.

² Voir *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, dir. E. Jouannet et H. Ruiz Fabri, SLC, 2007.

³ Voir « Le laboratoire chinois », in *La Chine et la démocratie*, dir. M. Delmas-Marty et P.-E. Will, Fayard, 2007, pp. 803-836.

l'intégration du droit international au droit interne et la prise en compte des droits nationaux par le droit international.

D'où les deux parties de cette session.

L'intégration du droit international en droit interne : le cas de la France **par Olivier Dutheillet de Lamothe**

L'intégration du droit international en droit interne peut se faire selon deux grands schémas théoriques :

- le système dualiste ;
- le système moniste.

Le système dualiste est le plus ancien et correspond à une conception classique de l'ordre international exclusivement fondée sur la souveraineté des Etats, conception dominante jusqu'au XIX^{ème} siècle.

Le système moniste, dont la validité a été reconnue par la Cour permanente de justice internationale en 1928¹, est en voie d'expansion.

Les États-Unis sont à l'origine de la doctrine moniste, à la suite de l'arrêt fondateur de la Cour *Suprême Foster and Elam versus Nelson* qui a posé la valeur directe en droit interne des dispositions conventionnelles directement applicables sans l'aide d'aucune législation de réception ou d'application. Les traités qui ne sont pas d'application directe requièrent au contraire des mesures législatives pour produire leurs effets.

Parmi les principaux pays occidentaux, une approche moniste a été adoptée par les États-Unis, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suisse, la Belgique.

L'Italie, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Danemark disposent en revanche d'un régime dualiste.

La France a un système moniste qui présente deux caractéristiques :

- d'une part, les conditions d'intégration du droit international en droit interne sont définies par la Constitution elle-même ;
- d'autre part, dans l'ordre juridique français, les traités internationaux ont une valeur supra législative et infra constitutionnelle.

1. Les conditions d'intégration du droit international en droit interne sont définies par la Constitution.

La Constitution du 4 octobre 1958 définit en effet dans le détail tant les conditions de procédure que les conditions de fond relatives à l'intégration du droit international en droit interne.

1.1. Les conditions de procédure

En droit français, la négociation et l'insertion en droit interne du droit international sont réglées par la Constitution elle-même qui définit les compétences des autorités en fonction d'une distinction entre traités et accords.

Le Président de la République négocie et ratifie les traités, en vertu de l'article 52 de la Constitution, compétences qui étaient formulées dans les mêmes termes dès la troisième république (*article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*). Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification.

¹ Cour permanente de justice internationale, avis relatif à l'*affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, série B, n° 15, p. 17.

En revanche, c'est le Ministre des affaires étrangères qui délivre les pouvoirs aux négociateurs pour la signature des accords en forme simplifiée, conclus au nom du Gouvernement. Il assure également la publication de l'ensemble des conventions et accords signés par la France dans les conditions prévues par le décret n° 53-192 du 14 mars 1953.

L'intervention du Parlement n'est donc prévue ni au stade de la négociation, ni au stade de l'engagement liant la France, mais est requise dans un stade intermédiaire pour autoriser la ratification ou l'approbation des traités ou accords les plus importants.

Aux termes de l'article 53 de la Constitution : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi* ».

Ainsi le partage des compétences en matière de droit international se caractérise par deux grands traits.

En premier lieu, il est essentiellement organisé autour de la distinction entre traités et accords : les traités sont conclus au nom des chefs d'Etat et les accords sont conclus au nom des gouvernements. Les traités et accords diffèrent par leur procédure de négociation et d'entrée en vigueur, puisque les uns doivent être ratifiés par le Président de la République tandis que les autres sont approuvés par le Ministre des affaires étrangères. Malgré ces différences, les traités et accords ont la même portée juridique au regard du droit interne et du droit international. En droit interne, nous verrons que leur valeur juridique est la même. En droit international, la distinction entre traités et accords n'a aucune portée, ces deux formes d'engagement impliquant clairement la volonté des autorités nationales de donner leur consentement.

En second lieu, le partage des compétences entre les autorités constitutionnelles en matière de droit international en confie l'essentiel aux autorités de l'exécutif. Ce sont en effet les autorités de l'exécutif qui ont l'initiative des négociations internationales, qui définissent les positions françaises et qui lient la France en approuvant l'accord ou en ratifiant le traité. Le pouvoir confié au Parlement d'autoriser la ratification ou l'approbation des traités ou accords entrant dans les matières énumérées à l'article 53 de la Constitution est un pouvoir d'interdire mais non un pouvoir d'initiative ou d'amendement.

1.2. Les conditions de fond

Aux termes de l'article 54 de la Constitution : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ».

L'article 54 instaure donc un mécanisme préventif : un traité ne peut pas être ratifié s'il comporte une clause contraire à la Constitution ; si tel est le cas, la Constitution doit être révisée avant la ratification du traité.

Encore faut-il que le Conseil soit saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'une des deux assemblées ou encore, depuis une révision constitutionnelle de 1992, par 60 députés ou 60 sénateurs.

Cette saisine est relativement rare : depuis l'origine, c'est-à-dire depuis 1958, il n'y a eu, en tout et pour tout, que 12 décisions rendues en vertu de l'article 54 de la Constitution, la première en 1970 (*Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970 relative au traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970, Rec. p. 15*), la dernière en 2007 (*Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 sur le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, Rec. p. 459*).

On notera que 10 des 12 saisines émanaient du Président de la République ou du Premier ministre, c'est-à-dire d'autorités directement impliquées dans la négociation et la signature du traité en question, donc normalement sans hostilité préconçue au texte, deux seulement de parlementaires à l'initiative de M. Pasqua en 1992 qui exprimait ainsi ses réserves souverainistes (*Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 sur le Traité sur l'Union européenne, Rec. p. 76*) et de députés en 2006 sur l'accord de Londres, compte tenu de leur attachement à la francophonie (*Décision n°2006-541 DC du 28 septembre 2006 relative à l'Accord de Londres, Rec. p. 102*).

Les 10 saisines émanant de l'exécutif sont à mettre au compte du Président de la République pour six d'entre elles, du Premier ministre pour deux et à leur compte commun (*saisine conjointe*) pour deux, celle relative au Traité d'Amsterdam et celle relative à la Cour pénale internationale, les deux têtes de l'exécutif alors en cohabitation voulant sans doute signifier par-là qu'elles entendaient situer ces débats hors du champ de leur affrontement politique.

Dans tous les cas où le Conseil constitutionnel a estimé qu'une révision constitutionnelle était nécessaire, celle-ci est intervenue avant la ratification du traité, sauf dans un cas. Dans sa décision du 15 juin 1999 relatif à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, le Conseil a estimé que le préambule de la Charte, sur lequel il n'était pas possible de faire une réserve, conférait des droits collectifs à un groupe défini par sa seule pratique d'une langue et que ceux-ci étaient contraires aux principes fondamentaux de la Constitution et notamment à celui d'unicité du peuple français (*Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Rec. p. 71*). La Constitution n'a jamais jusqu'ici été révisée sur ce point, même si le sujet a été évoqué lors de la dernière révision constitutionnelle.

C'est en matière de construction européenne que le mécanisme de l'article 54 a le plus joué (*six décisions en tout*). La décision fondatrice dans ce domaine est celle rendue par le Conseil sur le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 (*Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Rec. p. 55*). Dans cette décision, le Conseil a estimé que « *le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création et au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres* ». Toutefois, poursuit le Conseil, « *au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale,*

l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ». C'était le cas, en l'espèce, du droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales, des dispositions relatives à l'union économique et monétaire et du recours à la majorité qualifiée pour l'adoption d'une politique commune des visas. Cette décision conduisit à la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 qui a inséré dans la Constitution française un nouveau titre XV « *Des Communautés européennes et de l'Union européenne* ».

2. Dans l'ordre juridique français, les traités internationaux ont une valeur supra-législative et un infra-constitutionnelle.

2.1. Une valeur supra-législative

Aux termes de l'article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Dans sa décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'homme : « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* » (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19).

Cette décision est fondée sur deux arguments essentiels :

- un argument de droit, tiré d'une interprétation stricte de l'article 61 de la Constitution : « *L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». Si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confèrent au traité une autorité supérieure à celle des lois, « *elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu par l'article 61 de celle-ci* ».

- un argument pratique : selon la Constitution, le Conseil constitutionnel dispose d'un délai d'un mois pour rendre ses décisions. Il serait très difficile d'examiner dans un délai aussi bref la conformité des lois avec les très nombreux engagements internationaux souscrits par la France.

Dans ses décisions ultérieures, le Conseil constitutionnel a explicité ce qui n'était qu'implicite dans sa décision de 1975 : si le contrôle de la supériorité des traités par rapport aux lois ne peut être effectué dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il doit être effectué par les juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de Cassation et du Conseil d'État. « *Il appartient en effet, selon le Conseil constitutionnel, aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives* » (Décisions n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Rec. p. 135 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, Rec. p. 110).

La Cour de Cassation a répondu très vite à cette invitation dans une décision du 24 mai 1975, c'est-à-dire quelques mois seulement après la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier. La Cour de Cassation a jugé que l'article 95 du Traité de Rome, qui interdit tout obstacle à la libre concurrence, devait prévaloir sur des dispositions législatives prévoyant la taxation de cafés importés, même si ces dispositions législatives avaient été votées postérieurement au Traité de Rome (*Chambre mixte, 24 mai 1975, société des cafés Jacques Vabre, Dalloz 1975, p. 497, conclusions Touffait*).

Le Conseil d'État, qui a toujours été plus respectueux de la souveraineté de la loi, a pris beaucoup plus de temps, pratiquement 15 années, pour reconnaître la suprématie d'un traité sur une loi postérieure. Par une décision d'assemblée du 26 octobre 1989, le Conseil d'État a jugé que le Traité de Rome devait l'emporter sur une loi de 1977 concernant l'organisation des élections au Parlement européen, même si cette loi était postérieure au traité (*Assemblée plénière, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p. 190, conclusions Frydman*).

Contrôler la conformité des lois aux traités, et notamment à la Convention européenne des droits de l'homme, est désormais une tâche quotidienne des juridictions judiciaires et administratives. Celles-ci n'hésitent plus à écarter la loi ou le règlement qu'elles estiment contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce type de question est maintenant très fréquemment soulevée devant les tribunaux, notamment en ce qui concerne l'article 6 de la Convention relatif au droit à un procès équitable.

2.2. Une valeur infra-constitutionnelle

La subordination des traités internationaux à la Constitution résulte des termes mêmes de la Constitution. En imposant une révision préalable de la Constitution avant toute ratification d'un traité comportant une clause contraire à celle-ci, l'article 54 implique bien, a contrario, une supériorité de la Constitution par rapport au traité. Par ailleurs, l'article 55 prévoit expressément que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois et non à celle de la Constitution.

Cette valeur infra-constitutionnelle des traités a été reconnue par deux arrêts convergents du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, qui traitent de la même question, à savoir le droit électoral applicable au Congrès de la Nouvelle Calédonie. Le point de départ se trouve dans l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, introduit dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, qui limite le droit de vote pour l'assemblée locale à ceux des électeurs qui peuvent justifier de 10 ans de résidence sur le territoire. Cette règle a été considérée par plusieurs requérants comme contraire tant au Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques qu'à la Convention européenne des droits de l'homme et la complexité du droit électoral français a fait que la question a été posée tant au Conseil d'État (*compétent en matière d'organisation des élections*) qu'à la Cour de Cassation (*compétente en matière d'inscription sur les listes électorales*).

Le Conseil d'État, dans un arrêt d'Assemblée du 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, a jugé que le moyen tiré de l'éventuelle contradiction avec les textes internationaux précités « ne peut qu'être écarté puisque les dispositions attaquées ont valeur constitutionnelle », l'Accord de Nouméa ayant été constitutionnalisé par la révision de 1998.

La Cour de Cassation dans un arrêt d'Assemblée plénière du 2 juin 2000, Mlle Fraisse, écarte de même le moyen, « *la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* ».

Le Conseil constitutionnel a adopté la même position puisqu'il a jugé que la Constitution conserve « *sa place au sommet de l'ordre juridique interne* » (considérant 10 de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec. p. 173).

Cette hiérarchie des normes à trois niveaux -loi, traité international, Constitution- est imparfaite sur le plan logique : dans l'ordre international, la primauté du droit international à vocation à s'exercer vis-à-vis de toute norme nationale, fut-elle constitutionnelle. Un Etat qui, en raison d'un obstacle constitutionnel, ne respecterait pas ses engagements internationaux engagerait sa responsabilité sur le plan international.

Cette hiérarchie des normes est cependant inévitable, comme le prouve de façon éclatante l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans une affaire Kadi le 3 septembre dernier. Dans cette affaire, la Cour de justice des Communautés européennes a annulé comme contraire aux droits fondamentaux reconnus par le traité instituant la Communauté européenne un règlement du Conseil transposant en droit communautaire une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU gelant les avoirs d'un certain nombre de personnes, dont M. Kadi, soupçonnées de terrorisme. Pour reconnaître sa compétence, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé « *que les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en oeuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la Charte des Nations unies* ». Si le traité instituant la Communauté européenne prévoit une primauté du droit international sur les actes de droit communautaire dérivé, cette primauté ne saurait s'étendre au droit primaire et en particulier aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux.

Cette position tant des Cours suprêmes françaises que de la Cour de justice des Communautés européennes est en réalité très logique : la primauté du droit international dans l'ordre interne ou dans l'ordre communautaire repose sur la Constitution ou sur le traité instituant la Communauté européenne. C'est en effet la Constitution ou le traité qui définit la hiérarchie des normes. Le droit international ne saurait prévaloir sur une constitution nationale ou sur le traité établissant la Communauté européenne puisque c'est d'eux qu'il tient sa place dans l'ordre juridique national ou communautaire. Le vieil adage « *Qui t'a fait roi ?* » conserve ainsi toute sa force dans les rapports entre constitutions nationales et droit international.

L'internationalisation du droit national et la nationalisation du droit international
A propos de quelques théories principales sur le droit et la globalisation
par Zhu Jingwen

Résumé

I- L'essence de la globalisation du droit

La globalisation apparaît au début dans le domaine économique. Depuis les années 80 du siècle dernier, une innovation économique vers le marché a eu lieu non seulement dans les pays capitalistes mais aussi dans les pays socialistes : pour augmenter la capacité concurrentielle, les pays capitalistes principaux ont commencé à réduire les politiques étatiques de bien-être des années 60 ou 70, et à prendre en considération le rôle du marché ; la plupart des pays socialistes ou ex-socialistes se transformaient de l'économie planifiée vers l'économie de marché, ce qui a créé une condition pour la formation d'un marché unifié dans le monde entier. Parallèlement, les relations entre les pays du tiers monde et les pays développés ont évolué, avec une dépendance de plus en plus grande des uns aux autres. D'après les statistiques de la Banque mondiale, plus de la moitié du produit domestique brut (PDB) d'un pays est réalisée par la promotion du commerce international ; les investissements étrangers représentent une proportion de plus en plus importante dans le PDB ; et l'économie nationale s'intègre au fur et à mesure à l'économie internationale.

L'intégration économique n'est pas simplement économique, elle est pilotée par l'innovation politique et juridique de l'Etat, et en même temps, elle pousse davantage cette innovation. Une garantie du système juridique perfectionné est l'un des facteurs importants pour évaluer les conditions d'investissement. Le principe fondamental et le but final de ces réformes juridiques consistent à renforcer la prévisibilité, la calculabilité et la transparence de la loi, à réaliser l'Etat de droit, pour assurer la circulation libre et transfrontalière du capital, et le commerce libre dans le monde.

La globalisation a commencé d'abord dans les domaines du commerce et d'investissement, et a touché ensuite rapidement le domaine financier, la gestion des sociétés multinationales, les normes de travail, les normes techniques, la propriété intellectuelle, la transparence des informations, et a concerné aussi la criminalité transnationale, l'anti-terrorisme, l'anti-corruption, la criminalité contre l'humanité, la protection de la diversité culturelle, la circulation transfrontalière du personnel, Internet, le traitement de l'environnement, et d'autres problèmes impliquant chaque Etat, chaque organisation, même chaque individu. Dans tous ces domaines, un Etat agissant tout seul ne ferait pas de grandes choses et il faut compter sur les efforts communs de tous les Etat et sur le traitement normatif. Le problème juridique est impliqué sans exception dans tous les domaines visés par le traitement global, ce qui forme la globalisation du droit s'adaptant aux domaines susmentionnés.

La globalisation du droit incarne l'institutionnalisation de la globalisation des autres domaines, sans laquelle il serait nul de parler la globalisation du droit. Mais la globalisation

des autres domaines serait aussi nulle ou reste dans un niveau médiocre s'il n'a pas de garantie juridique. La tendance de globalisation n'illustre que l'extension des activités humaines dans l'espace, et elle ne substitue pas et elle ne peut pas substituer à l'Etat souverain. La plupart des activités humaines s'exercent au sein de l'Etat, à l'intérieur de son territoire.

Il existe deux modes de globalisation du droit : l'un est l'internationalisation du droit national, l'autre est la nationalisation du droit international. Cette dernière représente un sens assez fort de la globalisation du droit, c'est-à-dire qu'il existe des normes unifiées pour des Etats concernés, et que ces normes se placent au-dessus de la loi nationale de l'Etat souverain et celle-ci doit être réajustée selon ces normes. Et l'internationalisation du droit national représente un sens assez faible de la globalisation du droit, elle n'exige pas de normes internationales ni de loi internationale unifiée, mais elle représente une tendance juridique mondiale dont les sources sont le système juridique d'un Etat ou d'une région. Ces deux modes peuvent s'associer et se convertir...

II- L'internationalisation du droit national: la transposition du droit en Chine

L'internationalisation du droit national, appelée aussi comme le "localisme globalisé" par certains auteurs, désigne qu'un système juridique général dans un pays ou une région est mis en pratique dans un espace plus grand, même dans le monde pour certaines raisons. Ce mode de globalisation, est souvent lié à la position dominante d'un Etat ou d'une région dans l'économie ou dans la politique mondiale. Pour l'Etat récepteur, il reçoit le système et les règles soit en raison de leur position dépendante, soit en raison de l'influence culturelle.

Dans les temps modernes, ce mode de globalisation a eu lieu deux fois dans le monde : l'une s'est passée dans le droit privé, soit le mouvement de codification, imitant les codes civils français et allemand du milieu du 19ème siècle au 20ème siècle et à partir de l'Europe jusqu'au monde entier ; l'autre était dans le droit public, soit le courant caractérisé par l'institution du tribunal (ou du conseil) constitutionnel et du système de contrôle judiciaire depuis le 20ème siècle, né en Europe et en Amérique et élargi dans les pays du tiers monde en Asie, en Afrique et en Amérique latine.

Pour les pays en développement, ce mode de globalisation a eu lieu deux fois : l'une est l'exportation du modèle juridique des pays européens et des Etats-Unis dans les années 50 et 60 par l'envoi des « troupes de paix » à titre de « l'assistance au tiers monde » ; l'autre est le courant de réforme juridique dans le but de s'orienter vers le marché et de réduire le contrôle, né dans les années 90 dans les pays du tiers monde, de l'ex-URSS et de l'Europe de l'Est, et dans le contexte de la globalisation économique et de l'aggravation de la concurrence internationale pour obtenir le marché et les investissements.

Depuis l'exercice de la politique de réforme et d'ouverture, la Chine a emprunté largement les législations étrangères dans sa propre législation des toutes les branches juridiques. Par exemple, les droits de l'homme, l'Etat de droit et la protection des biens

privés en droit constitutionnel ; les trois grands principes de légalité, d'égalité et de proportionnalité du droit pénal, la criminalité de la personne morale, la criminalité d'atteinte à la sécurité de l'Etat, la criminalité des biens dont les sources sont inconnues et d'autres criminalités en droit pénal ; le principe de présomption d'innocence, la protection des droits du suspect, la réforme du mode de jugement en droit de procédure pénale ; le recours administratif en droit administratif, le principe de l'Etat de droit et le principe de rationalité, le système d'audience dans les sanctions administratives ; le système de responsabilité sans faute en droit civil, le système de compensation due à la faute pour le divorce, le système de visite, le traitement de la violence familiale en droit de mariage, etc., sont tous établis sur la base de l'emprunt législatif des pays étrangers.

La transposition du droit en Chine reflète le courant législatif général dans tous les pays du monde. Mais la motivation de la législation chinoise est due au besoin objectif de la Chine, mais non à l'existence des législations étrangères. La Chine est capable d'établir des textes de loi similaires par ses propres efforts, mais l'emprunt des législations étrangères peut en réduire le temps et le parcours pour la Chine. De plus, la transposition du droit en Chine n'est pas une transcription tel quel, mais une interprétation s'adaptant à la situation réelle du pays chinois.

III- La nationalisation du droit international: les traités internationaux en Chine

La nationalisation du droit international, appelée par certains auteurs comme le "globalisme localisé", désigne qu'un Etat accepte les traités et les règlements des organisations internationales et les transforme en règles intérieures ayant force juridique. Comme de plus en plus de pays participent à une organisation internationale, les règles de celle-ci sont ainsi devenues des règles du monde. Par exemple, l'adhésion à l'OMC, l'Union européenne.

Depuis l'exercice de la politique de réforme et d'ouverture, la Chine a adhéré à de nombreuses organisations internationales, elle a établi et modifié de nombreux lois et règlements pour s'adapter aux traités internationaux et a rempli ainsi sérieusement ses engagements internationaux. On peut citer les principaux traités suivants :

Dans le domaine du commerce international, la Chine a adhéré à l'OMC en 2001. Depuis la fin de l'année 1999, la Chine a pris une série de mesures suivantes: (1) épurer et modifier les textes juridiques entrés en vigueur avant l'adhésion pour s'adapter aux règles de l'OMC ; (2) exécuter les règles de l'OMC de manière unifiée et appliquer le principe de traitement national aux pays membres ; (3) appliquer le principe de transparence, par la promulgation de tous les lois, règlements, jugements judiciaires et décisions administratives concernant le commerce international ; (4) renforcer le contrôle judiciaire ; (5) respecter le principe non-discrimination.

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, depuis son adhésion à la *Convention sur l'établissement de l'organisation internationale de la propriété intellectuelle*, la Chine a participé à une série de conventions internationales sur la propriété intellectuelle relatives au droit d'auteur, au brevet, et à la marque ; elle a modifié à maintes reprises la Loi sur les brevets, la Loi sur les marques, la Loi sur le droit d'auteur, pour s'acquitter de ses devoirs internationaux.

Dans le domaine de la protection des droits civiques et politiques, le gouvernement chinois a signé le 1998 le *Pacte international des droits civiques et politiques* (dans l'attente de l'approbation du Comité permanent de l'ANP) ; et en 2004, la Chine a prescrit « le respect et la protection des droits de l'homme par l'Etat » et la protection des biens privés légitimes des citoyens dans la Constitution ; elle a aussi modifié la Loi pénale et la Loi sur la procédure pénale et renforcé ainsi la protection du droit à la vie (exclusion de la torture) et du droit à la liberté (la détention illégale, l'excès de la détention), et a réformé les systèmes de jugement public, de la détention provisoire, de l'éducation par le travail etc..

Dans le domaine de la protection des droits économiques, sociaux et culturels, la Chine a signé en 1997 le *Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels* et en 2001, le Comité permanent de l'ANP a approuvé l'adhésion de la Chine à ce Pacte. Et sous réserve de certaines clauses, la Chine a déterminé dans le projet d'amendement de la Constitution que « l'Etat établit et perfectionne un système de sécurité sociale correspondant au niveau de développement économique », et a démontré un grand avancement dans la législation sur les aspects de la sécurité sociale, de l'assurance médicale, de l'éducation obligatoire etc.

Dans le domaine de l'environnement, la Chine a signé en 1992 la *Convention cadre de l'ONU sur le changement du climat* et l'a ratifiée en 1993, et en 1998, elle a signé le *Protocole de Kyoto* et l'a ratifié en 2002. Le gouvernement chinois a pris 7 mesures pour répondre au changement du climat : instituer un organisme national de coordination sur le changement de climat ; participer activement aux négociations internationales ; prendre une série de mesures pour réduire l'évacuation de gaz de serre, et remplir sérieusement les engagements concrets de la Convention cadre de l'ONU. Selon les dispositions de cette Convention, la Chine est en train d'établir la *Stratégie nationale pour répondre au changement de climat*, et elle a procédé à des recherches scientifiques sur le changement de climat, a établi un conseil d'examen et d'approbation sur le régime de développement propre, et a promulgué les *Mesures de gestion provisoires sur les projets de régime de développement propre en Chine*, et elle a aussi lancé des activités de propagande et éducatives sur le changement de climat.

Dans le domaine d'hygiène, la Chine est membre de l'Organisation mondiale d'Hygiène, et s'acquitte sérieusement de ses devoirs internationaux dans la prévention et le traitement de SARS, de SIDA, de la grippe aviaire. Elle a établi la *Loi sur la prévention et le traitement de maladie contagieuse* (1989, 2004), le *Règlement de réponse aux évènements de santé publique soudains* (2003), etc. Le gouvernement chinois a aussi multiplié le financement dans le domaine de santé publique, surtout pour la campagne, et renforcé les coopérations internationales, y compris les mesures d'établir le système d'information sur la prévention et le traitement des épidémies, de mener des échanges et de recherches coopératives, d'accélérer le processus de coopération dans ce domaine et de coordonner la gestion de sortie et d'entrée à la douane, etc.

IV- La globalisation et le rôle de l'Etat souverain: le problème du traitement global dans le monde

D'après certains propos, la globalisation est la non nationalisation ou la dénationalisation.

C'est un malentendu.

Nous avons remarqué que, la notion de traitement global dans le monde a été soulevée à la fin du siècle dernier et au début du présent siècle au cours des études sur la globalisation. Le traitement global désigne le traitement synthétique par les efforts communs de tous les niveaux et par les divers moyens face à un problème mondial. Cette notion insiste sur la diversité des niveaux du sujet d'intervention et sur la variété des moyens de traitement. A mon avis, la notion de traitement global est une rectification de déviation et un approfondissement de la notion de globalisation basée unilatéralement sur la non nationalisation ou la dénationalisation.

Les théories juridiques du passé se sont presque tous concentrées au niveau des lois étatiques. Le droit international est établi par les gouvernements des Etats souverains, les organisations non gouvernementales (ci-après les « ONG ») ne sont que l'objet de réajustement et de contrôle des lois, sauf s'il s'agit de la loi sur le groupement social de l'Etat. Mais le traitement global contient plusieurs niveaux : les organisations internationales de niveau mondial, les organisations internationales de niveau régional, les Etats (y compris les gouvernements central et régionaux), les ONG. Il est nécessaire de souligner que, la notion de traitement global vise principalement l'insuffisance des moyens de traitement de l'Etat : certains Etats comblent cette lacune par confier ou étendre le pouvoir de l'Etat, par exemple, la participation de l'Etat à des organisations internationales au niveau mondial ou régional ; certains Etats réajustent cette situation par réduire le pouvoir de l'Etat, par exemple, les ONG.

L'Etat joue un rôle irremplaçable par rapport à n'importe quel (le) organisation ou individu dans le traitement global. Bien que le rôle des organisations internationales et des ONG est de plus en plus renforcé avec la globalisation, et celles-ci peuvent même jouer un rôle de restriction vis-à-vis de la souveraineté de l'Etat dans certains domaines, l'Etat joue encore le rôle le plus important dans tous les niveaux de traitement global. A nos jours, pour chaque problème visé par le traitement global, nous ne pouvons pas imaginer comment le résoudre sans passer par l'Etat. De certains points de vue, la raison de faire prévaloir le rôle des organisations internationales et des ONG est de combler les lacunes dans le traitement global mené uniquement par l'Etat, mais non de le remplacer. L'Etat reste encore le sujet le plus important dans les relations internationales modernes. Cela est pour deux raisons : l'une est que le principe de souveraineté est un principe fondamental dans les relations internationales et que les Etats membres souverains jouent un rôle le plus important dans les organisations internationales ; l'autre est que les ONG doivent se soumettre à la contrainte juridique des textes de lois de l'Etat et au contrôle de ceux-ci dès son enregistrement et sur leurs activités. La question n'est pas de remplacer le rôle de l'Etat par les organisations internationales et les ONG, mais de par quels moyens, connecter le traitement national et international, le traitement gouvernemental et non gouvernemental, sur base de la reconnaissance de la souveraineté de l'Etat.

Il est nécessaire de noter que, pour les trois niveaux du traitement global des organisations internationales, de l'Etat, des ONG, il n'existe pas de problème sois disant

l'« internationalisation », la « nationalisation », ou la « non-gouvernementalisation ». C'est à dire que, le traitement global des organisations internationales n'exclut pas celui de l'Etat ou des ONG ; le traitement global de l'Etat n'exclut pas celui des organisations internationales ou des ONG, les ONG ou les individus ne peuvent d'autant plus exclure l'Etat et les organisations internationales. C'est à dire que une situation d'intégration se forme et chaque sujet peut jouer son rôle dans sa compétence, avec la coexistence des contradictions et des coordinations. Comment concentrer une force pour traiter les problèmes globaux est le problème principal du le traitement global dans le monde.

V- Les perspectives globales : les différents rôles du centre et de la marge

Les études sur la globalisation nous demandent de constater le développement juridique de différents pays d'un point de vue global, mais non d'un point de vue d'un seul pays : certains pays se situent au centre et deviennent les bénéficiaires de la globalisation ; certains pays se situent à la marge et en deviennent la victime. Les différents pays, les différents groupes dans un seul pays manifestent de différentes attitudes à l'égard de la globalisation et de l'établissement des règles globales. Par exemple, les négociations menées par l'OMC sur les normes de l'environnement, les normes de travail, la protection de la propriété intellectuelle, et les négociations récentes sur les produits agricoles, sur l'évacuation de gaz de serre, sur les droits de l'homme, sur les doubles normes dans le domaine d'anti-terrorisme, nous pouvons constater les différentes positions de différents pays.

Si on regarde le développement juridique de différents pays d'un point de vue global, on peut constater les divers rôles du centre et de la marge dans les temps anciens, modernes et contemporains.

Dans les temps anciens, la lutte entre les nobles et les civils et la lutte entre les romains et les non romains se mêlent et constituent deux axes de développement social et juridique à Rome. La victoire des civils rend Rome une société égalitaire composée des individus libres et brise ainsi la hiérarchie sociale. C'est la raison principale par laquelle le droit romain devient le premier droit mondial dans une société des producteurs des marchandises. Cependant, la victoire des civils fait perdre les esclaves de mains-d'oeuvre, c'est ainsi que Rome déclenche des guerres d'invasion pour étendre sa frontière et pour se procurer des esclaves. La prospérité et la gloire de l'ancien Rome sont liées à la conquête des territoires d'outre-mer, l'égalité des citoyens romains est établie sur la base inégale de la conquête des citoyens non romains.

Dans les temps modernes, le système de Westphalie en 1648, basé sur l'égalité de la souveraineté étatique, est considéré comme le début de l'histoire des relations des Etats modernes. Mais ce système se limite aux Etats souverains, et exclut les relations entre les Etats souverains et leurs colonies, c'est à dire qu'il n'est qu'une partie de l'ordre mondial tout entier. Pour les colonies et les semi colonies conquises, il n'existe pas de l'égalité souveraine et elles sont mises en dehors du système. L'autre partie de l'ordre mondial est l'expansion coloniale des puissances dans les autres régions du monde.

Dans les temps contemporains, après la seconde Guerre mondiale, il n'existe plus de système impérialiste et colonialiste. Les pays en Asie, en Afrique et d'Amérique latine se libèrent de la domination colonialiste et établissent des Etats indépendants et souverains. Le système juridique de ces nouveaux pays est une continuité du modèle de l'Etat national établi par le système de Westphalie. Ainsi est formé un ordre juridique mondial unifié composé par les Etats de souveraineté égale. Mais à nos jours, nous pouvons voir aussi l'ombre de l'Empire romain. D'une part, avec le changement structurel du système juridique dans les pays occidentaux, l'inégalité juridique basée sur les biens, race, sexe, statut se réduit ; l'inégalité subie par les vulnérables est réparée par le système de bien-être social et de sécurité sociale ; et le système de protection des droits de l'homme, le niveau de la démocratie et de l'intervention du public est augmenté. D'autre part, les pays du tiers monde se trouvent dans une situation de plus en plus misérable. Dans le contexte de globalisation, nous constatons que l'industrie basée sur le bas salaire, le niveau médiocre de sécurité sociale et la pollution de l'environnement sont interdits en Occident. En raison du coût de revient de main-d'oeuvre et d'environnement, la production du même produit sera beaucoup moins chère dans un pays en voie de développement que dans un pays développé. C'est ainsi que l'industrie du monde se déplace vers les pays du tiers monde où le salaire est bas, la protection de l'environnement est médiocre. Pour ces derniers, cela leur apporte des investissements et des emplois, et ils se concurrencent pour baisser le prix et se développent au détriment de l'environnement et des droits de l'homme des travailleurs. Avec le déplacement industriel, les droits de l'homme et l'environnement se détériorent à l'échelle mondiale. On peut aussi dire que, l'autre côté de l'augmentation de la protection des droits économiques, sociaux et culturels des citoyens des pays occidentaux, est la détérioration des droits de l'homme et de l'environnement des pays du tiers monde, ce qui est comme la prospérité de Rome, comme les droits d'égalité dont les romains jouissent sont au prix de la conquête et des droits inégaux des non romains.

C'est vrai que les pays du tiers monde ont leurs propres problèmes, mais si ces problèmes sont tous imputés aux gouvernements et à leurs peuples du tiers monde, est-ce que c'est juste d'après tous les chercheurs de bonne conscience? Il ne faut pas oublier que nous vivons sur la même terre, et que le développement de chaque partie dépend des autres. La globalisation contemporaine ne peut pas reprendre la conquête militaire ou la politique de force des temps anciens et modernes pour résoudre les problèmes. La résolution des problèmes globaux du monde n'est pas d'imposer l'idée de certains pays à des autres, ni de penser seulement à des intérêts d'un ou de certains pays, mais de prendre en considération de la situation propre de tous les Etats, de se communiquer, de se comprendre, afin de réaliser le but « gagnant gagnant », surtout dans l'établissement des règles globales du monde. « Le même monde, le même rêve ». Laissons partager les fruits apportés par la globalisation au monde.

Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales

Eloge de la « bénévolance »¹ des juges²

par Guy Canivet

Introduction

Pas plus que beaucoup d'autres, mais sans doute à tort, le règlement de procédure du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie n'empêche un juge de dormir à l'audience ! Est-ce pour cette raison qu'à l'occasion du procès *Delalic*, comme l'a incontestablement révélé l'enregistrement visuel, le président de la Chambre de première instance, saisi par l'ennui, s'est laissé aller à un bref assoupissement³ ?

Mal lui en a pris, car en dépit du silence du règlement de procédure, l'instance d'appel saisie par l'accusé a l'a fustigé en des termes sévères :

« Il ressort de la jurisprudence interne examinée par la Chambre d'appel que s'il est établi qu'un juge a dormi pendant une partie du procès ou que, de toute autre manière, il ne faisait pas preuve d'une attention sans faille, et si ce comportement cause un préjudice réel à une partie, l'équité au procès peut s'en trouver à ce point affectée qu'elle ouvre le droit à un nouveau procès ou à quelque autre juste réparation »⁴.

Ainsi, par le recours à la jurisprudence nationale, a été réglée la question, curieusement inédite en droit international, du juge inattentif.⁵ Est-il une meilleure illustration du thème de l'influence croisée des juridictions nationales et internationales ?

Au-delà de cette image comique, sans doute moins anecdotique qu'il n'y paraît dans la tradition judiciaire, comment se construisent les décisions de justice ? Sont-elles élaborées en autarcie, par des instances confinées dans leur propre système de droit et qui se prononcent selon les procédures, les raisonnements qu'elles isolent et se réservent pour l'application d'un droit autosuffisant, selon des processus fermés, par des juges narcissiques ou introvertis, imperméables à tout effet exogène ? Au contraire, ce travail d'interprétation et d'application du droit est-il extraverti, ouvert aux échanges, influencé par les statuts, les procédures, les pratiques et la jurisprudence d'autres juridictions ?

Tout tourne finalement autour de la figure de la "clôture", analysée par Roland Barthes, ici même, au Collège de France, dans son cours sur le "Comment vivre ensemble"⁶. Les juges oeuvrent-ils dans la béatitude - le sommeil - ou sous la protection d'un souverain isolement

¹ Tiré de *bénévole*, la bénévolance est ce qui se fait de bonne grâce.

² Le texte l'article est celui d'une conférence donnée le 9 mai 2005, dans séminaire 2005 : Acteurs et méthodes d'une intégration pluraliste, organisé dans le cadre de la Chaire d'études juridiques comparatives et internationales du droit de Mme le Professeur Mireille Delmas-Marty.

³T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Delalic et autres (Celebici)*, arrêt du 20 février 2001, §620 et s., "(...) *Les cassettes d'extraits témoignent, chez [le juge Karibi-White], d'une tendance récurrente à de brèves absences.*" §628

⁴Ibid., §625

⁵V. Philippe Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", *R.G.D.I.P.*, 2001, n°2, t. 105, pp. 455-463

⁶Roland Barthes, "Comment vivre ensemble", *Cours et séminaires au collège de France (1976-1977)*, Editions du Seuil, 2002

dans un espace clos ou ont-ils, au contraire, les yeux ouverts, sont-ils exposés au monde et stimulés par lui, en d'autres termes dépendants, fût-ce relativement, d'une communauté juridictionnelle internationale plus ou moins intégrée ?

Assurément, ces questions ne sont pas purement académiques. Elles mettent tout d'abord en cause la réalité d'un pouvoir ou d'un ordre judiciaire supranational, s'exerçant sur un ensemble de juridictions étatiques, subordonnées ou non ; corrélativement, elles déterminent l'accessibilité de la justice des Etats, fonction souveraine par excellence, à des facteurs extra-nationaux. Ces questions provoquent enfin le débat sur l'existence d'un mécanisme de construction d'un droit commun régional ou mondial et sur la puissance ou l'efficacité des instruments de convergence vers un ordre juridique globalisé. Tels sont, à mon sens, quelques aspects d'une problématique générale de l'influence croisée des juridictions internationales et nationales.

En l'abordant, je dois avouer, sacrifiant à la révélation du sujet du discours, que je ne suis ni internationaliste - privatiste et moins encore publiciste -, ni comparatiste, ni théoricien du droit et que je n'ai de vue sur le thème traité qu'à partir de l'expérience restreinte d'un juge national qui n'a pratiqué que les juridictions internes et qui, tout au plus, depuis quelques années, dans diverses instances, rencontre d'autres responsables de Cours nationales ou internationales. Cette conférence n'aura donc rien de savant. Telles sont, sachez le, les limites du discourant.

S'agissant des limites de l'objet de l'étude, on discutera peu de la notion organique de juridiction en adoptant, par construction, la définition la plus large, celle d'instance permanente instituée par un texte national ou international apte à rendre des décisions de justice¹. De sorte qu'y seront inclus, fût-ce tangentiellement, en considération de l'intérêt qu'ils représentent, l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et le Comité des droits de l'homme de l'ONU que l'on regardera, à tout le moins, comme des quasi-juridictions ou des juridictions potentielles.

Interpelle davantage le concept d'influence qui, n'étant pas juridique, s'entend tout à la fois de l'effet objectif produit par un facteur sur un phénomène soumis à variation et de l'action volontaire d'une personne ou d'une institution sur une autre, soit par la persuasion, soit par l'exercice à son égard d'un pouvoir ou d'une autorité politique, juridique, sociale, morale ou intellectuelle. Ainsi, dans le champ de l'étude, comprendra-t-on l'autorité juridique des décisions d'une juridiction à l'égard d'une autre autant que toute forme quelconque de reconnaissance notamment par incitation, conviction, emprunt, mimétisme ou imitation.

De sorte que le thème assigné dépasse la question classique des rapports entre l'ordre juridique étatique et celui du droit international. Même si elle n'est pas sans incidence sur le sujet, celui-ci ne se résout pas à l'opposition traditionnelle entre la doctrine dualiste, selon laquelle l'ordre juridique international et les ordres domestiques coexistent dans l'indépendance du fait qu'ils reposent sur des normes fondamentalement différentes, et la

¹Marie-Claire Rivier, "Juridiction", in Loïc Cadet (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004, p. 702

doctrine moniste qui voit un tout unitaire dans la société internationale et celle des Etats¹.

La différenciation infinie des modes d'exercice de l'influence conduit, en effet, à envisager le sujet, plus amplement, sous une double approche, d'abord par le cadre de l'influence (§ 1), puis par celle du jeu de l'influence (§ 2), en recherchant, dans l'un et l'autre de ces aspects, cadre et jeu, examinés sous l'angle de la complexité et des variations, autant les lignes de forces que leur dynamique.

I - La complexité du cadre de l'influence

Par cadre de l'influence, on entendra d'abord les divers modes d'organisation entre les juridictions internationales et les juridictions nationales (A) puis les liens interactifs complexes qui en résultent (B).

A - Les multiplicité des modes d'articulations entre juridictions nationales et internationales

Il est peu risqué d'affirmer qu'il n'existe pas, au sens propre, un ordre unique englobant dans un même système organisé l'ensemble des juridictions internationales et nationales. On observe, au contraire, une pluralité de systèmes, un agrégat qui impose des classifications. C'est à partir des diverses compréhensions du concept d'influence qu'on y procédera, en distinguant les juridictions internationales placées au sommet d'un ordre institué par un traité et subordonnant hiérarchiquement les juridictions des Etats (1), de celles qui déterminent des ordres cloisonnés, quoique soumis à des interférences, et n'exercent aucun pouvoir immédiat sur les juges nationaux (2).

1 - L'intégration dans les ordres juridictionnels supra-nationaux

Dans le premier groupe se classent les juridictions internationales qui contrôlent l'interprétation d'un traité d'application directe, interprétation que font au premier stade et sous leur contrôle les juridictions des Etats signataires. Tel est évidemment le cas de la Cour de justice des communautés européennes, dont, par l'effet même du Traité de l'Union, les décisions s'imposent, dans leur interprétation du droit communautaire, avec le même effet direct et la même primauté que le traité lui-même, à l'ensemble des juridictions des Etats membres. Ses arrêts s'intègrent à l'ordre juridique communautaire comme le corpus interprétatif des textes fondateurs.

D'autres organisations régionales de marché se sont dotées d'un semblable dispositif qui, dans le champ d'application d'un traité, délèguent des pouvoirs de jugement aux juridictions internes mais, sous diverses formes, confèrent une autorité normative unificatrice à la juridiction supranationale qu'il crée. Dans cette catégorie, on peut citer de nombreux

¹V. Patrick Daillier, "Monisme et dualisme : un débat dépassé?", in Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (Dir.) *Droit international et droits internes, développements récents*, Pédone, 1998, pp. 9-21

exemples de juridictions instituées dans le cadre des intégrations économiques régionales¹ : sur le continent américain, la Cour centraméricaine de justice et la Cour de justice de la Communauté andine ; en Afrique, la Cour de justice du marché commun de l'Est et du Sud africain, la Cour commune de justice et d'arbitrage instituée dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (O.H.A.D.A.) et la Cour de la Communauté économique africaine ; en Europe enfin, outre la Cour de justice des communautés européennes, la Cour de l'A.E.L.E. et la Cour du Bénélux. Il est toutefois difficile de discerner des règles constantes dans cette prolifération de juridictions économiques régionales où les puristes du droit international voient plus de sources de dérèglement que de cohérence².

Dans l'ordre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la figure systémique est différente quoique aboutissant à un résultat semblable. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont revêtues d'une autorité relative de la chose jugée : l'arrêt n'oblige que les parties au litige et pour le seul cas tranché. Mais quoiqu'il ne confère aucune force exécutoire à la décision, le mécanisme de la Convention oblige toutefois l'Etat contractant à se conformer à son dispositif³.

Il en résulte que l'autorité des arrêts de la Cour déborde largement leur stricte portée juridique. Bien que les juges de Strasbourg, à la différence de ceux de Luxembourg, n'aient développé aucune doctrine sur l'applicabilité directe ou la primauté du droit européen des droits de l'homme, l'examen des résolutions de l'organe d'exécution, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, montre que les autorités nationales, au rang desquelles se trouvent les juridictions, sont contraintes de se ranger à la jurisprudence de la Cour⁴. Ceci conduit à accréditer la doctrine selon laquelle ses arrêts seraient revêtus de l'«autorité de la chose interprétée»⁵.

Ce mécanisme s'est renforcé de l'obligation de remettre en question l'autorité de la chose jugée, notamment en matière pénale, par la juridiction interne, en violation des articles 5, 6 et 7 de la Convention. A la suite de certains Etats⁶, par une loi du 15 juin 2000⁷, la France a, à son tour, institué une procédure de réexamen d'une décision pénale définitive jugée par la Cour européenne des droits de l'homme contraire aux dispositions de la Convention. Certes, le réexamen est décidé par une commission instituée auprès de la Cour de cassation⁸, donc par

¹Pour plus de détails, Laurence Burguorgue-Larsen, "Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit", in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pédone, 2003, pp. 203-264 ; Hélène Ruiz-Fabri, "La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats", *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2003 ; Sofiène Bouiffror, "L'intervention du juge international dans le cadre des intégrations économiques régionales", in Patrick Daillier, Gérard de la Pradelle, Habib Ghérari (Dir.), *Droit de l'économie internationale*, C.E.D.I.N., Pédone, 2004

²Benedict Kingsbury, "Is the proliferation of International Courts and Tribunals a systemic problem?", *N.J.I.L.P.*, 1999, vol. 31, p. 681 et s.

³V. Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 6^{ème} éd., 2003, pp. 568 et s.

⁴Pour exemple, Comité des ministres, recommandation R (2000) 2, du 19 janvier 2000

⁵V. Frédéric Sudre, ouvrage précité, p. 577

⁶Notamment l'Autriche, la Belgique, le Danemark, le Luxembourg, Malte, la Norvège et la Suisse, exemples cités in Frédéric Sudre, précité, p. 571

⁷Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, article 89

⁸La Commission de réexamen est composée de sept magistrats de la Cour de cassation, désignés par l'assemblée générale de cette juridiction (article 626 al. 3 du Code de procédure pénale). Elle s'est réunie pour la première fois

une juridiction interne, néanmoins, par ce mécanisme, l'effet juridique de l'arrêt de la Cour européenne transite de l'ordre international vers l'ordre interne pour remettre en cause l'autorité de la chose définitivement jugée par les juridictions de l'Etat.

D'autres organisations internationales de protection des droits de l'homme se sont dotées d'appareils juridictionnels de même inspiration, telle la Cour interaméricaine des droits de l'homme, organe d'application et d'interprétation des textes garantissant les droits de l'homme dans l'Organisation des Etats américains et, à un degré infiniment moindre¹, la Commission des droits de l'homme et des peuples, instituée pour la mise en oeuvre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

La force uniformisatrice d'un système de cette nature se mesure évidemment à l'autorité des décisions de l'organe, plus ou moins juridictionnel, institué par le traité et aux pouvoirs qui lui sont conférés. Dans le domaine spécifique des droits de l'homme, lieu d'élection de ce type d'organisation, les situations sont variables². Elles vont des systèmes les plus aboutis, dans lesquels les décisions de l'organe international s'imposent aux juridictions des Etats contractants, aux systèmes les moins achevés qui ne s'appuient que sur des commissions para-juridictionnelles n'émettant que des recommandations de faible portée à l'égard des Etats.

Le dispositif de contrôle du Pacte international des droits de l'homme relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, est à cet égard intéressant³. Le Comité des droits de l'homme créé à cette fin peut demander aux Etats des rapports sur les mesures prises pour rendre effectifs les droits garantis et leur présenter toutes observations⁴. Il peut aussi se voir reconnaître par les Etats compétence pour être saisi de "communications" émanant d'un autre Etat et dénonçant des violations de leurs obligations⁵. Mais le processus de base est renforcé d'un protocole facultatif selon lequel les Etats peuvent conférer au Comité la compétence de recevoir et examiner des requêtes (communications) de particuliers⁶. En ce cas, le Comité soumet la contestation à un débat contradictoire puis adresse sous forme de décision juridictionnelle ses constatations à l'Etat et au requérant. Certes, la volonté des Etats continue ici de jouer un rôle déterminant et, qu'il soit déclenché par un Etat ou par un particulier, le processus international ne peut déboucher sur une décision ayant force de chose jugée. Il n'en reste pas moins que le mécanisme mis en place, renforcé par une procédure de suivi des constatations, oblige l'Etat à s'expliquer devant une instance internationale dont l'autorité conduit à l'acceptation d'une solution respectueuse des droits inscrits dans le Pacte, de sorte que, par ce biais, s'impose l'interprétation qu'elle en donne. Le Comité n'a toutefois aucune

le 13 septembre 2000

¹Il faut toutefois relever l'entrée en vigueur le 25 janvier 2004 du *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples* - V. Nouha Chaouachi, "La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples" in Rafâa Ben Achour et Slim Laghamani (dir.), *Justice et Juridictions internationales*, Pedone, 2000, pp. 272-290

²V. Ghazi Gheraïri, "Aspects de la procédure devant les juridictions relatives aux droits de l'homme", *ibid.*, p.189-206

³V. Frédéric Sudre, ouvrage précité, pp. 591 et s.

⁴Article 40 du Pacte

⁵Article 41§1 du Pacte

⁶Article 29 du Pacte

prise effective sur les juridictions nationales chargées de faire une application directe du Pacte. A défaut d'un dispositif d'exécution obligatoire, l'interprétation qu'elle donne des garanties instituées n'est que déclarative. On progresse vers la seconde catégorie de juridictions internationales, celles qui n'exercent aucun pouvoir direct sur des juridictions nationales.

2 - L'autorité relative de la justice internationale

On y classe la plupart des juridictions internationales traditionnelles, notamment celles instituées dans le cadre de l'O.N.U., que leur compétence soit générale comme celle de la Cour internationale de justice, ou spécialisée comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou le Tribunal pénal international pour le Rwanda, que ces juridictions internationales soient chargées d'un contentieux entre Etats, comme la Cour internationale de justice ou le Tribunal international des droits de la mer, ou de recours de particuliers comme les juridictions pénales internationales, notamment la Cour pénale internationale, qu'enfin, leur compétence soit obligatoire ou facultative pour les Etats signataires.

Pour autant, dans toutes ces situations, les décisions de la juridiction internationale ne sont pas privées d'autorité sur les juridictions internes. Progressivement, la perméabilité de l'ordre juridique national aux décisions internationales s'est accrue en obéissant à des démarches différentes. Le fondement juridique de la réception de la jurisprudence des juridictions internationales par les juridictions internes est tiré, soit, classiquement, de la souscription de l'Etat au statut ou à la compétence de la juridiction internationale, soit, plus généralement, selon la théorie du droit international, de l'opposabilité des normes du jus cogens¹.

On comprend que, progressivement, s'estompe le cadre institutionnel de l'influence jusqu'à disparaître lorsque les juridictions n'ont aucun lien entre elles. La réception réciproque des jurisprudences ne repose alors sur aucun principe juridique. Elle est cependant une pratique courante sur laquelle on reviendra, en évoquant les multiples références faites à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par des juridictions, internes ou internationales, qui ne sont cependant, en aucune sorte, tenues au respect de la Convention. Dans le cadre ainsi tracé, quels sont les circuits d'interaction des juridictions entre elles?

B - La variété des vecteurs de circulation du droit construits par le juge

Au sein de ces architectures multiformes, tout aussi complexes et infiniment subtils, se déploient les modes de circulation du droit construits par le juge. Sans les épuiser tous, on peut en proposer trois catégories, la jurisprudence (1), les juges et praticiens (2), enfin la doctrine juridique (3).

1 - La jurisprudence.

C'est évidemment par la jurisprudence que s'exerce, au premier chef, l'influence réciproque

¹V. Maurice Kamto, "Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales", in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Pédone, 2003, pp. 393-460, pp 422 et s.

des juridictions. La littérature des jugements est le mode premier de communication des juges. Ce sont les décisions qu'ils rendent qui sont éventuellement prises en compte par d'autres. L'autorité de leur jurisprudence est différente selon les situations que nous avons examinées. Elle peut être obligatoire ou consentie. En ce dernier cas, elle varie selon la notoriété de la juridiction, son autorité morale, la force de conviction de sa motivation, la qualité du système juridique d'où émane le jugement. A cet égard, chaque juridiction internationale et chaque ordre national sont en compétition. Dans ce concours sont évidemment avantagés ceux qui produisent des décisions convaincantes, précisément motivées, se référant à des critères d'ordre social, économique, culturel ou éthique dépassant le pur raisonnement juridique et mobilisant des valeurs de portée universelle. C'est à n'en pas douter à ces données que se mesure l'autorité de la jurisprudence française.

Un autre facteur de propagation des décisions de justice tient à la tradition de partage des jurisprudences, tradition forte dans l'espace de Common Law¹, tradition inexistante, insignifiante, en tout cas beaucoup moins active dans les autres, comme celui des juridictions hispanophones ou francophones, même de tradition civiliste.

2 - Les juges et praticiens²

A l'autorité des décisions s'ajoute celle de leurs auteurs. Les juridictions internationales sont composées de juges qui proviennent des systèmes nationaux et qui s'inspirent de leur propre tradition. Là encore, leur influence se mesure à la puissance culturelle du système d'où ils émanent et à leur propre autorité.

Lorsque ces juges regagnent leurs juridictions d'origine, ils rapportent les acquis de la pratique internationale. L'expérience, la culture, les modes raisonnement et les connaissances qu'ils importent sont de ce fait de puissants facteurs d'ouverture.

Quant au rayonnement d'un système juridique par l'autorité personnelle du juge, le même raisonnement peut être tenu pour les juridictions nationales. Il y a sans aucun doute de ce point de vue une différence entre les systèmes de Common Law qui valorisent la stature individuelle du juge et ceux de droit civil, qui l'estompent en le fondant dans l'anonymat d'une quasi-fonction publique judiciaire. Dans ce dernier cas, c'est la réputation collective du corps judiciaire qui importe, telle qu'elle résulte de sa formation, de sa qualification et de son éthique.

A côté des juges, les avocats sont aussi de puissants vecteurs d'influence. Ce sont eux qui, par les références qu'ils invoquent et les citations qu'ils font des jurisprudences externes, établissent des concordances entre des cours internationales ou nationales. On sait, par exemple, dans l'ordre de la Convention européenne des droits de l'homme, que la culture et la formation des barreaux sont un facteur décisif du respect des garanties qu'elle prévoit. Leur

¹V. William A. Schabas, "L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes des pays du Commonwealth", in Jean-François Flauss (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruylant, 2002, pp. 29-53

²V. Maurice Kamto, précité, pp. 421-422

rôle de “passeur” est évidemment primordial, les juridictions ne se fondant sur des jurisprudences extérieures qu’autant qu’elles sont invoquées devant elles. En outre, exerçant d’une juridiction à l’autre, ils transportent leurs habitudes de travail, leurs exigences de libre exercice de la défense, leurs réflexes, leurs savoir-faire, leurs modes de raisonnement et leurs techniques. Leur action contribue donc à la normalisation des pratiques vers ce qu’elles ont de plus utile, de plus vertueux et exigeant pour la qualité du procès. A n’en pas douter, l’aptitude d’une juridiction à se placer dans un concert international dépend de la qualité et des stimulations du corps d’avocats qui oeuvre auprès d’elle.

Qu’il s’agisse des juges ou des avocats, les courants relationnels se renforcent par la création d’organisations internationales qui les rassemblent. S’agissant des juges, se sont créés depuis plusieurs années, des réseaux plus ou moins formels entre cours suprêmes, selon des structures régionales ou linguistiques, Amérique du Nord, Europe, Pacifique, Maghreb, espace francophone, hispanophone, arabophone... ou selon des spécialisations, par exemple la structuration mondiale des juges spécialisés en droit de l’environnement provoquée par le Programme des Nations Unies pour l’Environnement, l’organisation européenne des juges commerciaux ou de concurrence. L’effet de rapprochement produit par ces réseaux est d’autant plus fort que, comme c’est quelquefois le cas, ils se dotent de bases partagées de jurisprudence.

3 - La doctrine.

Parmi les véhicules de l’influence croisée, on ne peut manquer de citer la doctrine. Les auteurs constituant la doctrine internationaliste ou comparatiste observent ces transferts réciproques de normes, les commentent, les rationalisent, en révèlent la logique et les érigent en système. C’est à ces recherches que l’on se reporte lorsque l’on entend mesurer la réalité et la puissance des interactions jurisprudentielles. Ce sont leurs publications qui mettent en évidence les courants d’échange, les renforcent et les stimulent. Il faut admettre que l’intensité de la recherche qu’ils mobilisent participe du rayonnement d’un ordre juridictionnel.

L’échiquier étant ouvert et les pièces installées, peuvent alors s’engager le jeu et se déployer les stratégies de l’influence.

II - Les variations du jeu de l’influence.

Tout d’abord, doit-on, comme le terme “jeu” le laisse entendre, parler de stratégie de l’influence ? Ce qui voudrait dire que chaque système a une propension hégémonique. Il est vrai que les postures de suprématie, de supériorité, parfois d’arrogance, caractérisent certaines organisations juridictionnelles. Toutes cherchent à asseoir et élargir leur rayonnement, qu’elles soient internationales, pour l’expansion des normes universelles qu’elles ont vocation à propager, qu’elles soient internes, pour se promouvoir individuellement ou comme composante d’un grand ensemble de Common Law ou de droit codifié, dans la concurrence mondiale des droits. On admettra donc que la compétition est un mode normal de relation

entre les systèmes juridictionnels et qu'elle est facteur de progrès.

Ce qui n'empêche pas que l'ouverture des juridictions à d'autres jurisprudences peut aussi traduire une conscience juridique nouvelle marquée par les préoccupations d'humanité ou d'universalité, s'appuyant sur certaines valeurs de civilisation partagées à l'échelle mondiale.

De cette quête de pouvoir ou de cette progression vers des valeurs universelles, il s'agit de décrire les forces avant de rechercher en quoi elles contribuent à l'intégration des normes. Les interactions verticales des juridictions nationales et internationales (A) accélèrent la circulation horizontale des normes et des modèles (B).¹

A - Les interactions verticales entre juridictions nationales et internationales.

Chronologiquement au moins, l'influence s'est exercée, de manière ascendante, des juridictions nationales vers les juridictions internationales (1) avant que ne s'impose comme plus puissante et naturelle la tendance inverse (2).

1 - Le mouvement ascendant.

L'influence des juridictions nationales s'exerce tout à la fois dans la modélisation de la justice internationale (a) et par la réception de leurs décisions dans l'ordre international (b).

a - Dans les modèles de juridictions internationales.

Historiquement, les juridictions nationales ont existé avant les juridictions internationales, c'est donc sur la matrice des premières que se sont construites les secondes. L'élaboration des règles fondatrices des juridictions internationales traduit généralement une combinaison des différentes traditions juridiques des Etats parties aux traités fondateurs². Elles expriment non seulement les rapports de force diplomatiques qui ont présidé aux négociations mais aussi la puissance des systèmes juridictionnels en présence. On a coutume de dire que la Cour de justice des communautés européennes est inspirée, tant du point de vue de son statut, de sa procédure que de ses modes de contrôle, par la tradition romano-germanique, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme serait plutôt issue de celle de Common Law, tout comme les juridictions pénales internationales reproduiraient, avec plus ou moins de nuances et de corrections, le schéma américain de procédure accusatoire.

De la même manière, les raisonnements des juridictions internationales, leurs méthodes d'instruction et de jugement, sont inspirés de ceux des juridictions nationales. On estime généralement que la technique du contrôle de légalité des actes des institutions de l'Union européenne par la Cour de justice des communautés européennes est reproduite du modèle

¹Cette double interaction des jurisprudences, verticale et horizontale, est mentionnée par Maurice Kanto, article précité, p. 395

²V. Mireille Delmas-Marty, "Droit comparé et droit international : interactions et internormativité", in Mario Chiavario (Dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, 2003 ; Hélène Ruiz-Fabri "Justice internationale", in Dictionnaire de la justice, Dir Loïc Cadet, PUF, 2004

français tel qu'il a été construit par le Conseil d'Etat au XIXème siècle. En revanche, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'indique, la motivation de ses décisions est inspirée du système du précédent tel que pratiqué par les juridictions de Common Law.

b - Dans la réception des jurisprudences.

Mais c'est évidemment par la réception de la jurisprudence que les juridictions internes pénètrent l'ordre national. De ce point de vue, l'incidence est différente selon que l'on s'adresse à l'organisation classique du droit international (*i*) ou à la politique juridictionnelle des ordres supra-nationaux intégrés (*ii*).

i - Selon la théorie classique du droit international.

Abstraction faite des cas dans lesquels l'application même du droit international laisse des compétences aux juridictions internes dont les décisions s'imposent, la logique du droit international ne ménage, en théorie, qu'une portée résiduelle, accessoire ou supplétive à la jurisprudence nationale¹. Lorsqu'elles appliquent le droit interne, les jurisprudences domestiques sont en général lues par les juridictions internationales comme des éléments de connaissance objective du droit national et lorsqu'elles appliquent le droit international, elles ne le font que sous le contrôle de ces dernières précisément instituées à cette fin.

Néanmoins, d'une manière générale, les jurisprudences des premières ne sont pas sans incidence sur les secondes. Tout d'abord, dans certains cas, les juridictions pénales internationales ne peuvent normalement que prendre acte des décisions des tribunaux nationaux lorsqu'elles sont le résultat d'un procès régulier conforme au droit. En vertu de la complémentarité et du principe, à valeur relative, non bis in idem, les coupables déjà condamnés dans l'ordre interne ne peuvent, sauf exception, être rejugés ou sanctionnés une seconde fois dans l'ordre international. Ensuite, il est communément admis par toutes les juridictions internationales que, lorsqu'elles sont conduites à appliquer le droit interne dans une affaire portée devant elles, elles s'appuient sur l'interprétation nationale. Enfin, les décisions internes peuvent n'être pas dépourvues d'influence normative. Les juridictions pénales internationales ne répugnent pas à faire référence à leur jurisprudence pour éclairer un point de droit ou pour étayer leur raisonnement. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se signale à ce sujet par une grande ouverture. Dans l'affaire Tadic², par exemple, il s'appuie sur la jurisprudence de cours israélienne³, allemande⁴, britannique⁵ et hollandaise⁶ pour établir la responsabilité des Gouvernements sur des opérations des troupes irrégulières qu'ils contrôlent et qui agissent en violation des lois et coutumes de la guerre.

¹V. Maurice Kanto, précité, pp. 450 et s.

²T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Prosecutor vs Dusko Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999

³T.P.I.Y., *ibid.*, §93, il est fait référence à l'arrêt rendu par une Cour militaire israélienne siégeant à Ramallah le 13 avril 1969 dans une affaire "*Kassem et autres*"

⁴T.P.I.Y., *ibid.*, §129, il est fait référence à la décision de l'Oberlandesgericht de Düsseldorf du 26 septembre 1997 dans une affaire "*Jorgic*"

⁵T.P.I.Y., *ibid.*, §142, est mentionné l'arrêt rendu par une juridiction militaire britannique siégeant à Luneburg le 17 novembre 1945 dans une affaire "*Joseph Kramer et autres*"

⁶T.P.I.Y., arrêt précité, §143, est mentionné l'arrêt de la Cour de cassation hollandaise du 29 mai 1978 dans une affaire "*Menten*"

Dans l'affaire *Furundzija*¹, autre exemple, il cite une dizaine de décisions rendues par les juridictions de divers pays à propos de la prohibition de la torture et de la notion de complicité².

De son côté, la Cour internationale de justice, dont les statuts mentionnent parmi les sources de droit applicables, les décisions judiciaires³, précise que cette notion renvoie globalement aux jurisprudences internationales aussi bien que nationales. Ainsi se reporte-t-elle à des précédents nationaux pour établir ou réfuter l'existence de la coutume internationale. Par exemple, dans l'affaire Congo contre Belgique, par un arrêt du 14 février 2002, elle a jugé sur la question de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice accusé d'avoir commis des crimes de droit international qu'après avoir «*examiné avec soin la pratique des Etats, y compris [...] les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des Lords ou la Cour de cassation française, elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité*»⁴.

ii) *Dans les ordres juridictionnels supranationaux intégrés.*

Bien que ces références à la jurisprudence interne par les juridictions internationales de type classique ne soient pas négligeables, plus intense de ce point de vue est la pratique de celles qui gouvernent des ordres juridictionnels intégrés au sein desquels les décisions des juridictions nationales revêtent une importance toute particulière dont plusieurs raisons sont données.

Tout d'abord, dans l'ordre juridique de l'Union européenne comme dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire⁵ comme il est le juge naturel de la Convention européenne des droits de l'homme⁶. C'est donc lui qui, en premier rang, en fait l'application et en risque l'interprétation. C'est en réaction, soit positive soit négative, à ses prises de position préliminaires que chacune des deux cours européennes construit le droit des traités. S'établit, par conséquent, entre les juridictions des Etats et leurs homologues européennes un dialogue, on dit une coopération loyale, dont le premier terme, la base des discussions ultérieures, est constitué par les décisions des juges nationaux.

¹T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Prosecutor vs Anto Furundzija*, arrêt du 10 décembre 1998

²voir Maurice Kamto, précité, pp. 452 et s.

³Article 38§1 d) du statut de la Cour : «*La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique (...) les dispositions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*».

⁴C.I.J., arrêt du 14 février 2002, affaire relative au mandat d'arrêt du 14 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), §58

⁵Voir notamment T.P.I.C.E., arrêt du 10 juillet 1990, *Tetra Pak*, aff. T-51/89, II-309, p.364 : le juge national est le «*juge communautaire de droit commun*»

⁶Tel est le sens de l'existence de la condition de recevabilité d'épuisement des voies de recours internes prévue à l'article 35§1 de la Convention, V. Frédéric Sudre, ouvrage précité, pp. 193 et s.

Le renvoi préjudiciel en interprétation prévu par le droit de l'Union européenne¹, instrument privilégié de la coopération juridictionnelle communautaire n'est qu'une variation de ce phénomène puisque c'est le juge national qui décide de l'existence de la difficulté d'interprétation du traité, c'est lui qui en définit les contours, qui établit les termes de la question et, recevant la réponse, qui en fait une application au cas d'espèce. Tout cela, on en conviendra, lui laisse une large part d'initiative et lui donne tout autant un pouvoir de stimulation qu'une force de résistance dont il use et abuse parfois.

Ensuite, tout en regardant comme autonomes les systèmes nationaux et européens, les deux ordres juridiques supranationaux visent à une intégration, dans un cas, d'une Europe des droits de l'homme, dans l'autre d'un marché unique puis d'un espace de liberté de sécurité et de justice, enfin, selon le traité constitutionnel de l'Union européenne, une organisation politique. Quoique différemment d'un Etat fédéral, les deux cours européennes imposent une continuité entre les systèmes nationaux et les systèmes européens par l'harmonisation des jurisprudences nationales et supranationales. En somme, leurs décisions instaurent un modèle juridique original fondé sur l'absence d'incompatibilité entre les solutions établies par les juridictions des Etats et celles des juridictions européennes.

En outre, dans l'ordre communautaire, est important le rôle joué par les jurisprudences nationales dans la construction de principes généraux communs aux droits internes des Etats membres, principes communs élevés au rang de principes généraux du droit communautaire, eux-mêmes source de ce droit². En ce cas, la Cour de justice mobilise les ressources du droit comparé pour discerner, notamment dans la jurisprudence des tribunaux internes, des règles qui constituent le patrimoine juridique commun des Etats européens³. La démarche est originale car elle donne au droit communautaire un principe de construction ascendant, à partir des jurisprudences nationales.

Toutes aussi importantes sont les décisions nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme où elles prennent une place primordiale dans la logique du système de protection. La méthode d'interprétation de la Cour européenne se fonde d'abord sur un consensualisme selon lequel la Convention se comprend à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques⁴. Ces conceptions communes se découvrent évidemment dans la jurisprudence des juridictions des Etats signataires. Semblable démarche a été particulièrement illustrée dans l'arrêt *Vô contre France*, où la Cour a vainement recherché, dans les jurisprudences des Etats, une conception commune protégeant le foetus dans le cadre du droit à la vie⁵. De la même manière, c'est à partir de l'examen de l'évolution des jurisprudences nationales que la Cour procède à l'interprétation évolutive de la Convention. Elle le fait en prenant en compte les changements sociaux perçus

¹Article 234 du Traité C.E.

²C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff 11/70, Rec. p. 1125, arrêt du 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p. 491

³Yves Galmot, "Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des communautés européennes", *R.F.D.A.*, mars-avril 1990, pp. 255-262

⁴C.E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, "Marckx contre Belgique", Série A n°31, § 58 : la Convention "doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui", V. Frédéric Sudre, précité, pp. 223 et s.

⁵C.E.D.H., Grande chambre, arrêt du 8 juillet 2004, "Vô contre France", requête n°53924/00, §§84 et s.

par les juges internes, qu'il s'agisse, par exemple, du droit des enfants naturels¹, du transsexualisme² ou de la structure familiale³. A cet égard, elle souligne que toute évolution des jurisprudences nationales est susceptible de déplacer le centre de gravité et de provoquer, par contrecoup, un changement dans la jurisprudence de la Cour. C'est ce qu'elle a énoncé très clairement, en 1989, dans l'arrêt Cossey sur la question du mariage des homosexuels⁴. C'est encore la présence de dénominateurs communs dans les jurisprudences internes qui constitue l'élément décisif du contrôle de la Cour sur la marge d'appréciation réservée aux Etats pour s'ingérer dans les droits garantis. Plus le consensus jurisprudentiel est étroit, plus réduite est la latitude abandonnée aux Etats ; tel a été, par exemple, le raisonnement du juge européen suivi en ce qui concerne l'égalité entre les enfants légitimes et naturels⁵. A l'inverse, l'absence de convergence dans les jurisprudences nationales laisse aux Etats une plus large marge d'appréciation dans le maintien de mesures restrictives aux droits de l'homme, ainsi en fut-il dans l'arrêt Fretté⁶, pour ne pas sanctionner le refus de droits parentaux aux homosexuels au regard de l'interdiction de la discrimination (article 14 de la Convention) et du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8).

2 - Le mouvement descendant.

C'est évidemment dans l'ordre inverse des juridictions internationales vers les juridictions nationales que s'exerce l'influence la plus marquante, soit par les mécanismes classiques du droit international, soit, et plus encore, par la logique des ordres supranationaux intégrés.

a - Dans les ordres supranationaux intégrés.

L'autorité de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes se déduit, nous le savons, de l'effet de primauté du droit communautaire incluant la jurisprudence comme source de droit. Or, dans le silence des traités fondateurs, le principe et la portée de la primauté ont précisément été créés par la jurisprudence de la Cour de justice, par des arrêts successifs emblématiques qui en fixent le fondement, l'étendue, le caractère indivisible, général, absolu, inconditionnel ainsi que les modalités d'exercice⁷. Elle le fait en affirmant au passage, le pouvoir des juges nationaux d'écarter l'application des normes internes incompatibles et de donner plein effet au droit des traités⁸. La Cour fait tout cela en respectant l'autonomie procédurale des juridictions nationales mais en l'encadrant rigoureusement. Autrement dit, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a tout à la fois inventé la prévalence de ses propres décisions, le pouvoir d'éviction des juges

¹C.E.D.H., arrêt du 1^{er} février 2000, "Mazurek contre France", Rec. 2000-II

²C.E.D.H., arrêt du 25 mars 1992, "B. contre France", Série A n°232 et arrêt de Grande chambre du 11 juillet 2002, "Goodwin contre Royaume-Uni", Rec. 2002-VI

³C.E.D.H., arrêt Marckx précité ; arrêt du 18 décembre 1986, "Johnston et autres contre Autriche", Série A n°112

⁴C.E.D.H., arrêt du 27 septembre 1990, "Cossey contre Royaume-Uni", Série A n° 184

⁵C.E.D.H., arrêt Mazurek précité

⁶C.E.D.H., arrêt du 26 février 2002, "Fretté contre France", requête n°36515/97

⁷C.J.C.E., arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale*, aff. 26/62 ; arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, aff. 6/64 ; arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances c. Simmenthal*, aff 106/77 - Voir Philippe Manin, "Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises", *Pouvoirs*, n°96, 2001, p.54

⁸C.J.C.E., arrêt *Simmenthal* précité

nationaux sur le droit interne et encadré à cette fin les systèmes juridictionnels des Etats. A cette construction de la jurisprudence communautaire répondent les décisions des juges nationaux qui, mettant en oeuvre le dispositif ainsi conçu, exercent pleinement les pouvoirs qui leur ont été conférés par la Cour. Certaines juridictions internes, notamment le Conseil d'Etat français¹ et la Cour constitutionnelle allemande², ont toutefois fixé les limites de ce pouvoir juridictionnel partagé, par exemple, en se dérochant à l'incitation à admettre la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel des Etats. Mais le refus lui-même ne s'inscrit-il pas dans l'interaction des décisions juridictionnelles ? En définitive, la construction originale du système de la primauté communautaire est purement jurisprudentielle. Et c'est précisément ce principe fondateur de l'autorité même des arrêts de la Cour, relayée par les juges nationaux, qui a permis le développement, par les juges, du droit de l'Union européenne³.

Certains voient dans le syncrétisme des jurisprudences des cours nationales et européennes l'émergence d'un véritable droit commun favorable à l'intégration européenne tandis que d'autres dénoncent bruyamment une usurpation de pouvoir par les juges, des atteintes à la souveraineté nationale, en même temps que l'altération des ordres juridiques nationaux⁴. Ceux-là dénoncent, avec plus de vigueur encore, l'émergence d'un droit commun européen des droits de l'homme, selon eux, au mépris de la souveraineté des Etats. C'est, il est vrai, aussi par une dynamique prétorienne, commandée par la Cour européenne des droits de l'homme et suivie par les juges nationaux, que s'est construit le régime original de suprématie sur les droits nationaux de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'interprétation vivante donnée par la Cour. Mais c'est incontestablement à cette prévalence du droit jurisprudentiel, s'imposant aux juges des Etats et relayée par eux, que l'on doit la progression des droits de l'homme dans les Etats fondateurs de la Convention et l'émergence d'une protection démocratique des droits et libertés dans les Etats, nouveaux contractants. Ici encore, l'interaction des jurisprudences peut prendre l'aspect d'une opposition ouverte, c'est encore le cas du Conseil d'Etat français qui refuse de tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la validité de ses propres méthodes de jugement au regard de l'article 6 de la Convention⁵.

b - Dans l'ordre international.

Moins efficaces sont les solutions du droit international classique. On sait que le droit des gens postule la "primauté internationale", c'est-à-dire la supériorité des normes internationales sur les droits internes, mais confie aux droits et aux juges nationaux la responsabilité de mise en oeuvre de la "primauté interne", c'est-à-dire la définition des modalités réglant la

¹C.E., arrêt d'assemblée du 30 octobre 1998, "Sarran, Levacher et autres"

²Cour constitutionnelle allemande, arrêt du 12 octobre 1993 (BverFGE, Vol. 89, p. 155)

³ Philippe Manin, Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises, Pouvoirs, Les cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, n° 96 janvier 2001, PUF, p. 51 s.

⁴ Olivier Dord, Systèmes nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? Pouvoirs, op. cit. p. 5, s.

⁵Si la C.E.D.H., depuis l'arrêt "Kress c. France" du 7 juin 2001, n°39594/98, condamne la présence du commissaire du gouvernement lors du délibéré du Conseil d'Etat, la haute juridiction administrative maintient cette pratique

pénétration et la position hiérarchique du droit international dans l'ordre interne, selon les formules monistes ou dualistes retenues par les règles constitutionnelles nationales. Ainsi, suivant l'organisation interne des justices, les jurisprudences nationales sont un moyen d'application de la jurisprudence internationale. Les exemples tirés de la pratique américaine démontrent toutefois les résistances qui peuvent être opposées à ce principe dans les systèmes d'un dualisme fondamentaliste. Dans des affaires criminelles célèbres, Bréard puis LaGrand, la Cour suprême des Etats-Unis, à plusieurs reprises, a refusé d'appliquer les décisions de la Cour internationale de justice rappelant le respect des obligations consulaires stipulées par la Convention de Vienne¹. Elle a, en effet, laissé s'exécuter des sentences capitales sur des étrangers à l'égard desquels la protection consulaire avait été méconnue lors du procès. Saisie de recours de la part des Etats concernés, la Cour internationale de justice a clairement constaté cette violation en rappelant que l'Etat partie à un procès devant elle a l'obligation de se conformer aux décisions rendues dans ce cadre et en conséquence que les juridictions de cet Etat sont elles-mêmes tenues de les appliquer². On aura compris que l'effectivité de la décision internationale repose finalement sur la volonté coopératrice des juges nationaux. Au delà de cet effet primaire, même lorsqu'elle n'est pas une décision obligatoire pour les parties à un procès devant une cour internationale, la jurisprudence internationale peut être une source d'inspiration normative pour les juges nationaux, en particulier pour servir d'argument d'autorité en matière d'interprétation du droit jus cogens.

En ce dernier cas, lorsqu'il est confronté à une question de cette nature, le juge interne peut, par une introduction prétorienne directe, recourir à la jurisprudence internationale, sans que cette référence soit conditionnée par le consentement de l'Etat à la règle internationale concernée, en particulier lorsqu'il s'agit de la coutume internationale et des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. C'est ce qu'a fait la chambre criminelle de la Cour de cassation française, par un arrêt du 23 novembre 2004, dans l'affaire dite de l'Erika³. En référence directe à la Coutume internationale, telle qu'interprétée par la jurisprudence internationale, notamment l'arrêt Yerodia de la Cour internationale de justice⁴, elle a jugé "*que la Coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger, s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent [...] de la souveraineté de l'Etat concerné*". Ainsi, ce qui est plus intéressant pour notre sujet, les juridictions nationales puisent volontairement dans la jurisprudence internationale la norme et les moyens juridiques nécessaires à la construction de leurs propres solutions, que cette jurisprudence internationale porte ou non sur des affaires impliquant l'Etat dont ces

¹Dans l'affaire Bréard (Paraguay contre Etats-unis), la C.I.J. avait adopté une ordonnance le 9 avril 1998 prescrivant aux Etats-Unis, à titre de mesures conservatoires, de suspendre l'exécution de la peine de mort à l'égard du ressortissant paraguayen, dans l'attente d'un examen au fond de cette affaire. Dans l'affaire laGrand (Allemagne contre Etats-Unis), une ordonnance similaire a été adoptée le 3 mars 1999. Les Etats-Unis, dans les deux affaires, n'ont pas respectés les décisions de la CIJ et ont ordonné l'exécution des ressortissants allemands et paraguayens. V. Maurice Kamto, article précité, pp. 435 et s.

²C.I.J., Lagrand (Allemagne contre Etats-Unis), arrêt du 27 juin 2001, la Cour internationale de justice affirme pour la première fois que les mesures conservatoires ont force obligatoire ; dans l'affaire Bréard, l'affaire a été rayée du rôle le 10 novembre 1998, le Paraguay ayant renoncé à poursuivre son action

³Cass. Crim., arrêt du 24 novembre 2004, Bull. n°292, p. 1096 - Voir la note de Christine Chanet, Conseiller rapporteur dans cette affaire, *Gazette du palais*, 23-24 mars 2005, pp. 7-10

⁴CIJ, affaire relative au mandat d'arrêt du 14 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt précité

juridictions relèvent. De cette inspiration spontanée, on trouve de multiples exemples dans la jurisprudence américaine, quelques uns dans celle des cours suprêmes d'autres Etats, en particulier en Europe et quelquefois en France¹. S'impose ici le rappel de la citation spectaculaire faite par l'arrêt de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet², de la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie du 10 décembre 1998³, pour attribuer à l'interdiction de la torture le caractère de règle du jus cogens.

B - La circulation horizontale des normes et modèles.

Ces dernières observations interrogent finalement sur la manière dont s'opère techniquement l'interpénétration des jurisprudences. Se fait-elle sur le mode de la « réception » d'une solution ou de l'emprunt du raisonnement juridique, c'est-à-dire des moyens invoqués dans telle ou telle décision ? Se fait-elle sur le mode du respect « hiérarchique », donc de l'application stricte et intégrale par les juridictions nationales des décisions internationales, ou sur un mode persuasif, par adhésion à un raisonnement ? En tout cas, lorsqu'on passe d'un ordre international à un autre, l'interférence ne peut qu'être bienveillante et s'exercer dans un champ plus culturel que strictement juridique. L'observation globale du phénomène montre que l'interaction des jurisprudences, qu'il s'agisse des jurisprudences internationales entre elles ou de celles-ci avec les jurisprudences nationales, prend la forme d'emprunts à la démarche juridique suivie, rarement celle de la transposition aveugle de la solution ; celle-ci s'impose donc moins que le raisonnement qui la sous-tend. C'est donc finalement sur le mode de l'approbation réfléchie, par la raison des juges, que se propagent les modèles de justice et se développent les interactions entre jurisprudences internes et internationales. L'étude de la diffusion du standard du procès équitable et celle de la propagation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme l'illustrent de manière caractéristique.

1 - La diffusion du modèle du procès équitable.

L'observation des circuits de transfert du standard du procès équitable⁴ montre qu'à partir des principes développés par les juridictions de Common Law anglaises, depuis le XIII^e siècle, puis transposés dans la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, le modèle du procès équitable s'est développé dans la jurisprudence nord-américaine puis dans celle de tous les grands systèmes, après son inscription dans la Charte des Nations Unies précisée dans le Pacte sur les droits civils et politiques, dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme dans d'autres instruments de protection régionaux des droits de l'homme ainsi que dans les constitutions et les chartes des droits fondamentaux de nombreux Etats, dans le monde entier, y compris dans le projet de traité constitutionnel de l'Union européenne. En même temps, le modèle s'est complété, précisé, élargi, alourdi des applications multiples

¹ Maurice Kamto, oP; cit. p. 441, s.

² House of Lords, *Regina v. Bartle & the Commissioner of Police for the Metropolis and others (ex-parte : Pinochet)*, jugement du 24 mars 1999

³ T.P.I.Y., Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, "*Le Procureur c/ Anto Furundzija*"

⁴ V. Charlotte Girard, "Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (Réflexions sur la problématique générale)" in UMR de droit comparé de Paris, Hélène Ruiz Fabri (Dir), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de législation comparée, 2003, pp. 21-51

qu'en ont faites les juridictions étatiques, notamment à l'intérieur de l'Europe, commandées par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Enfin, le standard s'est imposé devant les juridictions internationales, aussi bien la Cour internationale de justice, les Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, la Cour pénale internationale que devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce¹.

Ainsi que le mettent en évidence les travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, dans une recherche très convaincante², ce transit de la même notion, essentiellement d'origine jurisprudentielle, entre divers espaces normatifs, a emprunté toutes les voies de l'influence croisée des juridictions qui l'ont successivement développée : verticale et circulaire, hiérarchique ou consensuelle, jurisprudentielle et légale, mobilisant des arguments juridiques, sociologiques, éthiques, politiques, pour finalement s'ériger en standard d'une culture universelle du procès, applicable à toute forme de justice, voire à toute forme de débat public.

Le poids culturel du modèle est si fort qu'il est désormais invoqué pour contester des dispositions spécifiques à certaines juridictions internationales, jusque là acceptées sans discussion dans la tradition de la justice internationale. Ainsi n'a-t-on pas, dans les propositions de réforme de la Cour de justice des communautés européennes, tenté de remettre en cause l'opportunité du renouvellement du mandat des juges, au regard de leur indépendance ? N'a-t-on pas contesté le mode de sélection des juges soumis par les Etats à une nomination à la Cour européenne des droits de l'homme, ou encore critiqué, plus ou moins vivement, les dispositions du règlement de la même Cour qui font que le juge d'un Etat siège systématiquement dans tous les recours où cet Etat est partie ? Ces interrogations viennent évidemment, parfois non sans raison, de la transposition, par imitation, aux juridictions internationales des garanties d'indépendance et d'impartialité des juges qui s'imposent à leurs homologues nationales.

De la même manière, sont exposées à contestation, au regard du même modèle du procès équitable, les règles traditionnelles d'organisation et de fonctionnement des plus hautes et anciennes juridictions souveraines nationales. Au regard de la garantie d'impartialité, sont visés les conseils d'Etat conçus sur le modèle français, tout à la fois pour être consultés par le gouvernement sur la légalité de projets d'actes réglementaires et saisis au contentieux par des particuliers de recours sur la légalité de ces mêmes actes ; au regard de l'égalité des armes, est tout aussi contesté le mode de jugement des affaires devant le même Conseil d'Etat et la position occupée dans ce processus par le Commissaire du gouvernement. Par un effet réflexe, une notion née du concert international des juges leur revient sur un mode perturbateur.

2 - La propagation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹UMR de droit comparé, ouvrage précité

²UMR de droit comparé, ouvrage précité

La récente et inédite citation par la Cour suprême des Etats Unis de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'Homme et la controverse juridique et politique à laquelle elle a donné lieu mettent en lumière le mécanisme et les enjeux de la propagation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour suprême des Etats-Unis qui, jusqu'à un passé récent, était réservée à l'égard des jurisprudences internationales, autres que de Common Law, qui ne la lient pas, a récemment évolué. Après avoir affirmé dans un arrêt *Printz c. United States* de 1997¹, que les analyses comparatives sont déplacées pour l'interprétation de la Constitution des Etats-Unis, elle a opéré un renversement spectaculaire, d'une part, en visant dans ses arrêts, des Conventions internationales non ratifiées par les Etats-Unis, notamment la Convention sur les droits de l'enfant, pour déclarer inconstitutionnelle la condamnation à mort des mineurs, d'autre part, en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Sur le deuxième point, elle l'a fait par un arrêt remarqué, *Lawrence c. Texas*, le 26 juin 2003², au sujet de la répression pénale des pratiques homosexuelles. Sur le rapport du juge Kennedy qui a trouvé le soutien des juges Stevens, Souter, Ginsberg et Breyer, la Cour, renversant un précédent fixé par un arrêt *Bowers* de 1986³, a déclaré anticonstitutionnelles les lois pénales de l'Etat du Texas condamnant certaines pratiques sexuelles entre deux adultes homosexuels consentants. Dans ce revirement, la Cour se réfère expressément à l'arrêt *Dudgeon c. United Kingdom* de 1981⁴ de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait déclaré contraires à la Convention des lois de l'Irlande de Nord interdisant les mêmes pratiques sexuelles. Dans son arrêt, la Cour suprême, après avoir examiné le sens, la portée et l'autorité internationale des arrêts de la Cour européenne, conclut sur le motif : " *Le droit que le requérant réclame dans cette affaire, a été accepté comme part intégrale de la liberté humaine dans beaucoup d'autres pays. Il n'a pas été démontré pourquoi dans ce pays, l'intérêt étatique limitant les choix personnels, est plus légitime ou urgent.* " Immédiatement, la jurisprudence *Lawrence* a suscité une vive polémique qui a même amené la Chambre des représentants à envoyer une résolution à la Cour condamnant l'analyse comparative et souhaitant un retour à la jurisprudence *Printz* : " *La détermination juridique du sens des lois des Etats-Unis [dit cette résolution] ne devrait être basée ni entièrement ni partiellement sur des jugements, des lois ou des prononcés d'institutions étrangères, à moins qu'ils soient formellement incorporés dans le droit des Etats-Unis...* ".⁵ Ce qui est intéressant, ce sont les raisons de ce changement d'attitude de la Cour suprême des Etats-Unis. L'évolution vers la prise en compte des décisions judiciaires étrangères reflète l'opinion croissante parmi les juges que la Constitution américaine ne peut plus être interprétée de manière immobile mais qu'elle doit l'être de façon dynamique. Condamner à mort un mineur ou un handicapé mental n'était pas une punition cruelle et inhabituelle à la fin du 18ème siècle, mais elle l'est devenue au début du XXIème siècle. De plus en plus souvent, les juges de la Cour suprême reconnaissent à la société américaine la capacité d'évoluer. Pour ce faire, et justifier la remise en cause de leurs propres précédents, ils ont recours aux décisions des juridictions étrangères. La jurisprudence

¹US Supreme Court, *Printz vs United States*, arrêt du 27 juin 1997, 521 U.S. 898 (1997)

²US Supreme court, *Lawrence vs Texas*, arrêt du 26 juin 2003, 539 U.S. 123 (2003)

³US Supreme court, *Bowers vs Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)

⁴CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, Série A n°45

⁵U.S. House of representatives, Resolution, H. RES. 568, 17 mars 2004

étrangère est bien invoquée ici à des fins de subversion du droit interne. Une telle perspective inquiète évidemment la droite chrétienne qui cherche à inverser la tendance par des nominations de juges fédéraux conservateurs, certains sénateurs allant même, lors d'un colloque organisé sur le thème des "Remèdes à la tyrannie des juges", à Washington, au mois de mars dernier, jusqu'à menacer de procédures de destitution ceux qui, au sein de la Cour suprême, soutiennent des "*principes marxistes, léninistes, sataniques tirés du droit étranger*"¹.

Les tensions provoquées aux Etats Unis par la référence faite par la Cour suprême à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne doivent pas masquer les conditions généralement plus paisibles dans lesquelles cette jurisprudence s'est, par son rayonnement intellectuel et culturel, répandue dans de nombreux systèmes hors d'Europe. Si la pénétration a été discrète dans les anciennes colonies françaises, elle s'est généralisée à l'intérieur du Commonwealth², notamment par l'intermédiaire des avis du Comité judiciaire du Conseil privé, à l'ensemble des anciennes colonies britanniques, généralement dotées de Constitutions ou de Chartes des droits reprenant les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne est habituellement citée par l'ensemble des grandes Cours suprêmes de Common Law, en particulier celle du Canada, d'Australie, d'Afrique du Sud, de Nouvelle-Zélande....

La propagation de la jurisprudence de la Cour européenne a connu une de ses plus remarquables applications dans la décision de la Chambre des Lords du 16 décembre 2004 déclarant contraire à la Convention certaines dispositions de l'Anti Terrorism, Crime and Security Act de 2001, adopté après les attentats du 11 septembre³. La description de ce mouvement ne serait pas complète si on ne faisait ici mention de la reprise habituelle et explicite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de justice des Communautés, en tant que référence d'interprétation des dispositions de la Convention qui s'imposent désormais à elle comme une source autonome des droits fondamentaux intégrée dans les traités depuis celui de Maastricht du 7 février 1992. On sait que, depuis lors, la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme font une application conjointe de la Convention avec une volonté affichée de cohérence⁴. En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui reprend souvent à l'identique les droits garantis par la Convention, aménage la coexistence entre les deux textes sur la base de l'acquis de la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne⁵. Ainsi se réalise, par la convergence de la jurisprudence des deux cours, le rapprochement des deux systèmes européens de garantie des droits fondamentaux. C'est si vrai, qu'à son tour, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère dans ses décisions aux

¹V. l'article de Pascal Riché dans le journal *Libération* du mardi 3 mai 2005

²V. William A. Schabas, "L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes des pays du Commonwealth", précité

³Pierre M. Martin, L'honneur des juges britanniques, Chambre des Lords, 16 décembre 2004, *Dalloz*, 2005 n° 16, *Doctrine*, p. 1055 s.

⁴Françoise Tulkens, Johan Callewert, "La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux", in Institut d'études européennes, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Université de Bruxelles, 2002, pp. 177-203

⁵Articles 52§3 et 53 de la Charte

dispositions de la Charte¹. Cette construction juridictionnelle un peu complexe, qui n'a cependant jusqu'à présent pas donné lieu à des difficultés majeures, sera consolidée lorsque le traité établissant une constitution européenne, intégrant la charte des droits fondamentaux, sera ratifié et ouvrira, comme il le prévoit, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne. Ainsi les deux juridictions seront réunies dans l'ordre de la Convention.

Conclusion

Le moment serait venu de conclure, mais faut-il le faire ? Pour éviter de répondre à la question, je terminerai de manière anecdotique.

Le 3 mai 2005², l'Honorable Beverley Mc Lachlin, Juge en chef du Canada, était l'invitée d'honneur d'un déjeuner-débat au Sénat où elle était présentée l'avis rendu le 10 décembre 2004 par la Cour suprême du Canada sur la proposition de loi fédérale concernant le mariage des homosexuels. Après avoir expliqué l'avis ne déclarant pas le mariage des homosexuels contraire à la Charte canadienne des droits fondamentaux puis répondu aux questions d'une assistance incrédule sur les possibilités de transposer une telle solution en France, elle se tourna vers moi, et me demanda malicieusement : *“quand aurez-vous à juger l'affaire Charpentier ?”*

Mme Mc Lachlin, connaissant donc parfaitement, par le nom de l'affaire, la problématique de la question en France, n'ignorait pas le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, du 20 avril 2005, confirmant le jugement du tribunal de Bordeaux³ ayant annulé, à la demande du parquet, le mariage de deux homosexuels prononcé par le Maire de Bègles, au printemps 2004.

Je lui ai répondu que, quelle que soit la décision de la Cour de cassation française, la question du mariage des homosexuels serait réglée en Europe, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, accessoirement par celle de la Cour de justice des communautés européennes, qui ont déjà été saisies à ce sujet⁴, elles-mêmes inspirées par les lois nouvelles de divers Etats⁵, en dernier lieu de l'Espagne⁶ et les décisions rendues par les juridictions nationales d'Europe ou d'autres continents⁷. A moins que, d'ici là, ajoutais-je, la question ne soit peu à peu dissoute dans le droit international privé. A n'en pas douter, des jugements seront rendus, ici ou là, en Europe et ailleurs, tirant les conséquences des situations multiples et variées, qui ne manqueront pas de se poser entre homosexuels et transsexuels, de

¹C.E.D.H., arrêt Goodwin précité ; Décision du 3 octobre 2002, “Zigarella”, requête n°48154/99

²Le 3 mai 2005

³T.G.I. de Bordeaux, jugement rendu le 27 juillet 2004

⁴C.E.D.H., “Rees contre Royaume-Uni”, arrêt du 17 octobre 1986, Rec. A 106 et “Cossey contre Royaume-Uni”, précité

⁵Deux lois néerlandaises, entrées en vigueur le 1^{er} avril 2001, autorisent le mariage entre deux personnes du même sexe et permettent l'adoption conjointe ; La loi belge du 13 février 2003 ouvre également l'accès du mariage à des personnes de même sexe ; V. “Le mariage homosexuel”, *Les documents de travail du Sénat, législation comparée*, juin 2004

⁶Le projet de loi autorisant le mariage homosexuel a été adopté par le Congrès espagnol le 21 avril 2005

⁷V. par exemple, Cour suprême du Massachussets, arrêt du 18 novembre 2003, *Hillary Goodridge & others vs. Department of public health & another*

diverses nationalités, ressortissants ou résidents d'Etats prévoyant, ou non, de tels mariages, agissant en fraude, ou non, à leur loi nationale et revendiquent la reconnaissance de leur état ou des droits reconnus dans d'autres Etats à des époux hétérosexuels...Ainsi déjà les homosexuels des Etats Unis vont-ils se marier au Canada, comme ceux de France iront sans doute le faire en Espagne ou ailleurs et s'engagent dans des unions qui ne manqueront pas de poser de nombreuses et complexes questions juridiques.

Sans aborder la question de fond de savoir à qui s'adresse une décision de justice, à l'ordre interne uniquement, à l'espace juridique - bientôt politique - européen, ou à un espace mondial en devenir ; sans aborder non plus la question, elle aussi centrale, des fondements interne, européen ou international de la légitimité du juge, je conclurai tout simplement en reprenant la figure de départ. Qu'elle soit, interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour, un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent.

III – Etude de cas chinois

Le contrôle de la police en Chine : étude des cas et chiffres

par Lu Jianping

Version résumée

1. Chiffres

A. Criminalité

Le nombre des infractions criminelles en Chine varie entre 200,000-300,000 chaque année avant 1978, début de la politique d'ouverture et de réforme.

Depuis, la criminalité en Chine augmente de façon surprenante :

890,000 en 1981 ; 2365,700 en 1991 ; 1582,700 en 1992 avec l'ajustement de critère d'incrimination de vols ; 2000,000 en 1999 ; 3000,000 en 2000 ; 4000,000 en 2001 ; 4766,000 en 2007.

B. Police

Face à cette criminalité montante, la police chinoise se trouve dans l'incapacité bien que la Chine dispose de plus de 26 catégories de police dont 19 polices civiles (police du peuple), 2 polices judiciaires (de la cour populaire et du parquet populaire) et une police armée (selon la loi de police chinoise).

Le nombre des policiers augmente sans cesse : 500,000 en 1978 ; 6000,000 en 1986 ; 1700,000 en 2003 ; 1800,000 en 2008. Plus une police armée !

L'abus de pouvoirs commis par les policiers chinois est en hausse :

33295 affaires avec 40848 policiers sanctionnés entre 1993 et 1997 ;

En Mars 1998, 151000 affaires d'abus de pouvoirs avec 11000 policiers sanctionnés pour les deux années précédentes.

Selon l'Agence Xinhua, 4442 affaires d'abus avec 5942 policiers sanctionnés (3044 par voie administrative, 878 par voie du Parti Communiste Chinois et 178 par voie pénale).

2. Typologie des actes d'abus de pouvoirs de la police

Torture pour obtenir des aveux

A. Affaire de *Du Peiwu* :

Du Peiwu, ancien policier de Kunming, Yunnan Province, a été condamné pour homicide volontaire (contre sa femme et l'amant de sa femme en 1998) à la peine de mort avec exécution immédiate par la Cour intermédiaire de Kunming en Février 1999. La Cour supérieure de la Province de Yunnan, siégeant en appel, l'a condamné à la peine de mort avec deux ans de sursis (atténuation de peine en cas de doute, car les aveux de Du sont obtenus à la suite des actes de torture) en Novembre 1999. En Juin 2000, les vrais coupables sont arrêtés.

B. Abus des armes

Affaire de la femme enceinte tuée par la police :

Le 5 avril 2005, Mr Li Shusheng, un habitant de Heilongjiang conduisait sa voiture Xiali pour réparation. Vers 20h 20, sur la route de rechercher un garage, il a été intercepté par des policiers en civil dans une voiture sans plaque policière. En les prenant comme des voleurs à main armée, M. Li prenait la fuite. Les policiers en civil ont tiré et tué Mme Li qui était enceinte.

C. Abus de mesures de contraintes

Affaire de DVD porno de *Yan-an*.

En Août 2002, un jeune couple de Yan-an, Shanxi Province ont été interpellé par la police locale, puis le jeune mari Zhanglei a été détenu (Xingshi Juliu, détention de nature criminelle), sous l'inculpation de diffusion des objets pornographiques. En fait, le jeune couple, nouveau mariés, ont été surpris par des policiers en civil lorsqu'ils étaient en train de regarder un DVD de « l'éducation sexuelle » dans leur petit clinique le soir du 18 août vers 22h. Une bagarre s'est produite entre le jeune couple et les policiers en civil. Le jeune mari est finalement mis en liberté le 31 décembre 2002, la police locale lui a présenté des excuses et payé 30000 yuans en tant que dommages et intérêts.

D. Abus de sanctions administrative

Affaire de *Sun Zhigang* :

Le 17 mars 2003, Sun Zhigang, jeune étudiant qui travaille à Guangzhou, a été interpellé dans un commissariat de police puisqu'il n'avait pas de carte d'identité sur lui. Sans papiers et donc incapable de prouver son identité, bientôt il a été conduit à un centre de détention (Shourong Zhan) qui accueillent les migrants, originaires des ruraux, sans permis de résidence. Le 20 mars, Sun fut frappé à mort par les co-détenus. A la suite de cette affaire tragique, le règlement de détention et rapatriement (shourong qiansong) adopté par le conseil des affaires d'Etat a été mis en cause, et finalement abrogé.

Le régime de rééducation par le travail—Laojiao.

3. Contrôle de la police chinoise

Ce contrôle consiste en deux parties : Contrôle étatique et contrôle sociétal :

A. Contrôle étatique

a. contrôle du pouvoir législatif ;

b. contrôle judiciaire :

- par voie de procès administratif ;

- par voie de procès pénal ;

- par le parquet : sur l'enquête, l'arrestation, l'action publique ; enquêter directement les abus de pouvoirs par les fonctionnaires, pour punir et prévenir les actes de tortures, l'inquisition

illégal, la détention illégale et les mauvais traitements des détenus ; contrôle sur le déroulement du procès administratif ; contrôle sur les institutions de privation de liberté.

c. contrôle administratif

- supervision administrative
- révision administrative
- supervision policière

d. contrôle du PCC

- par ses commissions ;
- par son comité de politique et de droit (zhengfawei)
- par sa commission de discipline et d'inspection.

B. Contrôle sociétal

- a. par les différents partis politiques;
- b. par les instances sociétales;
- c. par l'opinion publique;
- d. par les unités de travail ;
- e. par les simples citoyens et les associations.

4. Propositions et recommandations

En considération de l'Etat de droit (rule of law) et du respect des droits de l'homme, des réformes ont été ou doivent être réalisées pour améliorer :

A. le contrôle législatif (loi sur la législation, Lifa fa en 2000)

- a. législation de sanctions administratives (1996) et de sanctions de police (2005) ;
- b. judiciarisation du régime de rééducation par le travail--Laojiao
- c. projet de loi sur la correction des actes illégaux
- d. apprendre le modèle français de contravention ?

B. le contrôle judiciaire

- a. la transparence
- b. l'indépendance
- c. le dernier mot (the final words)
- d. la coordination parquet-police, exemple de Haidian.

C. le contrôle administratif

D. la réforme des règles de procédure pénale

Internationalisation du droit pénal chinois en matière d'anti-corruption

par ZHAO Bingzhi

Version résumée

La corruption est un problème mondial d'aujourd'hui qu'un pays seul ne peut résoudre, il faut que la société internationale unisse ses forces pour lutter contre la corruption.

Partie I - Tendances d'internationalisation du droit pénal chinois en matière d'anti-corruption

A. Esquisse d'internationalisation du droit pénal chinois en matière d'anti-corruption

1. Signature et ratification des conventions internationales en matière d'anti-corruption

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC/UNCAC), a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 31 octobre 2003, la Chine l'a signée le 10 décembre 2003, ratifiée le 27 octobre 2005. Elle est entrée en vigueur le 12 février 2006 en Chine, y compris la Région spéciale de Hongkong (SAR).

2. Elargissement du champ de l'incrimination pour lutter contre la corruption

Le Code pénal chinois (CPC) dispose d'une série des infractions de corruption (active ou passive, dans le secteur public ou privé). Le 8 juillet 2007, la Cour suprême populaire et le Parquet suprême populaire chinois ont publié conjointement une interprétation judiciaire qui a fait couler beaucoup d'encre. Basée sur des études assez solides des causes et de nouvelles tendances de la corruption en Chine, cette interprétation s'est montrée plus sévère quant à l'incrimination des infractions de corruption.

3. Modération des peines en matière d'anti-corruption

Les peines appliquées en cas de corruptions se modèrent malgré la sévérité affirmée de la peine légale dans le CPC, la peine capitale se prononce et s'exécute de façon exceptionnelle contre les coupables de corruption. C'est aussi un signe d'internationalisation du droit pénal chinois.

4. Renforcement de la coopération internationale en matière d'anti-corruption

Vu le nombre croissant des corrupteurs et corrompus qui se sont enfuis avec des biens détournés à l'étranger, la prévention et la punition de la corruption deviennent de plus en plus un problème transnational ou international. Il faut renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre la corruption. La Chine est toujours très ouverte à la coopération avec les pays étrangers et avec la communauté internationale.

B. Pourquoi cette internationalisation du droit pénal chinois ?

1. Globalisation économique

Une économie de plus en plus libérale développée dans le contexte de la globalisation, caractéristique essentielle de l'économie mondiale contemporaine, est la cause interne de cette internationalisation du droit pénal chinois.

2. Universalisme des droits de l'homme

Bien que la protection des droits de l'homme est une cause commune de l'humanité, elle est relativement récente en droit chinois contemporain (Constitutionnalisation des droits de l'homme en Chine en 2003). Il faut mettre en valeur la fonction protectrice du droit pénal à l'égard des droits de l'homme.

3. Transnationalisation de la corruption

La corruption transnationale est une réalité pesante en Chine d'aujourd'hui. Elle conduit non seulement à l'exode de propriétés publiques de l'État, mais aussi à une prise de conscience d'une coopération internationale plus efficace.

4. Internationalisation du droit pénal anti-corruption

L'internationalisation des instruments anti-corruption sur le plan mondial, ex. CNUCC/UNCAC.

Partie II - Problèmes liés à l'internationalisation du droit pénal chinois en matière d'anti-corruption

A. technique législative

Les éléments constitutifs de la corruption, élément moral et critère quantitatif en particulier.

B. Peines prévues

Primo, la somme du pot-de-vin est décisive pour le choix des peines.

Secundo, insuffisance des peines légales.

Tertio, déséquilibre de peines, surtout pour la corruption active.

C. mécanismes de prévention

La CNUCC/UNCAC vise à prévenir la corruption, mais la prévention doit se poser sur des mécanismes fiables, par ex. la déclaration des revenus ou biens des fonctionnaires.

D. protection des droits de l'homme

Des cas de violation des droits de l'homme se sont souvent révélés, comme la collecte illégale des preuves, l'utilisation de la torture pour arracher des aveux, la détention prolongée ou mépris du droit de la défense.

E. coopération internationale

La divergence du droit anti-corruption est une évidence en raison des différences du niveau de développement, de la culture politique, des moeurs et coutumes des pays du monde. Le pluralisme est difficile à ordonner.

Partie III - Mesures d'internationalisation du droit pénal anti-corruption

- A. Coordonner le droit national et le droit international pour lutter contre la corruption**
- B. Améliorer le concept essentiel et la technique législative du droit pénal en matière d'anti-corruption**
- C. Perfectionner le système juridique pour faire face à la corruption**
- D. Affermir la coopération internationale en matière d'anti-corruption**
- E. Renforcer la fonction protectrice des droits de l'homme dans le combat anti-corruption**

IV – Etude de cas français

Le contrôle de la police - Présentation par Guy Canivet

Observations générales et distinctions

1 – Par nécessité la police est investie de pouvoirs et de moyens de coercition importants ayant une incidence directe sur les libertés des citoyens. Le contrôle exercé sur elle est donc fondamental pour la démocratie. De l'effectivité de ce contrôle dépend l'existence d'un État de droit.

2 – Pour cette raison, l'autorité judiciaire, instituée par la Constitution française^{1[1]} « gardienne de la liberté individuelle », joue un rôle primordial dans le contrôle de la police.

3 - D'un point de vue organique, la police est, en France, sous l'autorité du pouvoir exécutif. Les différentes forces de police -Police nationale ou Gendarmerie- relèvent du Gouvernement. En son sein elles étaient traditionnellement réparties entre le ministère de la défense, pour la Gendarmerie, dont les personnels ont un statut de militaires, et le ministère de l'intérieur, pour la Police nationale, dont le statut est de fonction publique. Une réorganisation en cours rattachera en 2010 l'ensemble des forces de police au ministère de l'intérieur^{2[2]}.

4 - Mais s'agissant de l'emploi, autrement dit, la direction opérationnelle de la police, le droit français répartit en deux catégories les missions qui lui sont traditionnellement dévolues. Les unes dites de **police administrative**, c'est-à-dire de maintien de l'ordre public, comprenant la paix, la sécurité, la tranquillité, la salubrité et la moralité publiques, qui relèvent du Gouvernement et spécialement du ministère de l'intérieur, les autres dites de **police judiciaire**^{3[3]}, consistant à constater les infractions à la loi pénale, à en rassembler les preuves et à en rechercher des auteurs^{4[4]}, qui dépendent de l'autorité judiciaire. Il s'ensuit que selon les missions qu'elles remplissent, les forces de police sont dirigées soit par le pouvoir exécutif, soit par l'autorité judiciaire. **A l'inverse de ce qui existe dans d'autres systèmes, il n'existe pas en France une organisation séparée de la police judiciaire relevant spécifiquement, sur le plan organique et fonctionnel de l'autorité judiciaire.**

5 - D'un point de vue fonctionnel, cette répartition emporte pour conséquence que :

- La police administrative est placée sous l'autorité hiérarchique de l'administration, à l'échelon national (Premier ministre, ministre de l'intérieur) et/ou local (préfet du département) et sous le contrôle contentieux de la légalité et de la responsabilité des juridictions administratives.

^{1[1]} Art. 66, al. 2, de la Constitution.

^{2[2]} Projet de loi portant dispositions relatives à la gendarmerie nationale.

^{3[3]} Art. 14 c. pr. pén.

^{4[4]} Art. 14 c. pr. pén.

- La police judiciaire^{1[5]} est subordonnée à l'autorité judiciaire. D'abord en ce qui concerne la direction et le contrôle des enquêtes (soit du ministère public -les procureurs- lorsque ces enquêtes ont lieu avant qu'une juridiction soit saisie, soit les juridictions après ouverture d'un procès). Ensuite, le contrôle de la légalité des actes accomplis par la police dans le cadre des enquêtes de police judiciaire se réalise, à l'occasion du procès pénal. C'est le contentieux de la validité des investigations policières apprécié conformément aux règles de la procédure pénale. Enfin, les juridictions judiciaires, civiles ou pénales, sont saisies des actions en responsabilité pour les dommages résultant de l'action de la police dans le cadre des enquêtes judiciaires.

- Toutefois lorsque le policier commet une infraction, quelle que soit la mission qu'il accomplit, de police administrative ou judiciaire, la répression est de la compétence exclusive des juridictions pénales, relevant de l'autorité judiciaire.

6 – Ainsi, comme souvent lorsque l'on parle d'organisation institutionnelle, il faut en France, distinguer entre autorités administratives et autorités judiciaires, selon un principe de séparation des pouvoirs hérité de la Révolution française et récemment érigé en principe constitutionnel. En réalité, les missions de police administrative et judiciaire ne sont pas aisément séparables. La distinction des deux catégories de missions policières est artificielle ; il y a souvent entre elles un rapport de superposition, de complémentarité ou de continuité. Il a donc été nécessaire de prévoir des critères et des procédures réglant les conflits entre juridictions de contrôle, administratives et judiciaires. Du point de vue du contrôle juridictionnel, sur la police, il existe donc un contentieux de la séparation des pouvoirs.

7 – La distinction est d'autant plus complexe que ce sont les mêmes agents de l'État, civils ou militaires, qui exercent les deux catégories de missions. L'organisation unitaire de la police impose de distinguer, en son sein, les personnels qui sont spécialement habilités à exercer des missions de police judiciaire. Très schématiquement, il existe des services de police, nationaux (directions spécialisées du ministère de l'intérieur) ou locaux (services ou brigades spécialisées à l'échelon régional ou départemental) qui sont dédiés aux missions de police judiciaire. D'autres, les plus nombreux, généralement à l'échelon local (départemental), sont investis tout à la fois de missions de police administrative et judiciaire. Enfin, certains fonctionnaires ne relevant pas de la police ou de la gendarmerie peuvent être chargés de fonctions de police judiciaire dans des matières spécialisées^{2[6]}.

8 - En général, pour exercer des missions de police judiciaire, les personnels doivent avoir acquis une qualification particulière. Celle-ci leur confère une qualité particulière à différents niveaux, selon l'importance des pouvoirs qui leur sont conférés^{3[7]}. Ce sont en premier lieu les officiers de police judiciaire^{4[8]} spécialement habilités à exercer, dans un zone géographique

^{1[5]} Art. 12 à 29-1 c. pr. pén.

^{2[6]} Art. 22 à 29-1 c. pr. pén. – Par exemple pour les enquêtes en matière d'environnement, de douanes, fiscales, économique....

^{3[7]} Art. 15 c. pr. pén.

^{4[8]} Art. 16 c. pr. pén.

locale ou nationale,^{1[9]} des pouvoirs d'enquêtes comprenant des mesures restrictives de liberté, pour la recherche des preuves et l'arrestation des personnes suspectes de violation de la loi pénale. Ils peuvent requérir le concours de la force publique pour l'accomplissement de leurs missions^{2[10]}. Pour exercer ce pouvoir, une habilitation leur est individuellement délivrée par l'autorité judiciaire (le procureur général d'une cour d'appel). En second lieu viennent d'autres personnels, également investis de pouvoirs de police judiciaire mais subordonnés aux officiers de police judiciaire et dépourvus de prérogatives de contrainte, les agents de police judiciaire^{3[11]} et les agents de police judiciaire adjoints^{4[12]}.

9 - Le cadre général étant tracé, mon propos se limitera au contrôle de la police judiciaire.

Le contrôle de la police judiciaire

10 – En tant qu'État partie à des organisations internationales et signataire de Conventions internationales de protection des droits de l'homme, la France a souscrit des engagements qui lui imposent de respecter des garanties fondamentales à l'occasion des enquêtes de police judiciaire et la soumettent aux organisations et juridictions internationales spécialement instituées pour en vérifier le respect. Ces dernières incitent en outre à renforcer les procédures internes de contrôle de la police judiciaire. On évoquera en premier lieu les contrôles internationaux (I) avant d'aborder les contrôles internes (II) sur la police judiciaire

I – Les contrôles internationaux intéressant la police judiciaire

11 - Les organisations internationales auxquelles la France a adhéré ont créé des organes dont les attributions intéressent le fonctionnement de la police judiciaire (A) tandis que les juridictions instituées par les ordres juridiques européens, vérifient le respect des garanties prévues par les deux conventions européennes de protection des droits de l'homme, en particulier à l'occasion des enquêtes judiciaires (A).

A - Par les organisations internationales

12 - Deux organisations internationales ont constitué en leur sein des organismes de protection des droits de l'homme dont les attributions portent sur les garanties entourant les enquêtes de police judiciaire : l'Organisation des Nations Unies (ONU) à l'échelle mondiale et le Conseil de l'Europe, réunissant les 47 États du continent Européen.

1 – Dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies

13 - Le Haut commissariat aux droits de l'homme, le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'homme de l'ONU ont des attributions les conduisant à examiner des allégations de violation des droits de l'homme à l'occasion d'opérations de police judiciaire. De ce fait,

^{1[9]} Art. 18 c. pr. pén.

^{2[10]} Art. 17 c. pr. pén.

^{3[11]} Art. 20 c. pr. pén.

^{4[12]} Art. 21 c. pr. pén.

directement ou indirectement, ils participent des contrôles opérés sur la police judiciaire.

14 - **Le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme** - Le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, dont le mandat procède de la Charte des Nations Unies^{1[13]}, a pour mission de promouvoir le respect universel des droits de l'homme. Outre cette mission générale, ses attributions prévoient qu'il intervient en cas de violation grave des droits de l'homme, qu'il mène une action préventive en ce domaine et qu'il facilite la mise en place d'infrastructures nationales pour la défense de ces droits.

15 - **Le Comité contre la torture** - Le Comité contre la torture a été créé en application de la Convention^{2[14]} contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, afin d'en superviser l'application. Les États parties sont obligés^{3[15]} de lui soumettre périodiquement des rapports concernant les mesures d'application des engagements qu'ils ont souscrits.

16 - **Le Comité des droits de l'homme** - Le Comité des droits de l'homme a été établi par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques^{4[16]}. Il examine les réclamations reçues de personnes prétendant que les droits énumérés dans le pacte ont été violés à leur préjudice sans aucune réparation domestique. Les textes des décisions finales prononcées par le Comité sur ces réclamations individuelles sont inclus dans ses rapports annuels et rendus publics.

17 - Si aucun des organes créés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies n'a d'attributions dépassant le simple pouvoir de dénonciation et de préconisation, il en va différemment de ceux du Conseil de l'Europe dont les décisions sont plus contraignantes pour les États membres.

2 – Dans le cadre du Conseil de l'Europe

18 - Deux organes du Conseil de l'Europe sont concernés par la protection des libertés notamment dans le cadre des enquêtes de police judiciaire : le Commissaire aux droits de l'homme et le Comité de prévention de la torture.

19 - **Le Commissaire aux droits de l'homme** - Le Commissaire aux droits de l'homme est une institution indépendante au sein du Conseil de l'Europe. Institué en 1999, il a pour mission générale de promouvoir le respect des droits de l'homme et d'aider les 47 États membres à mettre en œuvre les normes du Conseil de l'Europe en la matière. Dans ce cadre il émet des avis et des recommandations.

20 - Mais il est également chargé de déceler d'éventuelles insuffisances dans le droit et la

^{1[13]} Art. 1, 13 et 55 de la Charte des Nations Unies, Déclaration et programme d'action de Vienne, Résolution 48/141 de l'Assemblée générale du 20 décembre 1993, par laquelle l'Assemblée a créé le poste de Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme.

^{2[14]} Art. 17 de la Convention.

^{3[15]} Art. 19 de la Convention.

^{4[16]} Art. 28 du Pacte.

pratique des États en matière de droits de l'homme. Sans pouvoir être saisi de plaintes individuelles, il peut tirer des conclusions et prendre des initiatives de plus vaste ampleur, sur la base d'informations fiables relatives à des violations des droits de l'homme dont sont victimes des particuliers. En outre et surtout, le Commissaire effectue, dans les différents pays pour évaluer la situation des droits de l'homme, des missions officielles à la suite desquelles il établit des rapports comprenant, à la fois, une analyse des pratiques en matière de droits de l'homme et des recommandations précises sur les moyens d'améliorer la situation. Débattus au sein des organes délibérants du Conseil de l'Europe, ces rapports sont publiés et largement diffusés. Leurs recommandations font l'objet de suivi donnant lieu à de nouveaux rapports. Plusieurs d'entre eux, concernant notamment la France, évaluent de manière critique le respect des droits de l'homme dans le cadre des enquêtes de police judiciaire.

21 – Le Comité de prévention de la torture – Le Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe a été institué par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, signée en 1987, pour l'application de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme disposant que " nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ".

22 - La Convention prévoit un mécanisme non judiciaire, à caractère préventif, pour protéger les personnes privées de liberté. Il repose sur un système de visites effectuées par ce Comité constitué d'experts indépendants. Ces visites, auxquelles les États ne peuvent s'opposer, concernent tous les lieux de détention : prisons et centres de détention pour mineurs, postes de police, centres de rétention pour étrangers, hôpitaux psychiatriques..., afin d'évaluer la manière dont les personnes privées de liberté y sont traitées et, le cas échéant, de recommander aux États des améliorations. Ces recommandations qui figurent dans un rapport adressé à l'État concerné sont le point de départ d'un dialogue permanent avec lui. Ces rapports sont confidentiels, néanmoins, si un pays ne coopère pas ou refuse d'améliorer la situation, le Comité peut décider de faire une déclaration publique. De son côté l'État a la faculté de demander la publication du rapport ainsi que ses propres commentaires. Chaque année, le Comité élabore un rapport public général rendant compte de son activité. Au cours de ses années d'activités sur le terrain, le Comité a développé des normes sur le traitement des personnes privées de liberté. A la date du 10 septembre il avait effectué 252 visites et 201 rapports ont été rendus publics.

23 – Plus contraignantes encore pour les États sont les décisions des juridictions européennes, en particulier de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a le pouvoir de se prononcer par une décision juridictionnelle sur des allégations individuelles de violation des garanties de la Convention et dont les décisions sont assorties d'un dispositif d'exécution efficace.

B – Par les juridictions européennes.

24 - A titre principal, la Cour européenne des droits de l'homme, créée pour l'application de

la Convention européenne des droits de l'homme, exerce un contrôle juridictionnel *a posteriori* sur le respect des garanties de la Convention, notamment dans le cadre des missions de police judiciaire. Accessoirement, le Cour de justice des communautés européennes, pourrait être amenée à se prononcer dans le même domaine à partir des garanties fondamentales en cours au sein de l'Union européenne.

25 – La Cour européenne des droits de l'homme – Instituée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme ^{1[17]} peut être directement saisie par les particuliers de requêtes individuelles alléguant des violations des garanties de la Convention qui n'ont pas été reconnues et réparées par les systèmes juridictionnels internes. En cas de violation, la Cour européenne peut condamner l'État à en réparer les conséquences à l'égard de la victime et à prendre les mesures nécessaires pour éviter leur renouvellement. Un système de suivi assure l'exécution des condamnations. En outre, certains États, dont la France, ont prévu, lorsque la violation de convention affecte la validité d'un procès, de le rouvrir même si il a été définitivement jugé. Selon ce mécanisme, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, la Cour européenne exerce un contrôle direct sur les conditions dans lesquelles s'exercent les missions de police judiciaire, au regard des garanties de la Convention, puisqu'elle peut, sur la requête d'un particulier, constater la violation des garanties de la Convention à l'occasion d'une enquête judiciaire, condamner l'État à en réparer les conséquence et l'obliger à corriger ses pratiques. Enfin, ce constat de violation peut avoir des conséquences sur l'autorité des décisions pénales internes en ouvrant une procédure de révision.

26 – Les violations les plus fréquemment constatées dans le cadre des enquêtes de police judiciaire concernent l'article 3 de la Convention : interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, s'agissant en particulier des violences policières^{2[18]} ; l'article 5 : droit à la liberté et à la sûreté, qui protège les individus contre les arrestations et les détentions arbitraires ; l'article 6 : droit à un procès équitable qui, outre la présomption d'innocence, contient des droits applicables dès la phase d'enquête (par exemple l'assistance d'un interprète) ; enfin, accessoirement l'article 8 : droit au respect de la vie privée et familiale qui instaure des garanties contre certaines investigations policières : perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques....

27 – La Cour de justice des communautés européennes. Dans le champ d'application du droit de l'Union européenne qu'elle est chargée d'interpréter et de faire respecter, la Cour de justice des communautés européennes pourrait être conduite à faire jouer, soit les principes fondamentaux du droit communautaire, soit la Charte européenne des droits fondamentaux pour apprécier la validité d'enquêtes judiciaires. De tels pouvoirs sont encore hypothétiques dans la mesure surtout où la Charte européenne des droits fondamentaux, n'a, en l'état, aucune force contraignante.

28 – Si d'une manière générale, les organisations internationales n'ont qu'un rôle incitatif à

^{1[17]} Titre II de la Convention, art. 19 et s.

^{2[18]} CEDH, Affaire Selmouni c/France, 29 juillet 1999 ; Affaire Klaas c/Allemagne, 22 septembre 1993.

l'égard des États parties pour promouvoir le respect des droits de l'homme, certaines d'entre elles sont investies de pouvoirs effectifs de contrôle sur le déroulement des opérations de police judiciaires, tandis que très directement la Cour européenne des droits de l'homme peut exercer, *a posteriori*, à la lumière de la Convention, un contrôle concret et contraignant sur le déroulement d'opérations de police judiciaire. Dans tous les cas, ces organisations et juridictions internationales ou européennes, incitent les États à renforcer et à rendre effectifs les mécanismes internes de contrôle de la police judiciaire. Ainsi de nombreuses réformes de procédure pénale sont intervenues après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. A titre d'exemple, la loi sur les écoutes téléphoniques^{1[19]} en cours d'enquêtes judiciaires a été réformée après condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme^{2[20]}.

II – Les contrôles internes, en France, sur la police judiciaire

29 - Dans l'exercice des missions de police judiciaire, les services de police sont, en France, placés sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire. On distingue 4 types de contrôles : directionnel, disciplinaire, juridictionnel auquel on a récemment ajouté, celui d'autorités administratives indépendantes.

A – Le contrôle directionnel

30 – **Direction des enquêtes** - D'une manière générale, toutes les enquêtes de police judiciaire, qu'elles soient exercées spontanément ou sur instructions de l'autorité judiciaire, sont dirigées par cette autorité^{3[21]}. Avant qu'une juridiction soit saisie, c'est le procureur de la République qui dirige les enquêtes de police dans le ressort de la juridiction à laquelle il est rattaché^{4[22]} (le tribunal de grande instance – premier degré de l'organisation judiciaire)^{5[23]}. Lorsqu'une juridiction est saisie, le juge (il s'agit en général des juridictions d'instruction : le juge d'instruction, juridiction au premier degré ou la chambre d'instruction, au second degré) peut déléguer à un service de police des pouvoirs d'instruction limités et spécifiés^{6[24]} et lui adresser des réquisitions^{7[25]}. Ces procureurs ou juges décident des enquête. Ils peuvent y mettre fin quand ils l'estiment nécessaire, les orienter selon des directives générales ou particulières ou même décider des investigations à effectuer. Il leur est ponctuellement rendu compte du déroulement de l'enquête et ils règlent tous les incidents auxquels elle peut donner lieu.

31 – **Autorisation des mesures restrictives de liberté** - En principe, toutes les restrictions de libertés nécessaires à la recherche des preuves et à l'identification des auteurs d'infractions

^{1[19]} Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 sur les interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication, art. 100 s. c. proc. Pén.

^{2[20]} CEDH, Affaire Huvig et Kruslin c/France, 24 avril 1990.

^{3[21]} Art. 53 à 78 c. pr. pén.

^{4[22]} Art. 12 c. pr. pén.

^{5[23]} Art. 12 c. pr. pén.

^{6[24]} Art. 151 à 155 c. pr. pén.

^{7[25]} Art. 14 c. pr. pén.

pénales : perquisitions, saisies, interceptions téléphoniques, placement en garde à vue (rétention forcée dans un local de police)... sont autorisées et contrôlées par l'autorité judiciaire, le procureur ou le juge concerné, selon la phase de l'enquête.

B – Le contrôle disciplinaire

32- Le contrôle disciplinaire sur la police judiciaire est lui aussi exercé par l'autorité judiciaire, au niveau de la Cour d'appel (second degré de l'organisation judiciaire). Elle est placée sous la surveillance du procureur général (chef du parquet de la Cour d'appel) et le contrôle de la chambre d'instruction (chambre spécialisée de la Cour d'appel)^{1[26]}.

33 – **Enquêtes administratives** - Les enquêtes administratives portant sur le comportement d'officiers ou d'agents de police judiciaire dans l'exercice de leurs missions sont conjointement réalisées par le service d'inspection de la police (Inspection générale de la police nationale) et celui du ministère de la justice (Inspection générale des services judiciaires). Elles sont dirigées par un magistrat^{2[27]}.

34 – **Suspension ou retrait des pouvoirs d'officier de police judiciaire** - Compétent pour délivrer une habilitation temporaire d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de police^{3[28]}, le procureur général de la Cour d'appel, peut suspendre ou retirer cette habilitation s'il estime que le policier a manqué à une obligation professionnelle^{4[29]}. Celui-ci peut contester cette décision devant une Commission instituée au sein de la Cour de cassation^{5[30]}. Les décisions de cette commission peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation^{6[31]}.

35 – **Discipline des officiers et agents de police judiciaire**^{7[32]} - C'est la chambre d'instruction de la Cour d'appel qui exerce le contrôle disciplinaire des personnels investis de pouvoirs de police judiciaire. Saisie par le procureur général ou par son président, cette juridiction peut prononcer des sanctions qui vont de la simple observation jusqu'à l'interdiction de fonctions de police judiciaire. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Si le manquement disciplinaire constitue aussi une infraction pénale, le dossier est transmis au Procureur général aux fins de poursuites.

C – Le contrôle juridictionnel

36 – Le contrôle juridictionnel sur la police judiciaire peut être un contrôle de légalité des actes de police judiciaire et/ou de la responsabilité pour les dommages commis par de tels actes lorsqu'ils sont fautifs.

37 – **Contentieux de la légalité** – Accomplis dans le cadre des enquêtes, les actes de police

^{1[26]} Art. 13 c. pr. pén.

^{2[27]} Art. 15-1 c. pr. pén.

^{3[28]} Art. 16-1 c. pr. pén.

^{4[29]} Art. 16-2 c. pr. pén.

^{5[30]} Art. 16-3 c. pr. pén.

^{6[31]} Cour de cassation, assemblée plénière, 1^{er} juillet 1994, Bulletin criminel n° 263.

^{7[32]} Art. 224 à 230 c. proc. pén.

judiciaire sont exécutés selon des formes qui en conditionnent la validité. La violation de ces formalités peut entraîner la nullité partielle ou totale de la procédure engagée contre la personne poursuivie, selon des modalités strictement prévues par le code de procédure pénale. La sanction peut aller de l'annulation de l'acte et du retrait de la preuve affectée d'un vice, jusqu'à l'annulation de toute la procédure, et en ce cas, éventuellement, l'anéantissement de la poursuite.

38 – Contentieux de la responsabilité - La responsabilité du fait des actes de la police judiciaire est pénale ou civile, selon la nature de la faute commise par le policier.

39 – Responsabilité pénale – Tout membre de la police judiciaire coupable d'une infraction pénale dans l'accomplissement de sa fonction, qu'il agisse ou non dans le cadre de missions de police judiciaire, peut être poursuivi et condamné. Les délits susceptibles d'être commis par ces fonctionnaires sont surtout des atteintes à la liberté individuelle^{1[33]}, la violation de domicile^{2[34]} et les violences avec circonstances aggravantes que l'auteur était dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public^{3[35]}. Mais il peut aussi s'agir d'autres infractions, notamment de corruption^{4[36]}. La poursuite et la sanction de ces infractions se font selon la procédure pénale de droit commun sans dérogation aux règles de compétence.

40 – Toutefois, afin d'éviter qu'un procès pénal soit paralysé, lorsque l'infraction reprochée au policier commise à l'occasion d'une instance judiciaire implique la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action pénale ne peut être exercée que si l'irrégularité a été constatée par une décision définitive de la juridiction de jugement saisie des poursuites^{5[37]}.

41 – Responsabilité civile – La victime des agissements irréguliers d'un fonctionnaire de police au cours d'une enquête de police judiciaire – que ces agissements soient pénalement réprimés ou non – peut mettre en œuvre la responsabilité de l'État en invoquant, selon une procédure spéciale, le fonctionnement défectueux du service de la justice^{6[38]}. En ce cas, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents^{7[39]}. L'action impose la constatation d'une faute importante (qualifiée de faute lourde) que les juridictions apprécient largement. Toutefois, lorsque le dommage résulte de l'usage d'une arme à feu, une simple faute suffit^{8[40]}. Dans tous les cas, l'Etat, responsable, est tenu d'indemniser la victime. Il peut toutefois exercer contre le policier fautif une action dite « récursoire » en remboursement de tout ou partie des dommages et intérêts versés.

42 - La responsabilité du policier peut, en outre, être recherchée directement sur le fondement

^{1[33]} Art. 432-4 c pén.

^{2[34]} Art. 438-8 c. pén.

^{3[35]} Des infractions particulières sont prévues par les articles 222-8, 7°, 222-10, 7°, 222-12, 7°, 222-13, 7°, c. pén.

^{4[36]} Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, art. 432-11 code pén.

^{5[37]} Art. 6-1 c. proc. pén.

^{6[38]} Art. 781 c. org. j.

^{7[39]} Tribunal des conflits, 15 janvier 1968, D., 1968, 417.

^{8[40]} Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 juin 2005, Bulletin criminel n° 117.

d'un principe général de responsabilité civile^{1[41]}, lorsque la faute, est dite « détachable » du service. Lorsqu'elle a été commise à l'occasion d'une mission de police judiciaire, l'action est également à engager devant les juridictions judiciaires.

43 – Enfin, toutes les instances civiles fondées sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile, qu'elles soient dirigées contre la collectivité publique ou contre ses agents, sont de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire^{2[42]}. Cette compétence exclusive est l'application de l'article 66, alinéa 2, de la Constitution qui réserve au juge judiciaire la protection de la liberté individuelle.

D – Contrôle des autorités administratives indépendantes

44 - L'activité des forces de police peut relever des diverses autorités administratives indépendantes, selon que les actes accomplis relèvent des pouvoirs de ces autorités. Il peut s'agir du médiateur de la République^{3[43]}, qui dispose de pouvoirs de recommandation pour tous litiges opposant l'administration aux citoyens, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui dispose de pouvoirs de contrôle sur tous fichiers électroniques, y compris ceux tenus par la police^{4[44]}, de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité^{5[45]}, qui contrôle le recours à des « écoutes téléphoniques » enfin de la Haute autorité de lutte contre les discriminations^{6[46]}. Si les contrôles exercés par ces autorités qui, tout en relevant de l'administration jouissant d'un statut d'indépendance par rapport au Gouvernement, concernent surtout les activités de police administratives, la Commission nationale de déontologie de la sécurité, récemment créée^{7[47]}, fait porter ses contrôles tout autant sur les activités de police judiciaire que de police administrative, tandis que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, de création plus récente encore, a des attributions de contrôle sur les tous les lieux de privation de liberté, en particulier ceux où la police retient les personnes interpellées dans le cadre d'enquêtes judiciaires.

45 – **La Commission nationale de déontologie de la Sécurité** - Composée de parlementaires, d'un conseiller d'État, d'un membre de la Cour de cassation, d'un membre de la Cour des comptes et de personnalités qualifiées, la Commission nationale de déontologie

^{1[41]} Art. 1382 c. civ.

^{2[42]} Art. 136 c. proc. pén.

^{3[43]} Le médiateur de la République est, selon les termes de la loi du 3 janvier 1973 ayant créée cette institution, une « autorité indépendante » chargée d'améliorer, par son action, les relations des citoyens avec l'administration. Le médiateur intervient dans les litiges qui les opposent en tentant de proposer, aux uns et aux autres, des solutions de règlement amiable de leurs différends.

^{4[44]} Créée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la CNIL est une autorité administrative indépendante chargée de veiller à la protection des données personnelles.

^{5[45]} La commission est chargée de veiller au respect des dispositions du titre II (des interceptions de sécurité) de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie "des communications électroniques.

^{6[46]} La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 30 décembre 2004. Elle a pour mission de lutter contre les discriminations prohibées par la loi (religion, sexe, handicap..), de fournir toute l'information nécessaire, d'accompagner les victimes, d'identifier et de promouvoir les bonnes pratiques pour faire entrer dans les faits le principe d'égalité.

^{7[47]} Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000.

de la sécurité est chargée de veiller au respect de la déontologie^{1[48]} par les personnes exerçant des activités de sécurité^{2[49]}, y compris dans le cadre de missions de police judiciaire. Saisie par toute personne qui entend dénoncer une pratique irrégulière de la police^{3[50]} et disposant de pouvoirs d'enquête, la Commission peut, adresser des avis ou recommandations dont les services concernés doivent tenir compte, saisir l'autorité judiciaire en cas d'infraction pénale ou l'autorité disciplinaire dont relève le policier. S'agissant de la police judiciaire, les principales violations constatées par la Commission concernent^{4[51]} des manquements en relation avec les mesures de garde à vue (défaut de notification des droits afférents à la garde à vue après usage de la contrainte – durée excessive de la garde à vue – fouilles à corps injustifiées – droit des mineurs en garde à vue), des pratiques irrégulières ou excessives d'usage de la force et de moyens de coercition (recours aux menottes – usage illégitime de la violence – usage abusif des armes de service au cours d'interpellations).

46 – Le contrôleur général des lieux de privation de liberté^{5[52]} – Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, lui aussi autorité indépendante, est chargé de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux. Ses missions s'exercent en particulier sur les locaux de garde à vue, où sont placées les personnes retenues par la police pour les besoins d'une enquête judiciaire. L'institution de cette autorité est prévue par le Protocole facultatif à la Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifié par la France.

47 – Cette autorité est investie de pouvoirs importants. Le contrôleur ou ses délégués, peut visiter à tout moment tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique et se faire communiquer toute information ou pièce utiles à sa mission. Il établit des rapports, interpelle les ministres responsables, dénonce les manquements disciplinaires, les infractions, les violations des droits fondamentaux qu'il constate aux autorités compétentes. Il émet des avis, formule des recommandations aux autorités publiques et propose au Gouvernement toute modification des dispositions législatives et réglementaires applicables. Il peut rendre publics ses avis, recommandations ou propositions, ainsi que les observations en réponse de ces autorités. Il remet chaque année un rapport public d'activité au président de la République et au Parlement.

Conclusions

48 - D'autres types de contrôle de la police auraient pu être évoqués^{6[53]}. Ils ne sont pas spécifiques à la police judiciaire ni même à la police. D'abord le contrôle politique par le Parlement qui dispose de divers moyens de contrôle de l'administration. Ensuite le contrôle de

^{1[48]} La déontologie de la police nationale a été consignée dans un code en 1986 : décret n° 86-592 du 18 mars 1986, portant code de déontologie de la police nationale.

^{2[49]} Art. 1^{er} de la loi du 6 juin 2000.

^{3[50]} La requête doit toutefois être adressée à un parlementaire qui peut seul saisir la Commission.

^{4[51]} Rapport 2007 de la Commission nationale de déontologie de la sécurité.

^{5[52]} Créé par la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007.

^{6[53]} Christian Vigouroux, *Le Contrôle de la police*, in *l'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996.

la presse, spécialement vigilante pour dénoncer toutes les dérives de l'action policière, le contrôle par les instances locales à la faveur des procédures de décision ou de concertation impliquant les collectivités territoriales dans les questions de sécurité publique en application de ce que nous appelons « la politique de la ville », le contrôle scientifique par la mise en place d'instituts de recherche sur les techniques de sécurité^{1[54]}. Enfin, et peut être surtout, l'autocontrôle de la police résultant de l'apprentissage et du respect par le fonctionnaire lui-même de la déontologie de ses fonctions.

49 – De cette présentation, il résulte que les contrôles sur la police, et singulièrement de la police judiciaire, sont multiples et variés. Une telle accumulation est-elle nécessaire ? Beaucoup de ces contrôles sont complémentaires. Il y a incontestablement une synergie entre les contrôles internationaux et les contrôles internes. Toutefois la multiplicité de contrôles internes redondants peut entraîner une dilution de responsabilité. L'appréciation générale est que l'autorité judiciaire, à qui la protection de la liberté individuelle incombe à titre principal, pourrait être plus constante, attentive et rigoureuse dans l'accomplissement de cette mission à l'égard de la police. Mais il est difficile à l'autorité qui dirige les enquêtes judiciaires, et qui a par conséquent besoin de la police pour rassembler les preuves des infractions pénales, d'exercer en même temps sur elle un contrôle du respect des libertés.

50 – En définitive, dès lors qu'elle repose en grande partie sur l'autorité judiciaire, l'efficacité du contrôle dépend du poids de celle-ci sur l'administration de la police, en d'autres termes des rapports de pouvoir entre la justice et le Gouvernement.

^{1[54]} En 1989 a été créé un Institut des hautes études de la sécurité intérieure.

Le contrôle de la police administrative par Terry Olson

En introduction et pour prolonger les éléments d'ores et déjà développés par le président Canivet, il me semble utile de préciser ou de rappeler trois points à l'intention de juristes formés dans une tradition différente de la nôtre.

Tout d'abord et ainsi qu'il a été dit la distinction classique entre police administrative et police judiciaire tient à ce que la première a un caractère préventif et tend à assurer l'ordre public qui constitue l'un des tout premiers devoirs de l'Etat envers les citoyens, alors que la seconde est répressive et est destinée à identifier puis traduire devant la justice le ou les auteurs d'une infraction commise.

La deuxième observation tient à ce que le terme de police recèle en lui-même un risque de malentendu. La police administrative recouvre toute une série d'actes juridiques – réglementaires ou individuels comme on le verra – mais n'a pas de rapport au moins direct avec la police au sens des forces de police. Ceci tient au fait que les mesures prises au titre de la police administrative ne sont pas mises en application par les seules forces de police. En réalité un grand nombre d'agents de l'Etat ont vocation à y concourir. Les unités de la police y contribuent au même titre que bien d'autres agents publics qui sont soit des militaires – la gendarmerie nationale par exemple – mais aussi des fonctionnaires civils ou même des agents n'ayant pas la qualité de fonctionnaire. Pour s'en tenir à un exemple facile à saisir, on rappellera qu'un chef de gare doit dans sa gare s'assurer du respect des mesures prises au titre de la police administrative des chemins de fer pour garantir la sécurité des voyageurs. Il en va de même pour un agent de l'Office national des Forêts patrouillant dans une forêt. Ni l'un ni l'autre ne sont bien entendu des fonctionnaires de police.

Enfin on peut souligner qu'en cette matière le contrôle du juge administratif revêt une importance capitale. En effet, même lorsque l'autorité administrative chargée de prendre ces mesures préventives a les intentions les plus louables, ceci peut la conduire à prendre des mesures pouvant compromettre gravement l'exercice des libertés. Le juge se doit donc de veiller à ce que les actes pris au titre de la police administrative soient strictement limités à ce qui est nécessaire et suffisant à la préservation de l'ordre public.

1. Origine et portée de la notion de la police administrative

1.1 La notion de police administrative a pris corps en France sous la IIIème République, au tournant du XXème siècle.

Initialement ont été façonnés des régimes de police particuliers à tel ou tel domaine. Ceci s'est fait au départ via des lois. Ces grandes lois républicaines ont fondé plus qu'elles n'ont organisé dans le détail ces régimes de police administrative. Ainsi la loi du 5 avril 1884 a

institué une police de circulation, celle du 30 juin 1880 instaure une police des réunions, tandis que la loi du 29 juillet 1881 met en place une police de la presse.

C'est le Conseil d'Etat qui donne, dans son arrêt Labonne du 8 août 1919, une première définition globale de la notion de police administrative : pour justifier les pouvoirs de police générale du chef du Gouvernement, le Conseil précise qu'il peut être paré préventivement à une menace indéterminée à l'ordre public « en dehors de toute délégation législative et en vertu des pouvoirs propres de l'exécutif ». Un éminent juriste de cette époque, Joseph Barthélemy a pu écrire : « Aucune disposition de droit positif n'habilite le Gouvernement à réglementer la liberté individuelle, sinon la règle de droit non écrit qui le charge d'assurer l'ordre public et la défense nationale ».

Malgré les restrictions et l'encadrement du pouvoir de police administrative après la Seconde Guerre mondiale, la définition de ce régime juridique est restée assez stable depuis 1919. Elle est aujourd'hui très liée à la notion de service public : son but même, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public pour le bien de tous, s'apparente au concept fondamental d'intérêt général. Comme l'écrit le professeur Chapus : « Exercer la police administrative, c'est assurer un service public : celui du maintien de l'ordre public ».

Ainsi on peut donner de la notion de police administrative la définition suivante. C'est l'ensemble des mesures destinées, sous le contrôle du juge administratif, à assurer préventivement le respect de l'ordre public ou à le rétablir par des mesures réputées non répressives. Ces mesures peuvent prendre la forme de réglementations générales ou d'actes individuels. Les premières visent à prévenir une atteinte à l'ordre public qui ne s'est pas encore matérialisée (par exemple la limitation de l'excès de vitesse des véhicules) tandis que les actes individuels délivrent une autorisation, opposent un refus, ou édictent une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose.

1.2. La notion de police administrative a une portée étendue.

Par principe, incombe à la police administrative une mission préventive alors que la police judiciaire a, quant à elle, une fonction répressive. Mais cette distinction est parfois subtile.

La police administrative a pour fonction de garantir la sauvegarde préventive de l'ordre public, tandis que l'autorité de police judiciaire a pour finalité de sanctionner une infraction à la loi. Les autorités administratives sont investies de prérogatives pour veiller au respect d'un ordre public alors que les autorités de police judiciaire ont pour mission de réprimer un trouble déjà avéré.

Mais cette première distinction semble incomplète car certains actes de la police administrative peuvent se situer un peu à la limite des deux sphères. Aussi le Conseil Constitutionnel a donné une définition plus précise au critère préventif en qualifiant d'administratives des actions de police qui visent à prévenir une atteinte à l'ordre public ou à rétablir cet ordre et non à réprimer un comportement. Il a par ailleurs consacré le principe de

sauvegarde de l'ordre public comme un objectif à valeur constitutionnelle, donnant ainsi d'autant plus de légitimité aux interventions des autorités de police administrative.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Baud du 11 mai 1951, le commissaire du gouvernement Dévolvé élargit la définition de l'acte de police administratif à une dimension intentionnelle : « Tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale, tant que son enquête n'est pas orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise », il s'agit bien d'une opération d'ordre administratif. Selon cette définition, l'acte de police n'est pas nécessairement lié à la prévention de l'ordre public mais peut répondre à la volonté de mettre fin à un trouble qui s'est déjà manifesté. Mais elle suppose également la prise en compte des intentions, ce qui n'est pas toujours facile. En outre certains actes de police judiciaire ne sont pas dénués d'une finalité préventive : dans le cadre d'une campagne contre les accidents de la route, la sanction des automobilistes fautifs a aussi une dimension préventive.

Aussi ce qui définit avant tout l'acte de police administrative, ce qui seul peut fonder sa légitimité, c'est bien que le but recherché est de sauvegarder l'ordre public. Celui-ci recouvre essentiellement **la sécurité publique, la salubrité publique et la tranquillité publique**, ainsi que cela apparaît dans plusieurs articles du code général des collectivités territoriales (CGCT). :

- La sécurité publique, ainsi que la sûreté publique sont évoquées à l'article L 2212-2 qui dispose que « la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais et places » doivent être garanties par le maire.
- Le même article, à son alinéa 2, précise que le maire a le pouvoir de « réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, y compris les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique ».
- La salubrité publique est mentionnée à plusieurs reprises par le CGCT. Mais elle constitue également un but de police spéciale lorsqu'un texte définit une procédure particulière applicable à un domaine précis (par exemple le Code de la santé publique, ou bien le code de l'environnement quand il traite des installations dangereuses)...

D'autres composantes doivent être prises en compte dans la notion d'ordre public.

Ceci recouvre également les notions de moralité publique ou de respect de la dignité humaine. Des activités portant atteinte à l'une ou à l'autre peuvent constituer des menaces de trouble à l'ordre public. Ainsi dans son arrêt Commune de Morsang sur Orge du 27 octobre 1995 (n°136727), le Conseil d'Etat a considéré comme menaçant l'ordre public le lancer de nain,

soulignant que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ».

La jurisprudence sur les interdictions municipales de films cinématographiques, quand bien même le film aurait obtenu son visa ministériel nécessaire à sa projection, va dans le même sens : l'interdiction du film pour atteinte à la moralité peut être justifiée, mais à la condition qu'existent des circonstances locales, propres à la commune.

2. La répartition des compétences en matière de police administrative

La police administrative se répartit en deux branches, la police générale et la police spéciale.

La police générale s'applique sur un territoire donné à l'égard de toute activité et de toute personne. Mais ce pouvoir est qualifié de « spécial » si un texte précise le champ d'application, le contenu ou les modalités de mise en œuvre des pouvoirs de police.

2.1. La répartition de la compétence en matière de police générale conduit à distinguer les échelons national, départemental et communal.

Le Premier Ministre est investi du pouvoir de prendre des mesures de police applicables dans l'ensemble du territoire national. Ses pouvoirs de police générale ne font l'objet d'aucune définition textuelle. « Il peut donc déterminer les mesures qui doivent, en tout état de cause, être appliquées sur l'ensemble du territoire » selon la définition donnée par le Conseil d'Etat dans son arrêt Labonne déjà mentionné. Le pouvoir de police générale peut aussi relever du Président de la République lorsqu'un acte doit être pris en conseil des ministres.

A l'échelon des départements la compétence est, depuis la réforme de la décentralisation, répartie entre deux autorités, alors qu'auparavant le Préfet en était le seul détenteur. Ce dernier reste l'autorité de police la plus importante. Il agit au nom de l'Etat. Mais le président du conseil général a été investi, par la loi de décentralisation du 2 mars 1982 de pouvoirs de police afférents à la gestion du domaine départemental, « notamment en ce qui concerne la circulation sur ce domaine » (CGCT, art L 3221-4)

Occupe une place particulière le Préfet, qui est autorité de police générale du département. C'est de son pouvoir que relève la mise en œuvre des opérations de secours prévues « en cas de catastrophe » par les plans Orsec, et quant à certains risques particuliers, par les plans d'urgence. Au niveau départemental toujours, la police de circulation sur les voies publiques relève de trois autorités : le préfet du département est compétent pour prendre, au nom de l'Etat, les mesures nécessitées par le maintien de la sécurité publique sur les routes nationales, agglomérations non comprises ; les mesures applicables à la circulation sur les routes départementales, hors des agglomérations, relèvent de la compétence du président du conseil général (et non plus de celle du préfet), agissant au nom du département, qui est en France une personne morale.

Dès lors qu'il s'agisse d'assurer la sécurité, la tranquillité, la salubrité ou la moralité publiques, le Préfet a seule compétence pour prendre, au nom de l'Etat, toutes mesures de police dont le champ d'application excède le territoire d'une commune, selon l'article L 2215-1 et suivants du CGCT.

Enfin le préfet peut user, en tant qu'autorité de tutelle, du pouvoir de substitution d'action. Quand, dans une commune, les mesures nécessaires n'ont pas été prises par le maire, le préfet est en droit, après mise en demeure sans résultat, de prendre ces mesures en se substituant au maire. Il agit dès lors au nom de la commune. De la même façon, après mise en demeure infructueuse, le préfet peut se substituer au président du conseil général pour prendre, au nom du département-personne morale, les mesures que le président aurait dû édicter.

Au niveau communal le pouvoir de police, conformément à l'état ancien du droit, est détenu par le maire : on l'appelle police municipale. La situation est plus complexe pour la ville de Paris, où le maire – dont les compétences ont été élargies par la loi du 29 décembre 1986 – partage son pouvoir de police avec le préfet de police (qui tient ce pouvoir de l'arrêté consulaire du 12 messidor an VIII, auquel se réfère l'article L.2512-13 du CGCT). Les maires sont aussi compétents pour prendre, au nom de la commune, les mesures de police applicables sur les voies communales, ainsi que sur les portions de routes nationales et départementales situées à l'intérieur des agglomérations.

Que se passe-t-il lorsque les compétences de plusieurs autorités investies de pouvoirs de police générale se superposent ? A cet égard le fait qu'une des autorités de police ait pris des mesures applicables dans certaines limites territoriales n'empêche pas d'autres autorités de prendre des mesures qui y sont également applicables. La règle est que la mesure prise par le Premier Ministre au niveau national n'empêche pas maires, préfets et présidents de conseils généraux de prendre des mesures encore plus sévères sur le territoire dont ils sont responsables. De la même manière un maire peut prendre, pour sa commune, des mesures plus rigoureuses que le préfet.

En sens inverse il ne peut jamais y avoir libéralisation de la réglementation de niveau supérieur, lorsque celle-ci est plus restrictive. En sens opposé, il peut y avoir aggravation, mais à condition que les circonstances locales le justifient.

2.2. Les polices spéciales obéissent à une logique propre.

Plusieurs facteurs peuvent être à l'origine de l'existence d'une police spéciale

- L'autorité compétente n'est pas celle qui aurait dû normalement l'être : ainsi la police des gares et des aéroports dépend non du maire, mais du préfet. La distinction est encore plus marquée lorsque le pouvoir de police est confié à une autorité qui normalement ne dispose pas d'un tel pouvoir : par exemple le Gouvernement se voit compétent pour la police des associations, chargée de

dissoudre des associations raciste ou terroriste. Autre exemple bien connu, celui de la police du cinéma, qui dépend du ministre chargé du cinéma.

- L'existence d'une police spéciale résulte bien souvent également de l'existence de procédures spéciales prévues par la loi : c'est le cas de la police des immeubles menaçant ruine, par l'intermédiaire de laquelle le maire peut prescrire un « arrêté de péril » aux propriétaires de cet immeuble. Cet arrêté de péril impose de faire des travaux. Le propriétaire doit les effectuer dans un certain délai, sans quoi la commune pourra faire réaliser les travaux aux frais et risques du propriétaire.

- Existent également des polices spéciales tout simplement parce que leur finalité est différente du but visé par la police générale : c'est le cas de la police du cinéma, qui est confiée au ministre de la Culture.

Ainsi la police spéciale fait intervenir de nombreux agents spécialisés dans un domaine particulier. Les pouvoirs qu'ils exercent et les sanctions dont ils disposent sont souvent plus étendus que ce que permet la police générale.

3. Le contrôle exercé par le juge sur la légalité de l'action des autorités de police administrative.

« La liberté est la règle, la restriction de police l'exception » rappelle l'arrêt Bujadoux du Conseil d'Etat du 5 février 1937.

Comme on l'a vu, l'intervention en faveur du maintien de l'ordre public peut légitimer un acte de police administrative. Or cette condition, si elle est nécessaire, n'est pas pour autant suffisante. Elle ne permet pas à elle seule de donner un fondement juridique adéquat à l'acte de police.

3.1. Le juge administratif exerce un contrôle normal sur les actes pris au titre de la police générale.

L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933, dont le président Sauvé a traité dans sa présentation du contrôle juridictionnel de l'administration française. A l'occasion de galas littéraires organisés par le syndicat d'initiative de Nevers, René Benjamin devait intervenir et donner deux conférences publiques. Or le maire de la ville empêcha le déroulement de ces conférences, pour le motif que la venue de M. Benjamin était de nature à troubler l'ordre public. Or le Conseil d'Etat a jugé que cette éventualité de troubles ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il justifiait l'interdiction des conférences. Le maire aurait pu, à l'aide de gendarmes, préserver l'ordre public tout en laissant M. Benjamin donner ses conférences. Le Conseil d'Etat rappelle ainsi le respect fondamental des libertés dont chaque citoyen a le droit de jouir, et fixe un cadre contraignant à l'exercice du pouvoir de police administrative.

Le juge depuis lors exerce en la matière un contrôle particulièrement poussé : il se prononce à la fois sur la **nécessité** de l'action de police et sur la **proportionnalité** de cette action au regard des troubles menaçant l'ordre public. Autrement dit il vérifie non seulement qu'il existait dans les circonstances de l'espèce une menace de trouble de l'ordre public susceptible de justifier une mesure de police, mais aussi que cette mesure était appropriée par sa nature et proportionnée à la gravité de la menace.

Le juge exerce donc un contrôle de la qualification juridique des faits qui le conduit à s'interroger, au cas par cas, sur le trouble pour l'ordre public que risque de susciter une activité.

L'objectif est ici de concilier deux principes qui peuvent paraître contradictoires : le respect des libertés fondamentales d'une part, le respect de l'ordre public d'autre part. Il s'agit dès lors de tenir compte des circonstances de l'espèce, du rapport des forces en présence et du climat politique du moment. En matière de police, lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté publique, on dit que le juge exerce un contrôle maximum. Le juge vérifiera d'une manière très poussée le caractère adapté, raisonnable et proportionné de la mesure. L'administration peut limiter l'exercice d'une liberté pour garantir l'ordre public mais seulement si cette limitation ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire. La restriction à la liberté doit donc être justifiée et même imposée par les circonstances.

L'enjeu des délais des jugements rendus par le juge administratif a ici toute son importance : les décisions d'annulation de ce dernier perdent une grande partie de leur intérêt lorsqu'elles interviennent plusieurs années après la mesure d'interdiction (ce qui s'est précisément passé avec l'arrêt Benjamin). Par conséquent plusieurs moyens existent aujourd'hui pour faire face à ces problèmes. Tout d'abord depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, le président du tribunal administratif ou son délégué, peut dans les 48 heures de sa saisine par le préfet, ordonner le sursis à exécution de l'acte d'une autorité locale qui « est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». A cette voie de recours ouverte uniquement au préfet, s'ajoutent les procédures de référé applicables devant le juge administratif qui ont été instituées par la loi du 30 juin 2000 et qui peuvent être mises en œuvre par toute partie intéressée : référé liberté et référé suspension peuvent ainsi être demandés par tout justiciable pour s'opposer aux actes de police administrative.

3.2. Le contrôle des actes intervenant au titre d'une police administrative spéciale est un peu différent.

En matière de police spéciale, il est difficile de poser une règle d'ensemble. Certains actes relèvent d'un entier contrôle et d'autres d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Le contrôle de la police spéciale était au départ un contrôle restreint et se distinguait donc totalement du contrôle exercé en matière de police administrative générale. Initialement le

juge s'« autolimitait » en reconnaissant aux autorités de police un large pouvoir discrétionnaire ; le juge se bornait à censurer les erreurs grossières et inacceptables. On considérait alors que pour les actes de police spéciale, la liberté n'était pas la règle puisque précisément la loi avait souhaité encadrer l'accès à une activité ou réprimer un comportement.

Toutefois cet état du droit a beaucoup évolué, sous l'effet combiné de la politique jurisprudentielle définie par le Conseil d'Etat et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Relèvent désormais de son entier contrôle, par exemple, la légalité :

- de l'interdiction d'une publication destinée à la jeunesse (CE 9 mai 1980 Veyrier n°17647) ;
- du refus de visa d'exploitation opposé à un film (CE 9 mai 1990 Bénouville n°73681) ;
- de l'interdiction d'une publication étrangère (CE 9 juillet 1997 Association Ekin n°151064) ;
- du retrait du marché d'un produit dangereux au titre de la police sanitaire (CE 29 décembre 1999 Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés n°206945) ;
- du refus opposé par le ministre chargé de l'aviation civile de faire usage de ses pouvoirs de police spéciale pour contrôler les nuisances sonores à proximité des aéroports (CE 26 octobre 2007 Association de défense contre les nuisances aériennes n°297301).

Conclusion

Les décisions prises par le juge administratif au titre du contrôle qu'il exerce sur les actes réglementaires ou individuels pris au titre de la police administrative sont au nombre de celles que tant l'administration que les citoyens et les médias suivent avec la plus grande attention. Faisant écho à la conception exigeante que les Français ont du respect des libertés, sa jurisprudence a longuement et minutieusement construit un édifice qui se veut équilibré et qui donne aux autorités administratives les outils nécessaires pour préserver l'ordre public tout en leur imposant d'agir avec mesure et discernement pour ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

En cela le juge administratif s'emploie quotidiennement à donner sa pleine portée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». Il s'agit bien là d'une des contributions les plus efficaces

que le juge administratif est susceptible d'apporter à l'Etat de droit ; il participe ainsi à la réalisation concrète de la promesse démocratique.

Le contrôle de la corruption des fonctionnaires en France

Guy Canivet

«... La corruption abolit la confiance qui rend possible le mécanisme de la représentation. Du même coup, elle dénature la société démocratique, comme elle affaiblit l'État de droit, en réduisant à de simples fictions le respect de la légalité et la garantie judiciaire...»

(Mireille Delmas-Marty ; La corruption : L'envers des droits de l'homme, Fribourg, 1995)

Observations générales

1 - Il y a une relation évidente entre la corruption et l'État de droit^[1]. Lorsque les décideurs publics sont corrompus, la politique publique est paralysée et les choix publics abandonnés aux intérêts privés. Aucun pays n'est entièrement exempt de corruption, mais lorsqu'elle prend des proportions telles qu'elle risque de freiner la croissance économique et de contrarier les efforts accomplis en vue d'instaurer une bonne gouvernance, elle entraîne la dégénérescence générale du tissu économique et social. Obstacle au développement durable, la corruption peut éventuellement aggraver les disparités économiques et favoriser la criminalité organisée. En fait, si elle se développe sans entrave, la démocratie peut difficilement s'épanouir, la liberté se répandre, la justice prévaloir. Négation des valeurs de l'État et de la démocratie, elle entraîne l'érosion des valeurs civiques, l'affaiblissement des institutions par une perte de confiance des citoyens et le développement de l'insécurité. Elle nuit à l'efficacité du service public, réduit les ressources disponibles pour les dépenses d'infrastructures, crée un environnement peu propice aux affaires, contribuant à la criminalisation des circuits financiers. Source de tensions politiques et sociales, elle peut parfois conduire des pays entiers à de graves dérives.

2 - Entendue comme « le mauvais usage du pouvoir, de l'autorité ou de fonctions publiques en vue de l'obtention d'avantages privés » la corruption est un dysfonctionnement endémique qui touche aussi bien les fonctions régaliennes de l'État, que les activités économiques, sociales, culturelles. Elle atteint l'accès aux services publics (éducation, santé, énergie, eau), voire l'aide alimentaire dans les pays les plus démunis. Ses formes sont extrêmement variées, du détournement d'argent public à la rémunération induue pour l'obtention d'un droit ou d'un avantage. Elle est même parfois acceptée, ce qui complique d'autant son éradication. Par essence difficile à quantifier, elle est estimée par la Banque mondiale et le FMI à 1 000 milliards de dollars, soit 5% du PIB mondial, avec de fortes disparités régionales. L'Office des Nations Unies contre la Drogue et la Criminalité estime que les États qui luttent efficacement contre la corruption peuvent escompter une augmentation de leur revenu de l'ordre de 400%.

^[1] Préambule de la Convention des Nations Unies contre la corruption : « Les États Parties à la présente Convention, préoccupés par la gravité des problèmes que pose la corruption et de la menace qu'elle constitue pour la stabilité et la sécurité des sociétés, en sapant les institutions et les valeurs démocratiques, les valeurs éthiques et la justice et en compromettant le développement durable et l'état de droit, ... »

3 - Historiquement la corruption a toujours existé. Sa généralisation dans certains États et son développement au sein de ceux qui en étaient jusqu'alors protégés, enfin la circulation mondiale de capitaux de provenance illicites rendent nécessaire la mise en place de programmes anti-corruption tant à l'échelle internationale qu'à l'intérieur des États^{1[2]}. On évoquera brièvement l'action internationale (I) avant d'aborder le dispositif français de contrôle de corruption des agents publics.

I - L'action internationale de lutte contre la corruption

4 – Dans l'espace mondial, les programmes de lutte contre la corruption sont mis en place tout à la fois par des organisations internationales (A), par des organisations non gouvernementales (B) et par la politique internationale des États.

A – L'action des organisations internationales

5 – Sans entrer dans les détails, on peut énumérer les conventions et programmes internationaux s'intéressant au phénomène de corruption.

6 - **L'Organisation des Nations Unies (ONU)** : La Convention des Nations Unies contre la corruption, signée le 31 octobre 2003^{2[3]}, oblige les États signataires à mettre en place des dispositifs de lutte contre la corruption et à participer à une coopération internationale.

7 - **L'Organisation des États Américains (OEA)** et **L'Union Africaine (UA)** : Ont respectivement fait adopter la Convention interaméricaine contre la corruption signée à Caracas en 1996 et la Convention de l'Union africaine sur la prévention de la corruption, signée à Maputo en 2003 qui visent aux mêmes fins.

8 - **L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)** : La Convention de l'OCDE contre la corruption, signé en 1998, oblige les entreprises des pays signataires à respecter des règles de transparence dans la signature des grands contrats internationaux et à ne pas verser de commissions occultes aux intermédiaires ou aux personnalités politiques. La France a ratifié cette convention en 2000. Dans le cadre de la Convention a été mis en place un observatoire de la corruption.

9 - **L'Organisation mondiale des douanes (OMD)** : Instaure des mécanismes de coopération internationale de lutte contre la corruption.

10 - **L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)** : A mis en place un programme de lutte contre la corruption au sommet d'Istanbul en 1999.

^{1[2]} Selon une estimation de la Banque mondiale, en 2001-2002 mille milliards de dollars auraient été détournés en pots-de-vin. Ce montant représente environ 3% des échanges de la planète pour cette même période.

^{2[3]} Ratifiée par la France en 2006 (décret n° 2006-113 du 4 septembre 2006 – JO du 6 septembre 2007).

11 - **L'Asia-Pacific Economic cooperation (APEC)** : Développe également un programme de lutte contre la corruption.

12 - **La Banque mondiale** : A élaboré un Programme de gouvernance anti-corruption et des indicateurs de gouvernance intégrant la lutte contre la corruption. Le **Fonds monétaire international** et la **Banque asiatique de développement** suivent la même politique. Les programmes d'aide et d'investissement mis en place par ces organismes sont subordonnés à une lutte efficace des États bénéficiaires contre la corruption.

13 - **L'Organisation mondiale du Commerce (OMC)** : Participe également de la lutte contre la corruption dans les échanges internationaux.

14 - **L'Union européenne** : L'Acte du Conseil du 26 mai 1997 établit^{1[4]} la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne^{2[5]}. En outre, le traité sur l'Union européenne a identifié la lutte contre la corruption comme un moyen majeur de créer un espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Pour cette raison, le Conseil européen de Tampere de 1999, consacré aux questions de justice et d'affaires intérieures, a arrêté plusieurs plans d'action de l'Union européenne relatifs à la prévention et au contrôle du crime organisé. Il invite la Commission et les États membres à mettre sur pied une approche pluridisciplinaire du phénomène de la corruption.

15 - **Le Conseil de l'Europe** : A fait adopter une Convention pénale sur la corruption signée à Strasbourg le 27 janvier 1999, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Cet instrument vise à incriminer de manière coordonnée un large éventail de conduites de corruption et à améliorer la coopération internationale pour accélérer ou permettre la poursuite des corrupteurs et des corrompus. Sa mise en œuvre est suivie par le "Groupe d'États contre la corruption – le GRECO -, entré en action le 1er mai 1999. Ce mécanisme est chargé de l'évaluation des mesures mises en œuvre par les États pour lutter contre la corruption. Ouvert aux États membres du Conseil de l'Europe et à des États non membres sur un pied d'égalité, il est chargé du suivi, non seulement de cette Convention, mais aussi de l'application des principes directeurs dans la lutte contre la corruption et des autres conventions ou textes juridiques mis au point au Conseil de l'Europe dans le cadre de son Programme d'action contre la corruption.

B - L'action des organisations non gouvernementales

16 - Parmi les organisations internationales s'intéressant à la lutte contre la corruption se distinguent principalement Transparency International, Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption

17 - Le contexte international constitué par ces programmes et conventions de lutte contre la corruption incite les États à renforcer les dispositifs internes visant aux mêmes fins. Y

^{1[4]} Sur la base de l'article K.3 par. 2 point c) du traité sur l'Union européenne.

^{2[5]} JO C 195 du 25.6.1997.

contribue également l'action diplomatique de certains États comme la France.

C – L'action diplomatique française dans la lutte contre la corruption

18 – La diplomatie française est en effet engagée dans la lutte contre la corruption^{1[6]}. Le lien direct entre la corruption et la défaillance de l'État fait de la transparence et de la responsabilité les principes fondamentaux guidant les actions de la Coopération française. Il s'agit de construire une culture déontologique dans l'ensemble des champs où intervient le régulateur public ou relevant de l'État : finances publiques, police et justice, santé, éducation, état-civil, commerce international. Ainsi, la lutte contre la corruption recoupe un grand nombre d'objectifs :

- Affermir la démocratie, en réprimant le financement irrégulier des formations politiques et le trafic d'influence ;
- Consolider l'État de droit, en assurant en particulier l'indépendance, l'impartialité et l'équité du système judiciaire ;
- Préserver les fonds publics, en garantissant la régularité des marchés, le bon fonctionnement des systèmes fiscaux et douaniers, et en bannissant le détournement d'actifs publics ;
- Garantir une concurrence loyale, en proscrivant la pratique des commissions par le secteur privé ;
- Lutter contre le crime organisé, dont les activités se développent en partie à cause de la corruption.

19 - Pour atteindre ces objectifs, notre action diplomatique soutient l'effectivité de la mise en œuvre des dispositifs nationaux anti-corruption. Elle encourage la formulation d'une définition de la corruption qui recouvre la réalité locale des faits, l'instauration d'une culture du contrôle et l'amélioration de la détection et de la sanction des faits. Le renforcement des contrôles tant financiers (par les Cours des comptes, les tribunaux administratifs), que politiques (par les Assemblées nationales), permettent de limiter le pouvoir discrétionnaire des administrations centrales et locales et partant de réduire les risques de comportement déviants. Les programmes de formation des fonctionnaires, la professionnalisation du recrutement, l'organisation de plans de carrière et l'augmentation des rémunérations contribuent à la limitation de ces risques. La lutte contre la corruption implique également une simplification des procédures administratives, ainsi qu'une sensibilisation et une association de la société civile. L'action diplomatique française œuvre au renforcement des moyens d'actions des populations, notamment par la mise en œuvre de centres d'information et d'aide juridique.

^{1[6]} Document de positionnement établi par le ministère des Affaires étrangères et européennes.

20 - Dans les pays où une part importante de leur économie est liée à l'exploitation des ressources naturelles extractives, le ministère des Affaires étrangères et européennes soutient l'initiative EITI (Initiative de Transparence dans les Industries Extractives) en faveur de la transparence des flux financiers liés à ces ressources.

21 - La France accompagne enfin la transposition et la mise en œuvre des conventions internationales dans les pays concernés (Convention dite « de Palerme » sur le crime organisé, Convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers, Convention des Nations Unies « dite de Merida » sur la Corruption, initiative Stolen Asset Recovery StAR de la Banque mondiale et de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime : ONUDC). Elle joue également un rôle très actif de plaidoyer au sein des instances internationales, et s'efforce de renforcer la coordination des acteurs engagés dans la lutte contre la corruption à différents échelons et secteurs d'activité.

II – Le contrôle en France de la corruption des agents publics

22 – En France comme ailleurs on peut distinguer deux formes de lutte contre la corruption : l'action préventive (A) et l'action répressive (B)

A – L'action préventive de lutte contre la corruption des agents publics

23 - De nombreuses institutions politiques et administratives sont impliquées dans la prévention de la corruption, en exécution de leurs missions propres. Est spécialement à signaler l'action de la Cour des comptes et Chambres régionales des comptes, chargées de vérifier les comptes publics ainsi que celle de la Cour de discipline budgétaire qui sanctionne les comptables publics corrompus.

24 – En outre, deux institutions sont principalement concernées par la lutte anti-corruption : le Service du Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) et le Service central de prévention de la corruption (SCPC).

- **TRACFIN** est la cellule française de lutte anti-blanchiment. Elle dépend des ministres chargés de l'Économie et de la fonction publique. Créé en 1990, Tracfin concourt au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

- **Le Service Central de la Prévention de la Corruption (SCPC)** est un service interministériel placé auprès du ministre de la Justice. Créé en 1993^{1[7]}, il est chargé de centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption, du trafic d'influence, de la concussion, de la prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Il prête son concours à toutes les formes d'action publique, judiciaire ou administrative de lutte contre la corruption.

^{1[7]} Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

25 – De multiples évaluations et enquêtes sur le phénomène de corruption à l'échelon international ou interne sont réalisées sur le phénomène de corruption par des organisations internationales (Observatoire de l'OCDE) ou des organisations non gouvernementales (Transparency International). En France est à citer le programme de recherche du Centre de recherches politiques de Sciences Po^{1[8]} sur le thème « Corruption et démocratie ».

26 - Qu'elle soit nationale ou internationale, la lutte contre la corruption constitue en France l'un des axes principaux de la lutte contre la délinquance économique et financière^{2[9]}. C'est la raison pour laquelle, notre pays a soutenu l'élaboration, sous l'égide de l'Union européenne et de l'OCDE, de diverses conventions dont l'objectif commun était de faire obligation aux États parties de renforcer leurs instruments juridiques afin d'incriminer et de sanctionner, par des peines efficaces, proportionnées et dissuasives, les faits de corruption internationale. En 2000^{3[10]}, les dispositions pénales de cette convention ont été transposées dans notre droit interne.

27 - De même, la France a signé à Mérida (Mexique), le 9 décembre 2003, la Convention des Nations unies sur la corruption comprenant, outre un volet prévention et incriminations, des dispositions relatives à la restitution des avoirs tirés de la corruption.

28 - Parallèlement à cette activité normative, la France a fait l'objet depuis l'année 2000 de diverses évaluations portant sur sa politique de lutte contre la corruption, tant par l'OCDE que par le Conseil de l'Europe. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'évaluation faite par le GRECO (Groupe d'États contre la corruption) a porté sur le respect des principes directeurs établis par le Conseil de l'Europe^{4[11]}. Ces principes ont trait à l'indépendance, à l'autonomie et aux pouvoirs des personnes et agences responsables de la prévention, des enquêtes, des poursuites et des sanctions concernant les infractions de corruption, à la spécialisation, aux moyens et à la formation desdites personnes ou agences, enfin aux immunités dans les enquêtes, les poursuites et les sanctions concernant les infractions de corruption. Les rapports d'évaluation de la France par le GRECO soulignent le caractère satisfaisant du système français de lutte contre la corruption, qu'elle soit interne ou internationale.

29 - A l'issue de ces deux évaluations, diverses recommandations, de portée très variable, ont pu être formulées. Elles visent à renforcer l'efficacité des dispositifs de détection, d'enquête, de poursuite ou de jugement existants, ainsi qu'à assurer l'effectivité des normes de droit positif d'incrimination et de sanction.

B – La répression de la corruption des agents publics

^{1[8]} L'UMR Sciences Po/CNRS n° 7048 : CEVIPOF.

^{2[9]} Circulaire du ministre de la Justice de présentation des évaluations de la France par l'OCDE et le GRECO et fixant des orientations de politique pénale (CRIM 2004-06 G3/21-06-2004 NOR : JUSD0430119C).

^{3[10]} Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relative à la lutte contre la corruption.

^{4[11]} Résolution (97)24 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

1 - La répression judiciaire

30 – Dans la conception pénale française, comme dans beaucoup d’autres systèmes répressifs, il existe deux sortes de corruption : une forme passive, qui désigne les actes de la personne investie d’une fonction qui sollicite ou accepte par faiblesse ou par intérêt un don ou une offre. Cette personne est le corrompu ; une forme active, qui désigne les actes du tiers qui s’efforce d’obtenir, moyennant don ou promesse d’une personne chargée d’une fonction qu’elle accomplisse ou n’accomplisse pas un acte de sa fonction. Cette personne est le corrupteur. La corruption suppose par conséquent des actes frauduleux accomplis par deux personnes agissant de concert, le corrupteur et le corrompu, complices l’un de l’autre. Selon la jurisprudence française, la corruption suppose deux faits principaux dont l’un ne saurait être considéré comme l’accessoire de l’autre puisque, chacun des deux agents qui concourent à l’infraction, l’un en corrompant et l’autre en se laissant corrompre, joue un rôle égal. La corruption passive constitue un délit distinct de celui de la corruption active. Un programme de contrôle de la corruption doit s’intéresser autant au corrupteur qu’au corrompu. Toutefois, s’agissant de contrôler le comportement des agents de l’État, seule sera examinée la corruption passive.

A - Sources du droit pénal français de la corruption

31 - Dans le code pénal de 1810, un seul texte^{1[12]}, regroupait toutes les hypothèses de corruption.

32 - Aujourd’hui, l’incrimination de la corruption est diversifiée. Certains cas particuliers de corruption sont traités hors code pénal.

- Le code du travail^{2[13]} réprime le fait pour tout directeur ou salarié de solliciter ou d’agréer des offres, dons ou présents pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte de sa fonction : c’est la corruption d’employé.

- Le code de la santé publique^{3[14]} réprime spécialement la corruption en matière médicale en interdisant aux membres des professions médicales de recevoir des avantages (comme des voyages ou cadeaux divers) d’entreprises fabriquant des produits pris en charge par la sécurité sociale.

33 - L’essentiel de la matière de la corruption se trouve dans le code pénal de 1994.

- La disposition générale est contenue dans l’article 432-11 du code pénal.

- Le code pénal prévoit une incrimination spécifique pour la corruption du magistrat^{4[15]}. Si les éléments constitutifs de l’infraction sont identiques, la peine

^{1[12]} Art. 177 de l’ancien code pénal.

^{2[13]} Art. L. 152-6 du code du travail.

^{3[14]} Art. L. 365-1, L. 376-2 et 3, et L. 510-9-4 du code de la santé publique,

^{4[15]} Art. 434-9 du code pénal.

normale est de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende, mais si l'infraction est commise au bénéfice ou au détriment d'une personne objet de poursuites criminelles, la peine est aggravée (elle passe à quinze ans d'emprisonnement et à 225 000 € d'amende).

- Le droit interne s'est complété d'un droit international de la corruption par une loi du 30 juin 2000 qui intègre au dispositif répressif national :

1°) la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne faite à Bruxelles le 26 mai 1997 ;

2°) la Convention O.C.D.E. relative à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997 à Paris.

34 – Définition générale - La corruption passive est définie par l'article 432-11 du code pénal. Est puni « *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, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques :*

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

Cette infraction est une atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. C'est pourquoi ses éléments sont conçus assez largement et sa répression sévère.

35 – La corruption passive est à distinguer de la concussion^{1[16]}. Alors que dans la première, le fonctionnaire malhonnête sollicite ou obtient des avantages d'une personne que celle-ci est libre de ne pas accorder, dans la seconde, le fonctionnaire exige des sommes qu'il sait excessives et au paiement desquelles la victime ne peut pas se soustraire.

36 - Éléments constitutifs de la corruption passive

37 – **Auteur** - L'article 432-11 du code pénal vise une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public. Le

^{1[16]} Art. 432-10, du code pénal.

texte s'applique par exemple aux officiers et agents de police judiciaire^{1[17]} comme aux fonctionnaires de toutes catégories, aux membres du Parlement, sénateurs ou députés ainsi qu'aux élus locaux, maires par exemple.

38 – **Procédé** - L'article 432-11 du code pénal concerne le fait « de solliciter ou d'agréer, sans droit, ou à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques ». Il y a corruption passive non seulement si la personne exerçant une fonction publique accepte ce qu'on lui offre, mais également si elle prend l'initiative de réclamer un avantage. L'objet de la prestation dont bénéficie le corrompu est très largement entendu, c'est un avantage quelconque.

39 - **But** - Tel qu'indiqué par l'article 432-11 du code pénal, le but de l'incrimination est double : il peut s'agir de corruption passive proprement dite, ou de trafic d'influence. Dans la corruption passive proprement dite l'avantage est offert ou consenti « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction, de la mission ou du mandat, ou facilité par la fonction, la mission ou le mandat ». Il faut évidemment un rapport de causalité entre le pacte de corruption et la fonction de l'agent. Dans le trafic d'influence, l'avantage est offert ou consenti « pour abuser de l'influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

40 – **Répression** - Délit particulièrement grave dans une société où, devant l'ampleur des mécanismes administratifs et politiques, les personnes exerçant une fonction publique doivent être au-dessous de tout soupçon, la corruption passive est sévèrement réprimée : dix ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende sont encourus par l'agent corrompu. En outre, l'agent encourt à titre de peine complémentaire facultative l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'agent corrompu, enfin l'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation^{2[18]}.

41 – **Extranéité**. - La matière est traitée dans un chapitre du code pénal introduit par la loi du 30 juin 2000, en application de la Convention européenne de lutte contre la corruption, au sein du titre III du Livre IV et intitulé « Des atteintes à l'administration publique des Communautés européennes, des autres États étrangers et des organisations internationales

^{1[17]} **Le directeur de la police judiciaire** (Cass. crim., 5 janv. 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, jurispr. p. 411) ; les commissaires de police (Cass. crim., 22 févr. 1855 : Bull. crim. 1855, n° 54. – Cass. crim., 13 juill. 1934 : DH 1934, p. 510. – T. corr. Nanterre, 28 avr. 1989, aff. Jobic : Gaz. Pal. 1989, 2, jurispr. p. 857, concernant un commissaire relaxé après des poursuites intentées sur la plainte non fondée - **Les inspecteurs de police** (Cass. crim., 7 sept. 1935 : Gaz. Pal. 1935, 1, jurispr. p. 694. – Cass. crim., 13 déc. 1945 : Bull. crim. 1945, n° 145 ; JCP G 1946, IV, p. 17. – Cass. crim., 17 nov. 1955 : Bull. crim. 1955, n° 494. – T. corr. Saint-Lô, 22 janv. 1947 : Gaz. Pal. 1947, 1, jurispr. p. 92) - **Les agents de police** (Cass. crim., 31 janv. 1902 : Bull. crim. 1902, n° 43. – Cass. crim., 17 juill. 1924 : Bull. crim. 1924, n° 290. – Cass. crim., 10 juin 1948 : Gaz. Pal. 1948, 2, jurispr. p. 35. – Cass. crim., 28 janv. 1987 : Bull. crim. 1987, n° 47 ; Rev. sc. crim. 1987, p. 685, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire. – T. corr. Castres, 6 nov. 1946 : JCP G 1946, II, 3347, note RA) - **Les gendarmes** (CA Nîmes, 27 déc. 1852 : S. 1853, 2, p. 11 ; DP 1853, 2, p. 108. – Comp. T. enfants Sarreguemines, 11 mai 1967 : JCP G 1968, II, 15359, note P.-A. Sigalas ; Rev. sc. crim. 1968, p. 329, obs. A. Vitu).

^{2[18]} Art. 432-17 du code pénal.

publiques^{1[19]}. Les articles 435-1 et suivants du code pénal énumèrent les agissements répréhensibles, les sanctions prévues et certaines règles de procédure particulières. Les incriminations et les peines sont identiques à celles de l'infraction générale de « corruption passive » ; la différence réside dans la personnalité des auteurs. L'article 435-1 du code pénal incrimine la corruption passive impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne. Les articles 435-2 à 435-4, du code pénal incriminent la corruption active commise sur les mêmes personnes.

42 - Selon le nouvel article 689-8 du code de procédure pénale^{2[20]}, les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des faits de corruption commis par des agents agissant à l'étranger. Dans l'optique de cette disposition, le délit a été commis hors de France mais son auteur s'y trouve. Il s'agit d'une nouvelle application du principe de l'universalité du droit de punir, cette application s'appuyant toujours sur des conventions internationales.

B - Les particularités de la mise en œuvre des dispositions pénales

43 – **Détection** – En raison du caractère occulte des manœuvres corruptrices, la découverte de la corruption se fait surtout lors de l'analyse des comptes de l'entreprise à laquelle appartient le corrupteur. Ce qui implique une coopération de toutes les administrations ou professions qui, à un titre quelconque, examinent les comptes des opérateurs économiques pour inciter ces vérificateurs à informer le ministère public des éléments de nature à révéler des faits de corruption découverts dans l'exercice de leurs fonctions propres. En outre une loi de 2004^{3[21]} impose à certaines professions juridiques et judiciaires une obligation de déclaration de soupçon lorsqu'ils sont l'intermédiaire de transaction portant sur des sommes qui pourraient provenir de la corruption.

46 – **Enquêtes** – En raison de leur complexité, les enquêtes portant sur la corruption sont confiées à des services de police spécialisés, soit au niveau central (l'Office central de répression de la grande délinquance financière (OCRGDF), soit au niveau régional.

44 – Poursuite et instruction - Les affaires de corruption présentant en général une réelle difficulté technique, des dispositions de procédure ont été prévues afin de les faire traiter par le ministère public attaché à une juridiction spécialisée en matière économique et financière^{4[22]}. Ces règles dérogatoires permettent ensuite de confier l'affaire à un juge spécialement qualifiée pour ce type d'infractions^{5[23]}. Il est encore possible de renvoyer à une juridiction nationale investie d'une compétence exclusive les affaires les plus importantes et complexes. Des procédés de centralisation des informations au niveau européen sont prévus pour les affaires de dimension extranationale afin d'avoir une vue générale des poursuites engagées au sein de l'Union européenne.

^{1[19]} Art. 435-1 à 435-6 du code pénal.

^{2[20]} Créé par la loi du 30 juin 2000.

^{3[21]} Loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

^{4[22]} Art. 704, al. 2 nouveau du code de procédure pénale,

^{5[23]} Art. 705-1 du nouveau code de procédure pénale.

45 – Action de la victime – Outre la condamnation pénale, la sanction de la corruption peut consister à payer des dommages et intérêts. Le corrupteur ne peut toutefois réclamer des réparations pécuniaires. Selon la jurisprudence, la personne qui, de mauvaise foi, a remis une somme d'argent à l'auteur principal d'un délit de trafic d'influence ou à son complice, en vue d'obtenir une décision favorable d'une autorité publique, est irrecevable à se constituer partie civile contre eux^{1[24]}. Il en est quelquefois autrement jugé, si la remise d'argent a été effectuée sous la contrainte. Un tiers, totalement étranger au pacte de corruption, peut en tout cas invoquer le préjudice matériel et moral résultant d'un pacte de corruption.

2 – La répression administrative – [voir intervention de Terry Olson]

Conclusion

46 - En définitive, la lutte contre la corruption impose l'élaboration d'une stratégie globale mobilisant tout à la fois les instruments administratifs et judiciaires dont dispose l'État, dans le respect des droits fondamentaux de la personne, les techniques de prévention et de répression. Elle engage aussi toute la palette de l'action sur les individus, de la formation éthique à dissuasion, l'efficacité du système répressif, la cohérence des différentes législations nationales et la coopération internationale.

^{1[24]} Cass. crim., 7 févr. 2001 : Juris-Data n° 2001-008890 ; Bull. crim. 2001, n° 38 ; dr. pén. 2001, comm. n° 82, obs. M. Véron ; JCP G 2001,

Le contrôle de la corruption des fonctionnaires en France
(Répression disciplinaire)
Terry Olson

La présente communication a pour seul objet de prolonger l'exposé par lequel le président Guy Canivet, après avoir rappelé le contexte international dans lequel s'inscrit la lutte contre la corruption, a précisé les sources du droit applicable en France en la matière en rappelant quelles étaient les principales incriminations définies tant par le code pénal que par certains instruments distincts faisant partie intégrante de la répression de la corruption des fonctionnaires, dans sa dimension pénale.

Ainsi qu'il l'a souligné à juste titre, les manquements liés à la corruption au sens large – il a mis en évidence la richesse et la relative complexité de cette notion – ne sont pas soumis exclusivement à la répression pénale ; ils relèvent aussi d'un régime de sanctions disciplinaires.

En droit français, l'action pénale et l'action disciplinaire paraissent dans une certaine mesure complémentaires. Ceci est logique dès lors que l'une et l'autre, tout en sanctionnant une même personne à raison du même fait, obéissent à des fins distinctes :

- la *sanction pénale tend à réprimer un acte nuisible à la société tout entière*. Bien entendu l'administration à laquelle appartient le fonctionnaire et plus généralement l'agent public – ceci est vrai d'ailleurs pour les civils comme pour les militaires – est au service du corps social tout entier, mais lorsqu'un fonctionnaire fait l'objet d'une sanction pénale la juridiction qui la lui inflige agit « Au nom du Peuple français » avant tout pour défendre la société ;
- la sanction disciplinaire se situe sur un registre différent. L'administration qui la prononce agit en quelque sorte comme *un régulateur du comportement de ses agents*, pour infliger à un agent la punition qu'il mérite, pour rappeler aux autres agents que certains manquements les exposent à de sérieuses conséquences, mais aussi à certains égards pour garantir sa crédibilité et sa légitimité vis-à-vis de la société. En effet la société ne pourrait durablement admettre que l'administration laisse s'installer en son sein une situation dans laquelle des abus seraient commis, seraient connus mais non sanctionnés. C'est rapidement l'autorité et l'efficacité de l'action publique qui seraient menacées.

En vertu de l'article 29 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ».

La faute est elle-même définie avec une certaine souplesse : il n'existe aucune définition législative de la faute et quant aux textes réglementaires portant statut des corps ou cadres d'emplois, ils ne comportent aucune énumération de fautes : on n'y trouve aucun

« catalogue » de fautes. La faute se définit donc comme un manquement à une obligation pesant sur le fonctionnaire, obligation qui peut être écrite ou non écrite.

Dès ce stade, on comprend que la faute disciplinaire présente par rapport à la faute pénale une différence de nature. Une faute pénale doit répondre à une définition donnée par le législateur - s'il s'agit d'un crime ou d'un délit - ou par le pouvoir réglementaire s'il s'agit d'une contravention. Le texte instituant l'infraction pénale doit définir avec précision le comportement qu'il entend sanctionner. Le rôle essentiel du juge répressif est d'apprécier si l'infraction est constituée, autrement dit si les faits retenus à l'encontre de la personne poursuivie répondent bien à la définition donnée par le texte servant de fondement à la poursuite.

La sanction disciplinaire répond à un cheminement intellectuel différent. L'autorité compétente doit constater certains faits puis elle leur donne, si elle s'y croit fondée, une qualification fautive en tenant compte :

- bien entendu des faits eux-mêmes et de leur degré de gravité ;
- des conditions dans lesquelles ils sont survenus, ces éléments de contexte pouvant selon les cas contribuer soit à aggraver la faute soit à l'atténuer ;
- de la personnalité du fonctionnaire en cause, et des conditions dans lesquelles il a servi depuis le début de sa carrière ;
- éventuellement de ce qu'on peut appeler la politique disciplinaire suivie par l'administration en une époque donnée pouvant conduire à sanctionner soit plus sévèrement soit moins sévèrement certains types de manquements, pour répondre à la sensibilité ou aux attentes particulières du corps social qui peuvent varier avec le temps : précisément au cours des années 90 les atteintes à la probité ont été sanctionnées avec une sévérité accrue.

Enfin l'autorité investie du pouvoir disciplinaire doit choisir la sanction à partir d'une échelle, échelle qui est en quelque sorte « muette », en tenant compte de la nature des fonctions exercées par l'agent et des missions du service (26 janvier 2000 La Poste p.22). C'est ce choix là qui diverge par rapport à la matière pénale. Ainsi la différence fondamentale entre la sphère pénale et la sphère disciplinaire doit être soulignée : le texte pénal décrit le comportement prohibé et fixe la sanction correspondante, tandis qu'en matière disciplinaire les textes législatifs ou réglementaires fixent une échelle de sanctions mais sans mettre en regard de chacune des sanctions prévues les comportements qu'elles ont vocation à sanctionner.

Je me propose d'articuler cette présentation en examinant trois séries de questions :

- La répression disciplinaire des manquements relevant de la corruption, qui ne trouve à s'appliquer en France que de manière assez exceptionnelle, s'inscrit dans la volonté de garantir le désintéressement des agents publics.
- L'action disciplinaire, qui présente des particularités, est entourée de garanties de procédure et ouvre à la hiérarchie administrative une gamme de punitions large.

- le contrôle exercé par le juge, qui est toujours très exigeant quant au respect des garanties de procédure auxquelles l'agent a droit, s'inscrit en cas de corruption dans une jurisprudence dont l'orientation d'ensemble est sévère pour les agents convaincus de tels faits.

1. La répression disciplinaire des manquements relevant de la corruption, qui ne trouve à s'appliquer en France que de manière assez exceptionnelle, s'inscrit dans la volonté de garantir le désintéressement des agents publics.

1.1. De tels manquements surviennent de manière assez exceptionnelle

Si l'on tente de faire un état des lieux il n'est guère facile de déterminer avec précision le nombre de sanctions pour corruption qui sont prises chaque année. La seule certitude est que ce nombre est en France limité.

Le conseiller d'Etat Marcel POCHARD a publié il y a quelques années une étude (Actualité juridique – Droit administratif – cahier spécial 2003-3) où il est écrit ceci :

« Les gestionnaires répugnent à exercer leur pouvoir disciplinaire, notamment pour ce qui est de la discipline quotidienne : respect des horaires, absentéisme, délais de réponse, négligence dans le traitement des dossiers. Ceci explique le nombre infime de sanctions courantes comme le blâme ou l'avertissement (environ 3500 par an), pourtant les plus adaptées à ces manquements quotidiens qui sont la plaie de la fonction publique. Les sanctions les plus lourdes sont elles-mêmes peu pratiquées (285 révocations en 1998). Surtout, elles ne sont vraiment mises en œuvre que pour un type de manquement, le détournement direct des deniers publics ».

Ainsi à l'échelle de la fonction publique française le nombre de sanctions est faible et parmi les sanctions les plus sévères frappant les auteurs de manquements à la probité les quelques centaines de sanctions prononcées chaque année portent plus sur des actes de détournement direct – le fonctionnaire qui « vole dans la caisse » - que sur des actes de corruption.

L'examen du recueil Lebon (recueil annuel des principales décisions des juridictions administratives françaises) et des bases de données de la jurisprudence administrative conduit à la même observation ; le nombre des requêtes formées dans des affaires de sanctions pour corruption est faible. On peut en déduire, sans trop de risque de se tromper, que la corruption n'est pas dans la fonction publique française un phénomène massif. Même limités à des cas relativement rares, les faits de corruption n'en doivent pas moins être punis avec sévérité.

Les procédures disciplinaires ouvertes, en nombre très limité, visent essentiellement trois catégories de fonctionnaires :

- des fonctionnaires de l'administration fiscale, concluant des ententes avec des entreprises pour ne pas effectuer ou pour orienter des contrôles fiscaux de l'activité de cette entreprise ;
- des fonctionnaires concluant des marchés et acceptant des avantages en contrepartie de l'octroi du marché ;
- des fonctionnaires de police, acceptant des présents en échange d'une attitude bienveillante envers telle ou telle personne, exploitant notamment des établissements nocturnes de type bars ou discothèques.

On peut donc se faire une idée relativement précise du « profil » du fonctionnaire exposé à un risque de corruption. Il est donc possible, en mettant en place des contrôles internes appropriés et en exerçant une surveillance vigilante, de créer les conditions favorables à une action disciplinaire efficace.

1.2. L'action disciplinaire appliquée aux manquements liés à la corruption s'inscrit dans la volonté de garantir le désintéressement des fonctionnaires.

Le souci de préserver la dignité de la fonction publique apparaît comme la principale raison d'être de l'obligation de désintéressement. Celle-ci signifie que les fonctionnaires ne sont pas autorisés à avoir, à titre personnel, des intérêts susceptibles d'entrer en opposition avec les intérêts de l'administration qui les emploie. Dans un sens plus large, elle vise aussi à protéger la réputation de l'administration en imposant au fonctionnaire une obligation d'honnêteté, de probité et de moralité financière. Il s'agit donc d'une obligation d'abstention, d'une obligation de ne pas faire. En effet, l'agent est tenu de ne pas tirer profit de l'exercice de ses fonctions afin de ne pas compromettre son indépendance.

L'obligation de désintéressement prohibe donc les manquements à la probité et garantit l'honnêteté du fonctionnaire. Cette obligation repose surtout sur la jurisprudence et peu sur les lois applicables. En effet ni les statuts généraux de la fonction publique ni la loi du 13 juillet 1983 ne font explicitement référence à l'obligation de probité qui s'impose au fonctionnaire. C'est donc la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a conduit à affirmer cette obligation et à en préciser la portée.

Une décision intéressante à cet égard est l'arrêt Martineau rendu par le Conseil d'Etat le 23 septembre 1987 (Revue française de droit administratif 1988 p.490). Saisi à propos d'une mesure disciplinaire de révocation, il a constaté l'immixtion d'un fonctionnaire des impôts dans la gestion de certains dossiers, sans motifs de service et à l'insu du véritable gestionnaire du secteur, à laquelle il faut aussi ajouter le fait d'avoir procédé par complaisance à des contrôles sommaires ou insuffisants de la situation fiscale de plusieurs contribuables, dont certains étaient d'ailleurs, sans qu'il pût ignorer, fictivement domiciliés dans son secteur de compétence. Sachant, de plus, que ce fonctionnaire a irrégulièrement accordé ou permis d'obtenir à certains contribuables d'importants avantages fiscaux, et qu'il a reçu par deux fois des sommes d'argent de l'un de ces contribuables et n'a pas pu sérieusement justifier la cause de ces versements, le Conseil d'Etat a jugé que l'ensemble de ces faits étaient « *contraires à*

l'honneur et à la probité » et justifiaient bien une mesure de révocation.

Il est donc intéressant de constater que devant l'accumulation de tels faits, le juge n'a pas hésité à ajouter aux obligations énoncées dans les statuts de la fonction publique les devoirs d'honnêteté et de probité. Ce n'est d'ailleurs pas tant l'attitude du juge et le recours à de tels principes qui peuvent surprendre, mais plutôt la faible précision des textes à ce sujet.

Pour identifier l'atteinte à la probité, le juge utilise la méthode classique du faisceau d'indices, et l'on ne prend guère de risques en affirmant que, dans l'esprit du juge, c'est l'accumulation et le gravité des faits reprochés et avérés qui justifient la sanction, même s'il peut arriver qu'un fait isolé puisse suffire.

L'arrêt Martineau n'est cependant pas la première décision dans laquelle le juge, même en l'absence de texte, érige en devoir l'obligation de probité du fonctionnaire. Le Conseil d'Etat avait eu, déjà auparavant, l'occasion de décider qu'un officier de police principal s'était rendu coupable « *d'une faute grave contre l'honneur professionnel et la probité* » en s'entremettant pour obtenir le classement de poursuites pour infraction à la législation économique et en acceptant à ce titre une somme d'argent (CE 15 octobre 1969 Préfet de police c/ Schweitzer p.433). Assez récemment, le juge administratif a déclaré contraire à l'honneur et à la probité le fait pour un inspecteur de police de détenir dans son bureau un pistolet automatique sans autorisation légale et des bijoux que son frère lui avait fait remettre, alors qu'un vol avec arme avait été commis peu de temps auparavant dans une bijouterie de la ville (Cour administrative d'appel de Paris 28 novembre 1995 Bartoli n°95PA00197).

C'est bien entendu pour garantir l'honnêteté et la probité des serviteurs de la chose publique, que le Conseil d'Etat a érigé en principe général du droit de la fonction publique l'interdiction faite aux agents publics de se faire, directement et personnellement, rémunérer par les usagers du service. Il est, par exemple, impossible de subordonner une décision relative à la carrière d'un fonctionnaire au versement d'une somme d'argent. Mais le juge interdit aux collectivités publiques d'exiger le reversement, à leur profit, des dons ou présents reçus par leurs agents pour obtenir ou tenter d'obtenir des décisions favorables de l'autorité publique. Il serait en effet difficile d'admettre que des sommes illégalement perçues par des fonctionnaires, profitent en définitive à leur employeur. Cela conduirait à une sorte de blanchiment légalisé de l'argent issu de faits de corruption, ce qui serait inacceptable.

En conclusion sur ce point, on voit que la répression disciplinaire des faits liés à la corruption s'inscrit dans un ensemble plus vaste qui tend à protéger l'indépendance des fonctionnaires, en les mettant en situation d'agir et de décider uniquement en fonction de l'intérêt général.

2. L'action disciplinaire, qui présente des particularités, est entourée de garanties de procédure et ouvre à la hiérarchie administrative une gamme de punitions large

2.1. L'action répressive interne à l'administration ou action disciplinaire présente des particularités

Il convient de bien comprendre comment s'articulent pour un même fait la répression pénale – dont le président Canivet vient de vous entretenir - et la répression administrative ou disciplinaire.

Les principes fondamentaux en la matière peuvent être ainsi résumés.

Un même fait peut être sanctionné à la fois – et dans un ordre indifférent – par une sanction pénale et par une sanction disciplinaire. Punir deux fois le même fait est impossible dans le cadre de l'action pénale ; c'est aussi impossible dans le seul cadre de l'action disciplinaire. En revanche le même fait peut être sanctionné deux fois : une fois disciplinairement et une fois au pénal. Y compris en ce cas la règle du « *non bis in idem* » est respectée.

On dit qu'il y a indépendance entre les deux procédures. Cela est logique car un grand nombre de faits pouvant être sanctionnés disciplinairement ne peuvent donner lieu à une sanction pénale ; c'est le cas des fautes les plus légères pouvant être commises par un fonctionnaire – par exemple arriver en retard le matin pour prendre son service.

Il faut souligner qu'en matière de faits de corruption, le principe d'indépendance s'applique mais un même fait pourra pratiquement dans tous les cas être puni devant le juge pénal et être sanctionné disciplinairement. Cela tient au fait que ces manquements sont parmi les plus graves qu'un fonctionnaire puisse commettre.

Jusqu'où va le principe de l'indépendance des procédures pénale et disciplinaire ? Ceci pose la question de l'autorité de la chose jugée devant le juge pénal. La règle appliquée en France est que cette autorité de chose jugée n'a d'effet sur l'administration – et donc sur le juge administratif – qu'en ce qui concerne l'exactitude matérielle des faits et bien entendu leur qualification pénale (CE Ministre de l'Intérieur c/ Desamis p.19). On dit parfois que la procédure disciplinaire est liée par les constatations de faits opérées par le juge pénal ; on dit aussi que la constatation de l'inexistence matérielle des faits s'impose aux instances disciplinaires et au juge administratif qui les contrôle. Cette autorité de chose jugée ne joue cependant pas en cas de non-lieu.

2.2. Entourée de garanties de procédure, l'action disciplinaire ouvre à la hiérarchie administrative une gamme de punitions large.

Même lorsque des indices graves et concordants laissent à penser qu'un fonctionnaire a commis des manquements très graves – des faits de corruption par exemple – il faut se montrer très exigeant quant au respect de la procédure qui est définie de manière précise, par les textes et aussi par des principes généraux du droit issus de la jurisprudence.

Cette rigueur est indispensable pour garantir que la sanction soit prononcée après que toutes les parties en présence aient été entendues, que les faits aient pu être discutés, que les pièces destinées à établir ces faits aient été soumises à un débat critique. La sanction ne doit être prononcée – et ne peut avoir un effet d'exemple – que si toute la lumière a été au préalable

faite. Il s'agit d'éviter le risque d'arbitraire et de donner à la sanction sa légitimité et son efficacité.

La procédure est contradictoire, ce qui veut dire que le fonctionnaire a le droit d'obtenir la communication de son dossier administratif, et a bien entendu le droit qu'on lui notifie les raisons pour lesquelles une procédure disciplinaire est engagée contre lui. L'absence de communication du dossier entache la procédure d'irrégularité ; il en va de même si on lui communique un dossier incomplet.

Chaque fois qu'est susceptible d'être prononcée une sanction plus sévère que l'avertissement ou le blâme – c'est-à-dire en pratique dans tous les cas d'atteinte à la probité y compris les faits de corruption – un conseil de discipline doit être réuni. Le fonctionnement de ce conseil est précisé par le décret n°84-961 du 25 octobre 1984 sur la procédure disciplinaire. Il a une composition paritaire, ce qui veut dire qu'il compte autant de représentants de l'administration que de représentants élus du personnel. Ceux-ci doivent avoir, dans la hiérarchie des fonctionnaires, un rang au moins égal à celui du fonctionnaire poursuivi disciplinairement.

Lors de la procédure devant le conseil de discipline, le fonctionnaire poursuivi peut se faire assister par un avocat. Il est évidemment entendu par le conseil. Celui-ci procède aussi à l'audition des témoins cités par l'administration comme par le fonctionnaire poursuivi. Le conseil de discipline donne un avis, qui ne s'impose pas à l'administration mais qu'en réalité celle-ci suit assez fréquemment. Lorsque l'administration prononce une sanction, cette décision doit être motivée en fait comme en droit. Elle est donc obligée de mentionner les faits qu'elle retient à la charge du fonctionnaire, et indiquer les dispositions légales et réglementaires fondant la sanction.

La décision prononçant la sanction doit être notifiée au fonctionnaire, qui peut engager un recours administratif en demandant à ses supérieurs de réexaminer la question, en ne le sanctionnant pas ou moins sévèrement. Dans tous les cas il peut aussi former un recours contentieux devant le juge administratif.

La répartition classique distingue quatre groupes de sanctions par ordre de sévérité croissante :

- Premier groupe : avertissement ; blâme ; exclusion temporaire (pour quelques jours) ;
- Deuxième groupe : abaissement d'échelon ; exclusion temporaire (quantum plus élevé) ;
- Troisième groupe : rétrogradation ; exclusion temporaire (quantum encore plus élevé) ;
- Quatrième groupe : mise à la retraite d'office ; révocation.

Les faits de corruption, et plus généralement les manquements à la probité, sont considérés en France comme des actes appelant les sanctions les plus sévères. L'autorité administrative

prend naturellement en compte les particularités de chaque affaire – bien entendu le montant des sommes en cause - et tend à se montrer d'une rigueur particulière lorsque ce type de faits est aggravé par certains facteurs. Citons par exemple :

- la répétition dans le temps sur une période plus ou moins longue. Un fait isolé dans le temps peut être mis sur le compte d'un moment de faiblesse ou d'égarement mais tel n'est pas le cas d'un manquement qui se renouvelle ;
- le caractère organisé ou non des faits de corruption. Un fait commis en concertation avec d'autres personnes qui s'entendent pour frauder appelle une punition plus sévère que le fait d'un individu isolé.

En pratique un fait de corruption établi expose son auteur à une sanction correspondant au minimum à une sanction du troisième groupe. Ainsi, même dans le cas où elle n'entraîne pas l'exclusion du service, la procédure aboutit toujours à une mesure disciplinaire qui sanctionne fortement l'intéressé, soit financièrement soit dans le déroulement de sa carrière.

3. Le contrôle étendu qui est exercé par le juge vis-à-vis de toutes les sanctions s'inscrit en cas de corruption dans une jurisprudence dont l'orientation d'ensemble est sévère pour les agents ayant commis de tels faits.

3.1. Le juge exerce vis-à-vis de toutes les sanctions un contrôle étendu.

Le recours contentieux est porté normalement devant le tribunal administratif, mais pour les fonctionnaires de rang élevé l'affaire va directement devant le Conseil d'Etat.

En matière de sanctions le juge exerce un contrôle complet, à tous les stades moins un. Il soumet une sanction disciplinaire à toutes les vérifications auxquelles donne lieu le contentieux de l'excès de pouvoir et s'il est saisi de moyens en ce sens, il contrôle d'une manière pleine et entière :

- l'erreur de fait et s'assure donc que la sanction ne repose pas sur des faits matériellement inexacts (14 janvier 1916, Camino, p. 15 ; 5 juillet 1918, de Nouë p. 660 ; 21 juillet 1995 Capel T. p. 637) ;

- l'erreur de droit et s'assure à ce titre d'une part que le fonctionnaire a été sanctionné sur le fondement d'un texte qui lui était applicable et d'autre part que la sanction prononcée était effectivement prévue par ce texte (29 mars 1901 Sauvé p.361) ;

- la qualification juridique du fait sanctionné : il s'agit là du fait « de nature à ». Qualifier un fait consiste à lui reconnaître le caractère d'une faute (17 mai 1933, Delle GIRAUD p. 531 ; 13 juin 1990 Ministre de l'Intérieur c/ Occelli T. p. 562). Le juge vérifie donc que c'est à juste titre que l'administration a considéré que tel fait était susceptible d'être sanctionné.

Le juge de l'excès de pouvoir contrôle aussi bien entendu le détournement de pouvoir (16 novembre 1900 Maugras p. 617).

Il reste bien entendu un tout dernier élément, dont l'importance n'est certes pas négligeable, et qui concerne l'adéquation entre la sanction prononcée et la faute commise, autrement dit le choix de la sanction dans l'échelle des sanctions applicables, eu égard à la gravité du manquement constaté et qualifié comme tel.

La conception initiale du pouvoir discrétionnaire a longtemps conduit le juge de l'excès de pouvoir à refuser d'exercer sur le choix de la sanction quelque contrôle que ce soit. Le juge voulait y voir une question de pure opportunité échappant par nature à tout contrôle de légalité (20 janvier 1932, Merlet p. 70). Cette jurisprudence a prévalu y compris après l'entrée en vigueur du statut général des fonctionnaires en 1946 (15 février 1963 Leray p. 97).

Le Conseil d'Etat a choisi d'étendre son contrôle sur ce point à l'erreur manifeste d'appréciation par sa décision du 9 juin 1978, Lebon (p. 245). Cette décision était une décision de rejet ; la première application positive avec annulation de la sanction est intervenue quelques semaines plus tard par l'arrêt du 28 juillet 1978 Vinolay (p. 315).

La nature de ce contrôle a été récemment précisée lorsque le Conseil d'Etat a indiqué qu'en ce qui concerne le choix de la sanction prononcée vis-à-vis du fonctionnaire, il procédait en réalité à un contrôle de « disproportion manifeste » (CE 1er février 2006 Touzard p.38). Il faut noter que le juge annule une sanction de la même manière si elle lui semble manifestement trop sévère ou manifestement trop indulgente.

3.2. L'orientation d'ensemble de la jurisprudence est sévère en matière de faits de corruption.

Dans la majeure partie des cas de corruption, le juge parvient à la conclusion que la sanction de la révocation ou de la mise à la retraite d'office – revenant l'une et l'autre à exclure définitivement le fonctionnaire du service, n'est pas disproportionnée.

On peut mentionner divers exemples :

- un inspecteur de police rémunéré pour servir de prête-nom pour la création d'une société de gardiennage (CE 10 mai 1995 Arvieu n°135431) ;
- un directeur départemental adjoint des impôts ayant usé de son influence, contre le versement d'une somme d'argent, pour éviter à une entreprise des redressements fiscaux (CE 28 juin 1993 Verdun-Metral n°100232) ;
- un contrôleur des impôts acceptant des sommes d'argent de contribuables en échange de contrôles fiscaux sommaires (CE 23 septembre 1987 Martineau déjà cité) ;
- un secrétaire général de mairie s'étant entendu avec une société vendant des carburants pour qu'elle livre chez lui une partie du fuel destiné à l'école publique et payé par la commune (CE 14 mai 1986 Deambrosis n°61008) ;
- un contrôleur de travaux d'une commune ayant tenté de se faire corrompre par une entreprise (CAA de Bordeaux 18 octobre 2007 Giron n°05BX01005) ;

- un fonctionnaire de la police des frontières vendant dans un aéroport des visas de transit pour permettre à des étrangers de pénétrer illégalement sur le territoire (CAA de Versailles 21 février 2008 Chosseler n°06VE00940) ;
- un surveillant de prison accordant des faveurs à des détenus contre versement de sommes par leurs familles (CAA de Marseille 23 mars 2004 Vidal n°00MA00528).

Conclusion

Parvenant au terme de ce rapide tour d'horizon, tirer une conclusion n'est pas la chose la plus aisée. Il paraît possible cependant de considérer que les faits de corruption sont, à l'échelle de l'administration française, de survenance rare et même exceptionnelle. La fonction publique n'est pas minée par une corruption endémique. Le fait que ces actes donnent lieu pratiquement dans tous les cas à une double répression, pénale et disciplinaire, a certainement un effet dissuasif puissant vis-à-vis des agents qui éprouveraient des tentations – et dont le nombre est bien entendu impossible à évaluer.

Ceci ne saurait dissimuler le fait qu'à l'intérieur de la fonction publique certaines fonctions sont plus exposées que d'autres ; c'est vis-à-vis de ces fonctions que la sélection des fonctionnaires devant les occuper doit être rigoureuse. Une fois nommés, ces fonctionnaires doivent être soumis à des contrôles adaptés afin de protéger les intérêts de l'administration et aussi de protéger les fonctionnaires contre eux-mêmes.

Cette exigence ne fait que donner force à un des principes essentiels du droit public français affirmé dès 1789 par les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose en son article 15 : « ***La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*** ».

V – Bilan et perspectives

Bilan et perspectives

par Gao Mingxuan, Mireille Delmas-Marty et Pierre-Etienne Will

Le professeur Pierre-Etienne Will est venu nuancer le regard des juristes sur la construction d'un Etat de droit en Chine.

En matière de contrôle du pouvoir administratif, les expériences menées par la dynastie des Ming et celle des Qings, trouvent certains échos dans l'époque contemporaine. Par exemple, la pétition auprès des rois s'apparente au système contemporain de lettres et visites (信访); le recours aux élites pour contrôler les administrations locales ressemble à l'intervention du Parti en matière de contrôle administratif; le fonctionnement du censorat, qui ne fut pas un contrôle systématique mais politique, correspond peu ou prou à l'actuelle lutte contre la corruption.

Pierre Etienne Will invite à regarder de près l'histoire, par-delà ce qu'on présente comme une rupture. Il s'agit d'observer en premier lieu ce qui diffère entre le passé et le présent en matière de contrôle de l'administration. Ensuite, il s'agit d'identifier les traits historiques ou culturels dans le rapport entre les citoyens et l'autorité. Ces traits déterminent la texture, la qualité et la façon dont le droit est vécu dans un contexte donné. Même si les références historiques sont moins présentes que par le passé, il y a des traces, des allusions, des noms qui persistent. L'histoire est un instrument, un levier traditionnel, auquel le pouvoir politique recourt volontairement. Des éléments du fonctionnement de la Dynastie des Qings ont notamment été célébrés par le système socialiste contemporain : les grands fonctionnaires au service des Empereurs sont présentés comme modèles du fonctionnaire parfait. Pour étudier ces aspects, il faudrait peut-être recourir à la discipline de l'anthropologie juridique et ainsi éviter le piège du culturalisme, celui du retour à la « tradition confucéenne ». Pierre Etienne Will rappelle à cet égard les propos du professeur Chen Yunsheng selon lequel, il y a, en Chine, une tendance à recourir à la médiation et à la conciliation pour résoudre les conflits. Une telle tendance s'oppose à la professionnalisation du droit, en soumettant le contentieux à des non spécialistes comme en jouant de l'opinion publique. Faut-il pour autant y voir le reflet de l'influence confucianiste ? Même si l'importance de la professionnalisation du droit ne peut être niée, il reste que la médiation et la conciliation peuvent être instrumentalisées par le pouvoir ou l'opinion.

D'ailleurs l'histoire de la Chine atteste que les confucianistes, tout en mettant l'accent sur l'institution familiale, se méfiaient de la conciliation et l'encadraient d'une façon assez étroite, particulièrement dans le code pénal. Quant à l'internationalisation du droit en Chine, Pierre Etienne Will a l'impression que les exposés faits par les juristes chinois considèrent 1978 - l'année de la mise en place de la politique de réforme d'ouverture - comme le point de départ de ce mouvement. Pourtant, la question lui semble beaucoup plus complexe. Il faudrait l'étudier à partir de la problématique « centre et périphérie » abordée par le professeur Zhu Jingwen. A condition de ne pas réduire l'histoire européenne à l'Empire romain, au traité de Westphalie et à la colonisation, donc à la condition de se replacer dans un monde

polycentrique. Il rappelle aussi que la Chine, depuis le premier Code pénal de la dynastie des Tang au septième siècle, a eu une position centrale en Asie : le code pénal chinois a largement été diffusé en Corée, au Japon, au Vietnam. Puis le Japon lui a succédé sous l'influence du modèle occidental. En outre l'époque républicaine a été une période importante pour l'internationalisation du droit en Chine, par le relais du Japon. A cette époque, il y eut une intense activité créative des juristes chinois qui ont cherché à élaborer de nouvelles institutions judiciaires, de nouveaux codes. Cette période de modernisation du droit, 1920-1930, est une parenthèse dans l'histoire de l'internationalisation du droit dans la mesure où l'objectif était pour la Chine de recouvrer sa souveraineté nationale par la réforme de la législation et des institutions juridiques. La suppression des privilèges des étrangers sur l'ensemble des territoires chinois, imposés depuis la première guerre de l'opium par le traité de Nankin, était considérée alors comme la justification de l'élaboration d'un droit moderne en Chine, jouant un rôle d'incitation à la réforme. Par contraste, la législation contemporaine est justifiée par le besoin d'entrer dans le marché mondial, donc d'être juridiquement crédible. Se pose toutefois la question de savoir si la réforme juridique à l'époque républicaine est considérée par les juristes contemporains comme une source de référence utilisée pour la mondialisation, d'autant qu'il existe, depuis vingt ans, un phénomène de réhabilitation du droit de la république chinoise – dont attestent de nombreuses recherches.

Entre théorie juridique et principe de réalité, les juristes semblent attacher trop d'importance aux textes et aux théories, alors que pour l'historien, la recherche porte sur le droit dans la vie réelle. Rappelant ses observations précédentes, notamment dans *La Chine et la démocratie*, Pierre Etienne Will constate les juristes croient à la puissance du texte juridique, alors qu'un historien est, à cet égard, plus sceptique. L'exemple de la dynastie des Qing montre l'écart entre la rigueur du texte et la réputation de corruption et de vénalité de la justice chinoise. Les systèmes juridiques sont perturbés non seulement par l'internationalisation du droit, mais également par la façon dont les pouvoirs politiques s'en servent. Ainsi, alors que le pouvoir de police est supposé être contrôlé selon les textes de loi, la Chine se caractérise d'une certaine manière comme un Etat policier comme l'a souligné le professeur Lu Jianping. D'évidence, il y a un écart entre la théorie et la réalité, même s'il existe, surtout depuis l'accession de la Chine à l'OMC, une tendance à la juridicisation de la vie quotidienne.

Le professeur Will conclut par deux remarques. D'une part, en ce qui concerne la juridicisation de la vie de tous les jours, elle fait l'objet d'appréciations divergentes selon les participants. Pour les uns, c'est un processus en profondeur qui va transformer complètement le rapport des chinois au pouvoir et qui est favorable à l'avènement d'une démocratie ; alors que pour les autres, la juridicisation par la production massive des lois masque la réalité d'un pouvoir qui reste autocratique. D'autre part, l'existence d'un Etat de droit en Chine est contestée sous plusieurs aspects. D'abord les hommes d'affaires étrangers considèrent que le rapport de pouvoir reste essentiel, notamment si l'on prend en compte la relation entre le centre et le local (question importante qui n'a pas été abordée lors de cette rencontre), car à la contradiction entre discours et pratiques, s'ajoute souvent la contradiction entre l'autorité centrale et locale. En outre, la présence du Parti Communiste Chinois dans l'ensemble du

système juridique pourrait donner l'impression de l'existence d'un double système de contrôle et de sanction. Cette particularité, reconnue par la Constitution chinoise, est sans doute la plus importante différence par rapport aux systèmes occidentaux. Et cette particularité doit être prise en compte dans la discussion sur l'internationalisation du droit.

Selon le professeur Gao Mingxuan, s'il ne faut pas oublier l'arrière-plan historique, la volonté de moderniser le droit chinois, d'un point de vue théorique et pratique, est d'autant plus importante qu'elle se veut à la fois le gage du développement du droit chinois et de son dynamisme.

M. Paul Bouchet met l'accent sur l'idée de primauté de droit et de son rôle sur le contrôle de l'Administration. L'État de droit ne s'établit qu'au moment où l'idée même de respect du droit s'enracine au coeur du peuple.

A l'heure de clore cette première rencontre et de fixer le thème de la prochaine rencontre, Mireille Delmas-Marty et Gao Mingxuan soulignent que la rencontre est le résultat d'une collaboration amicale de longue date entre l'équipe de recherche de l'Institut du droit pénal de l'Université Normale de Pékin et des praticiens et des universitaires français. Par ailleurs, la rencontre s'inscrit dans un programme d'étude de coopération bilatérale, auquel il faut ajouter les réseaux unissant, d'une part, la France et les Etats-Unis, d'autre part, la France et le Brésil.

L'approche comparative adoptée a semblé porter ses fruits. Les rapporteurs de chaque thème avaient été préalablement désignés et leurs rapports d'intervention ont été traduits en français et chinois en temps utile ce qui a facilité l'échange et la discussion. Ainsi, la question de l'État de droit a suscité – à travers l'étude de cas précis – une réflexion approfondie quant à l'intégration du droit international au droit interne et à la contribution du droit interne au droit international dont il a été souligné l'importance dans les débats contemporains mais aussi l'intérêt du point de vue de la perspective théorique. Il ne faut pas négliger, à cet égard, la valeur de la recherche historique dans l'étude du droit, particulièrement en Chine, en analysant « l'internationalisation du droit » telle qu'elle s'est manifestée à différentes époques, des Han, en passant par les Tang, les Ming, les Qing, à la création de la République populaire et à la mise en place des politiques de réforme et d'ouverture.

Le succès de la rencontre constitue un bon point de départ pour l'établissement opportun du réseau de coopération franco-chinois. La France et la Chine sont deux grands pays, dotés d'une riche culture juridique. Il en résulte que l'échange, la coopération et les emprunts mutuels à la tradition de l'un ou de l'autre participent de la construction de l'État de droit, mais aussi de la formation d'un nouvel ordre juridique mondial, aspirant à la paix et au développement. De quoi s'engager à affiner la collaboration et les recherches en vue de renforcer la coopération franco-chinoise et de préparer la prochaine rencontre. Celle-ci se tiendra à Paris autour du thème, suggéré par plusieurs intervenants, de la protection de l'identité et de la propriété.

Annexe

**Compte-rendu de la première rencontre du réseau ID « franco-chinois »
par LI Bin et LU Jianping**

Ayant pressenti le phénomène particulièrement complexe de l'internationalisation du droit et ses implications sur la transformation du droit interne et du droit international, la rencontre du réseau ID (internationalisation du droit) franco-chinois, lancé par les professeurs Mireille DELMAS-MARTY et GAO Mingxuan, est l'aboutissement d'une coopération entre juristes français et chinois depuis de longues années.



Photo 1 : panorama de la première rencontre du Réseau ID franco-chinois, à l'Hôtel de la Colline Parfumée

L'objectif du réseau est de combiner, par le biais de dialogue des universitaires et des juges, les diverses approches, pratiques et théoriques, pour contribuer à la construction d'un ordre mondial adapté à la diversité du monde, donc pluraliste et non hégémonique.

L'objectif d'harmonisation, proposé par Mme DELMAS-MARTY, fut aussi évoqué par M. XIAO Yang, ancien président de la Cour populaire suprême de la Chine, ainsi que par le professeur GAO Mingxuan, dans leurs discours d'ouverture. Il reste à concrétiser cet objectif et le dialogue autour de thèmes d'actualité est justement susceptible de déboucher sur des résultats fructueux. C'est la raison pour laquelle les organisateurs ont choisi de travailler sur « le contrôle de l'Administration », la France et la Chine ayant l'une et l'autre une forte tradition en ce domaine.



Photo 2 : Allocution du Président XIAO Yang

Lors de la rencontre, chaque groupe a non seulement comparé les pratiques nationales à travers des études de cas, mais aussi évalué l'apport que pourraient représenter les traditions française et chinoise dans le cadre d'une réflexion sur la mondialisation du droit.

C'est par une introduction historique aux traditions nationales que débute la rencontre, avant les intervenants abordent, en tant que telle, la question du contrôle de l'Administration. Le professeur Pierre-Étienne WILL, rappelant l'expérience de la Chine dans la mise en oeuvre des contrôles institutionnels, invite les chercheurs à nuancer leur regard sur les notions centrales de « *droit chinois* », de « *constitution* », et à tenir pleinement compte de la variabilité des situations dans l'histoire chinoise. L'analyse porte principalement sur le contrôle de la bureaucratie, y compris le contrôle exercé sur l'empereur. Il en conclut qu'un certain nombre de faits historiques (le quasi-monopole de l'administration sur les contrôles, la pétition auprès des instances supérieures, le recours à la médiation des élites) trouvent un certain écho dans la Chine contemporaine.

Quant au droit français, M. le vice-Président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVÉ constate que la France et la Chine partagent, au-delà des apparences, certains fondements : ainsi, la place éminente de l'État dans l'édification des deux pays ; si les formes diffèrent, ce sont des logiques semblables qui président aux conceptions du contrôle de l'administration.

Il est vrai que l'histoire a façonné et progressivement perfectionné les modes de limitation du pouvoir de l'administration, mais cette réalité n'est ni intangible, ni rigide : elle évolue avec le temps et avec les mœurs. En tant que telle, la limitation du pouvoir est

perpétuellement imparfaite et doit par conséquent toujours progresser. M. SAUVÉ souligne que le contrôle de l'administration en France, garantie de l'État de droit et bien que multiforme, repose majoritairement sur le juge administratif. Explicitant les missions du Conseil d'État, son organisation, son histoire et son évolution, ainsi que sa place dans le système juridique français, M. SAUVÉ esquisse, en quelques traits, le long parcours de l'avènement de l'État de droit en France.



Photo 3 : M. le vice-Président Jean-Marc Sauvé : L'évolution historique du contrôle de l'administration en France

Alors que le contrôle de l'administration, clef de la construction d'un État de droit, suppose le renforcement du rôle du juge, l'internationalisation du droit s'accompagne de la montée en puissance des juges. En effet, l'intégration du droit international entraîne des effets d'émancipation, voire d'émulation, qui placent le juge national en première ligne. Ce « *processus d'internationalisation et évolution de l'Etat de droit* » se caractérise par un double mouvement « *descendant/ascendant* », à savoir l'intégration du droit international en droit interne et l'apport des droits nationaux au droit international.

Quant à l'intégration du droit international en droit interne, M. Olivier Dutheillet DE LAMOTHE, membre du Conseil constitutionnel, s'attache aux deux caractéristiques du système moniste en France. D'une part, les conditions d'intégration du droit international en droit interne sont définies par la Constitution elle-même et, d'autre part, dans l'ordre juridique français, les traités internationaux ont une valeur supra législative et infra constitutionnelle. Au sein du processus d'intégration européenne, le droit français est aussi récepteur des impacts de la coexistence des deux ordres juridiques européens.

En ce qui concerne l'influence du droit international au droit interne chinois, pour M.

ZHU Jingwen, professeur de l'Université *Renmin* de Chine, le lancement de la politique d'ouverture et de réforme depuis la fin des années 70 a déclenché ce même processus d'intégration du droit international au droit chinois. La globalisation, dans laquelle la Chine s'implique pleinement - ce qu'atteste l'entrée à l'OMC en 2001 -, renforce l'influence du droit international sur le droit chinois. Cependant la globalisation n'est pas un processus parfait et elle génère quelques effets pervers, à commencer par l'écart creusé entre les pays développés et les pays en voie de développement, par l'absence d'une gouvernance globale face à certains problèmes communs (changement climatique, crimes transnationaux, etc.). Ce constat amène le professeur ZHU à une réflexion sur les questions de légitimité, et surtout de justice, dans le processus de l'internationalisation du droit. Face aux défis communs, chacun des membres d'une communauté mondiale devrait contribuer à la rationalisation de la mondialisation. De là, l'importance qu'est susceptible de revêtir l'apport des droits nationaux au droit international.



Photo 4 : Intervention du Professeur ZHU Jingwen sur l'intégration du droit international en droit interne.

Pour M. Guy CANIVET, membre du Conseil constitutionnel et ancien président de la Cour de cassation, l'apport des droits nationaux au droit international est mis en relief par l'influence croisée entre les juridictions nationales et internationales. L'ouverture des juridictions à d'autres jurisprudences peut aussi traduire une conscience juridique nouvelle marquée par des préoccupations d'humanité ou d'universalité, s'appuyant sur certaines valeurs de civilisation universellement partagées. Dans la progression vers des valeurs universelles, les interactions verticales des juridictions nationales et internationales accélèrent la circulation horizontale des normes et des modèles. Sur la constatation de M. Guy CANIVET selon laquelle l'influence des juridictions nationales s'exerce tout à la fois dans la

modélisation de la justice internationale et par la réception de leurs décisions dans l'ordre international, le professeur ZHU remarque qu'il faut encore nuancer le rôle joué par les différents pays dans la diffusion d'un modèle international de justice et de normes juridiques à vocation universelle. Il faut veiller au respect des diversités juridiques, gage de pluralisme dans le processus de l'internationalisation du droit.

L'exigence du respect de la diversité conduit les intervenants à analyser des cas concrets qui, malgré les spécificités de chacun des systèmes juridiques, permettent de repérer des points de contact et autant de solutions à des problématiques communes. Chacun de ces cas sont liés, en termes d'efficacité et de garantie des droits fondamentaux, d'un côté, à la nature du contrôle exercé sur la police et, de l'autre, à la nature de la sanction, pénale ou administrative, infligée en cas de corruption.

Selon les professeurs HU Jinguang et CHEN Yunsheng, le contrôle de l'Administration – clef de voûte du droit administratif –, comme la lutte contre la corruption, sont deux sujets qui occupent une place croissante dans le droit chinois avec la consécration constitutionnelle du principe de la construction d'un État de droit. Il s'agit de deux sources dynamiques à l'aune desquelles se conduisent la réforme juridique et le perfectionnement du système juridique chinois.

M. le professeur LU Jianping, doyen adjoint de l'Institut du droit pénal, coordinateur de cette Rencontre, évoque les progrès du droit chinois en matière de contrôle de la police dans la procédure pénale quant à la protection des droits des accusés. Il fait état des pratiques de réformes à titre expérimental sur le plan local, dans lesquelles la fonction de contrôle des procureurs vis-à-vis la police dans le procès pénal se voit renforcer.

À cet effet, M. LU Jianping a invité M. SUN Li, procureur général du Parquet de district de *Haidian*, et M. LI Ruchuan, doyen adjoint du Collège de la police populaire de Pékin, à présenter leurs expériences dans le cadre de la réforme de la procédure pénale au niveau local. Cette rencontre a permis d'éclairer la comparaison franco-chinoise à propos du contrôle de la police par le biais du principe de légalité et de la protection des droits fondamentaux.

Aussi important que le contrôle de la police, la lutte contre la corruption fut abordée par M. le professeur ZHAO Bingzhi, doyen la Faculté de Droit et de l'Institut du droit pénal de l'Université Normale de Pékin. En inscrivant la lutte contre la corruption dans le cadre de la coopération judiciaire dans le procès pénal, l'analyse faite par M. ZHAO Bingzhi sur le droit et les pratiques de la Chine met en relief l'importance du dialogue des juges, de la coopération des organes judiciaires de différents pays dans la prévention et la répression des de la criminalité transnationale. Il en résulte que l'internationalisation du droit ne se limite pas au domaine économique, mais elle couvre aussi le droit pénal, et pourrait s'élargir aux droits fondamentaux.

Quant à l'expérience de la France relative au contrôle de la police, M. Guy CANIVET souligne le rôle primordial joué par l'autorité judiciaire. En dépit de la distinction entre police

administrative et police judiciaire, l'efficacité du contrôle dépend du poids de l'autorité judiciaire sur l'administration de la police, en d'autres termes des rapports de pouvoir entre la justice et le Gouvernement. Les contrôles sur la police, et singulièrement sur la police judiciaire, sont multiples, variés, et souvent complémentaires. D'ailleurs, il y a incontestablement une synergie entre les contrôles internationaux et les contrôles internes. Quant au contrôle exercé par le juge administratif sur la police administrative, et à travers la jurisprudence relative au « *lancer de nains* », M. Terry OLSON, Conseiller d'État, aborde les notions fondamentales de légalité, d'intérêt général et de respect de la dignité de la personne humaine qui sont au coeur du contrôle de l'Administration. Quant à l'expérience française en matière de lutte contre la corruption, M. CANIVET observe que cette lutte impose l'élaboration d'une stratégie globale mobilisant tout à la fois les instruments administratifs et judiciaires dont dispose l'État dans le respect des droits fondamentaux de la personne : l'ensemble des techniques de prévention et de répression, mais aussi toute la palette de moyens pouvant agir sur les individus, de la formation éthique à la dissuasion, en passant par système répressif efficace et en assurant la cohérence des différentes législations nationales et de la coopération internationale.



Photo 5 : M. Terry Olson : La prévention des crimes de corruption

Dans le prolongement de l'exposé de M. CANIVET, M. OLSON aborde la question de la répression administrative, particulièrement les sanctions disciplinaires. En évoquant la divergence selon laquelle le texte pénal décrit le comportement prohibé et fixe la sanction correspondante, tandis, qu'en matière disciplinaire, les textes législatifs et réglementaires fixent une échelle de sanctions mais sans pour autant mettre en regard de chacune des sanctions prévues les comportements qu'elles ont vocation à sanctionner, M. OLSON

souligne que la sanction disciplinaire répond à un cheminement intellectuel différent. La répression disciplinaire des manquements relevant de la corruption s'inscrit dans la volonté de garantir le désintéressement des agents publics. De surcroît, l'action disciplinaire est entourée de garanties procédurales et ouvre à la hiérarchie administrative une large gamme de punitions.

Au regard de l'expérience française, M. LU Jianping constate que la sanction pénale en droit chinois se conçoit comme l'aggravation des sanctions disciplinaires à l'encontre des actes incriminés, car, dès lors que le montant ou la gravité des actes atteint le seuil défini par la loi, les sanctions disciplinaires sont remplacées par la sanction pénale. M. LU considère à cet égard que la coexistence de sanctions disciplinaires et de sanctions pénales paraît déroger au principe *ne bis in idem*.

Après trois jours de discussions, vint le moment de faire le bilan de la première rencontre du réseau ID franco-chinois et de tracer les perspectives pour la suite envisagées sous la forme d'une seconde rencontre qui pourrait avoir lieu à Paris et traiter de la protection de l'identité et de la propriété.

Afin d'approfondir le dialogue des juges franco-chinois, M. le vice-président SAUVÉ a proposé d'accueillir en 2010 au Conseil d'État la seconde rencontre du réseau ID franco-chinois. A l'initiative de M. le juge OLSON, elle traitera de la protection de l'identité et de la propriété.



Photo 6 : Mireille Delmas-Marty et le Professeur Gao Mingxuan

Lors de la clôture de cette rencontre, Mme la professeure DELMAS-MARTY et M. le professeur GAO Mingxuan ont remercié tous ceux qui apportèrent leur soutien au réseau ID franco-chinois et à l'organisation de cette rencontre. Ils saluent spécialement l'Université Normale de Pékin qui accueillit les intervenants et organisa, par ailleurs, une « *soirée du droit français* » à laquelle des étudiants furent conviés, ainsi que l'Ambassade de France en Chine, grâce à laquelle la rencontre a pu avoir lieu.

Table des matières

Liste des participants	p. 2
<i>Présentation des réseaux « ID », par Mireille Delmas-Marty</i>	p. 4
I – L'évolution historique du contrôle de l'administration	
<i>Le contrôle de l'administration en Chine, par Hu Jinguang</i>	p. 9
<i>Le contrôle de l'administration en droit chinois : introduction historique, par Pierre-Etienne Will</i>	p. 12
<i>Introduction historique au contrôle de l'administration en droit français, par Jean-Marc Sauvé</i>	p. 21
II – Processus d'internationalisation et évolution de l'Etat de droit	
<i>Introduction, par Mireille Delmas-Marty</i>	p. 37
<i>L'intégration du droit international en droit interne : le cas de la France, par Olivier Dutheillet de Lamothe</i>	p. 39
<i>L'internationalisation du droit national et la nationalisation du droit international. A propos de quelques théories principales sur le droit et la globalisation, par Zhu Jingwen</i>	p. 45
<i>Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges, par Guy Canivet</i>	p. 52
III – Etude de cas chinois	
<i>Le contrôle de la police en Chine : étude de cas et chiffres, par Lu Jianping</i>	p. 74
<i>Internationalisation du droit pénal chinois en matière d'anti-corruption, par Zhao Bingzhi</i>	p. 77
IV – Etude de cas français	
<i>Le contrôle de la police – Présentation, par Guy Canivet</i>	p. 81
<i>Le contrôle de la police administrative, par Terry Olson</i>	p. 93
<i>Le contrôle de la corruption des fonctionnaires en France, par Guy Canivet</i>	p. 102

Le contrôle de la corruption des fonctionnaires en France (répression disciplinaire), par Terry Olson.....p. 113

V – Bilan et perspectives

Bilan et perspectives, par Gao Mingxuan, Mireille Delmas-Marty et Pierre-Etienne Will.....p. 124

Annexe

Compte-rendu de la première rencontre du réseau ID franco-chinois, par Li Bin et Lu Jianping.....p. 128

Table des matières.....p. 136