

LES STANDARDS EN DROIT PENAL

THE STANDARDS IN CRIMINAL LAW

Par

Mireille DELMAS-MARTY
Professeur à l'Université de Paris-Sud
Directeur de la Section de science criminelle
de l'Institut de droit comparé de Paris

Des "standards" en droit pénal. Surprenante expression qu'on ne retrouve dans aucun index des principaux manuels de droit pénal.

Il est vrai que la notion de standard introduit une référence à la normalité donc à une moyenne, à l'"étant" ; alors que le droit pénal est par nature normatif. A travers les interdits que sont les infractions pénales il pose un "devoir être", donc un idéal de comportement et non une moyenne.

De plus, le standard ne fournit pas de solution unique et univoque. A la différence de la règle, qui permet de déduire, dans une logique binaire, une solution nette, une décision qui tranche entre interdit/permis, coupable/innocent, le standard détermine des possibilités d'autant plus ouvertes qu'il se fonde sur des critères plus nombreux, offrant des combinaisons multiples.

En ce sens la logique du standard (1) paraît heurter de front le principe de légalité que l'on sait au coeur du droit pénal dans les pays de tradition légaliste. On connaît la formule de Portalis : en droit pénal, il faut "des lois précises et point de jurisprudence" ...

C'est d'ailleurs en droit administratif, soit dans le domaine du droit où l'emprise de la légalité est la plus faible et la jurisprudence la plus créatrice, qu'est d'abord apparue en France la notion de standard. Une notion qui serait donc incompatible avec la stricte légalité du droit pénal.

Oui mais, même juridique, les choses ne sont jamais aussi simples. On trouve, ici ou là, en droit pénal des incriminations qui fondent l'interdit pénal sur un comportement moyen, sur un standard : on peut citer les "bonnes moeurs" auxquelles renvoie le délit d'outrage du Code pénal (rendu célèbre notamment par la condamnation de Baudelaire et de ses éditeurs après la publication des Fleurs du mal, puis de la révision du procès en 1949, la normalité étant par nature plus évolutive que la normativité) ; ou encore l'exemple bien différent des incriminations du droit pénal dit technique, souvent définies par le jeu du renvoi à des normes extra-pénales qui peuvent elles-mêmes contenir des standards propres au secteur concerné (environnement, consommation, transports, etc. ...).

(1) qui paraît relever selon les cas de la logique des possibilités ou de la logique floue plutôt que de la logique formelle, voir D. Dubois et H. Prade, An introduction to possibilistic and fuzzy logics. Pour une application de la logique floue aux systèmes de droit, J. Wroblewski, Fuzziness of legal system, in Essays in legal theory in honour of Kaarle Makkonen, XVI Oikeustiede jurisprudentialia, 1983 p. 313 et s.. Pour une application de la logique floue à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir Le flou du droit, PUF, coll. Les voies du droit, 1986, également, La matière pénale, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, RSC 1987.819 ; vers une autre logique juridique ; à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 1988, chr. 221.

Mais il s'agit là d'exemples trop dispersés et fragmentaires pour éclairer utilement notre réflexion. En revanche il me semble que le grand mouvement d'ouverture du champ pénal qui est au coeur de la politique criminelle contemporaine serait de nature à donner aux standards une importance nouvelle et une place réelle en droit pénal.

Ouverture d'abord marquée en droit interne où une extrême diversification des peines fait éclater, au moins en théorie, le postulat d'identité peine=prison et crée du même coup, avec la chance d'humaniser le système pénal, des risques d'inégalité et d'incertitude par le justiciable (2) ; tandis que parallèlement se diversifie plus largement la palette des sanctions pénales mais aussi administratives, civiles, disciplinaires, au risque d'incohérence, dans le choix du législateur cette fois.

Impossible de maîtriser par le jeu des règles du droit traditionnelles, trop rigides pour s'adapter à toutes les situations, cette diversification (des peines stricto sensu et des sanctions en général) devrait permettre une meilleure adaptation à la diversité des situations ; mais elle participe aussi dans un premier temps, au constat d'éclatement, on pourrait dire de perte d'identité, et plus largement de crise du droit pénal et de la politique criminelle (3).

Pourtant les choix multiples qu'elle offre sont de moins en moins abandonnés à l'arbitraire de l'organe de décision. Apparaissent des critères de la décision, qui paraissent bien fonctionner comme des standards en ce sens qu'ils posent les conditions d'un choix normal et acceptable. Certes, ces critères relèvent de techniques juridiques très différents, selon qu'ils s'adressent au juge pénal ou au législateur lui-même, mais ils ont en commun de renforcer le contrôle des normes pénales dans le système de droit, sans pour autant réduire ou limiter ce contrôle à un seul principe générateur : technique de "prédétermination des normes", si l'on se réfère à la distinction proposée par G. Timsit entre pré et sur-détermination (4).

Cela dit l'ouverture du champ pénal n'est pas limitée au droit interne, elle se manifeste aussi aujourd'hui par une véritable internationalisation de la politique criminelle (5) qui paraît née,

(2) Voir travaux du 8ème Colloque criminologique organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, nov. 1987, sur Les disparités dans le prononcé des peines (sentencing) : causes et solutions, (Compte rendu Janassen, RDPC 1988.651).

(3) Voir R. Gassin, Les crises des politiques criminelles occidentales, in Problèmes actuels de science criminelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985.21. L'auteur évoque notamment la "submersion" et la "déconnexion" des systèmes de politique criminelle.

(4) Sur l'engendrement du droit, Rev. dr. public, 1988.39, et s., notamment p. 64-65.

(5) Voir L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale, XIe Congrès international de défense sociale, rapport général, M. Delmas-Marty, RSC 1987.511.

après le choc de la seconde guerre mondiale, d'une volonté de réaffirmer, avec la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions et Pactes qui ont suivi, que, même pénale, la loi n'a pas tous les droits. C'est ainsi que les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (Convention de 1966, Convention américaine de 1969) vont poser de véritables standards de procédure pénale et plus indirectement de droit pénal.

Par vocation "inter-nationaux", ces standards fonctionnent de façon tout à fait originale car ils s'appliquent simultanément à des systèmes juridiques qui sont différents et autonomes, et entendent bien le rester. N'oublions pas que le droit de punir est la marque la plus éclatante peut-être de la souveraineté nationale et que même dans le cas de l'Europe, retenu comme exemple ici, il n'est pas question d'uniformiser les pratiques pénales au point d'adopter la signature de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les standards qu'elle pose semblent bien s'affirmer comme technique efficace de coordination des normes pénales entre système de droit. Telle est du moins la seconde proposition que je voudrais développer devant vous.

D'abord le droit interne.

I - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE PREDETERMINATION DES NORMES PENALES DANS UN SYSTEME DE DROIT

En droit interne, les standards seraient devenus nécessaires -c'est l'hypothèse que j'ai posée en introduction- pour renforcer le contrôle des normes pénales dans un système devenu hautement diversifié.

Diversification liée à deux grands courants de politique criminelle : l'individualisation, qui suppose la diversification des peines et la dépénalisation, rendue à la fois nécessaire et possible par la diversification des sanctions pénales et extra-pénales. D'où la tendance à utiliser la technique plus souple des standards pour encadrer les multiples choix possibles, choix du juge chargé d'appliquer la loi pénale, choix du législateur qui l'élabore.

1.1 - Individualisation des peines et standards de l'application de la loi pénale

Préconisée dès la fin du XIXème siècle par des auteurs comme R. Saleilles, l'individualisation des peines est à présent admise dans beaucoup de systèmes de droit pénal. Ainsi en France, même si le Conseil constitutionnel hésite encore à la rattacher en bloc de constitutionnalité comme "principe

fondamental reconnu par les lois de la République" (6), sans doute en raison du conflit sous-jacent avec le principe de légalité, il demeure que le droit pénal a progressivement intégré diverses techniques juridiques d'individualisation, allant des circonstances atténuantes à la dispense de peine, des différentes catégories de sursis aux substituts à l'emprisonnement, de la libération conditionnelle aux réductions de peines et autres variantes dans les modalités d'exécution des peines.

A partir de ce large éventail, le juge pénal, surtout en matière correctionnelle, peut à peu près faire ce qu'il veut quant à la détermination de la peine, pourvu qu'il ne dépasse pas le maximum légal et n'aille pas inventer une peine non prévue par la loi.

C'est ici que la technique des standards, parfois relayée par l'informatique (7) paraît appelée à jouer un rôle de plus en plus important car elle permet d'explicitier le choix, donc de mieux garantir certitude, égalité et finalement compréhension de la peine par le justiciable, sans pour autant réintroduire la rigidité propre à la règle de droit.

Plus ouvertement admis en pays de common law où ils ne heurtent évidemment pas de front une tradition légaliste, les standards sont alors le plus souvent conçus par les tribunaux eux-mêmes ou par des "commissions de sentencing", sans être incorporés à la loi pénale (8). Pourtant ils commencent inéluctablement à apparaître aussi en pays de tradition légaliste.

Apparition souvent discrète, au détour de quelque texte, notamment sur les modalités d'exécution des peines.

Ainsi le condamné qui présente des "gages sérieux de réadaptation sociale" ou donne "des preuves suffisantes de bonne conduite" pourra bénéficier de libération conditionnelle (art. 779, CPP) ou de réduction de peine (art. 721).

Apparition plus discrète encore, lorsqu'il s'agit du prononcé de la peine. Ainsi le Code pénal français ne définit pas les circonstances atténuantes (art. 463) et la Cour de cassation n'exige à leur sujet aucune motivation ce qui l'empêche d'établir elle-même des standards qui seraient alors jurisprudentiels et non textuels. Même silence du Code pénal et même "appréciation souveraine" des juges de fond en ce qui concerne le choix d'une peine dite de "substitut à l'emprisonnement", le juge pénal n'étant

(6) Voir notamment CC. 19-20 janvier 1980.

(7) Voir notamment R.V. de Mulder et M.M. Gubby, Legal decision making by computer : an experiment with sentencing, Computer law journal, vol. IV, summer 1983, n° 2, 243 ; également Sentencing by computer, Law technology, 1984, vol. 17, n° 1.

(8) On trouve cependant, dans certains Etats d'Amérique du nord des standards de sentencing posés par le législateur lui-même, voir Fogel, Le débat américain sur la politique du sentencing : dix années de combat, Arch. pol. crim. 1982-225.

pas même tenu dans son choix par la nature de l'infraction commise : il peut par exemple remplacer l'emprisonnement par la suspension du permis de conduire ou le retrait du permis de chasse même s'il ne s'agit ni d'un délit de circulation routière, ni d'un délit de chasse (seule l'interdiction professionnelle, qui peut également se substituer à l'emprisonnement, ne peut être prononcée à titre de peine principale que lorsque l'auteur a sciemment utilisé son activité pour commettre le délit, comp. art. 43-3 et 43-2, CP).

En revanche, la dispense de peine (art. 469-2 CPP) suppose la réunion de conditions plus proches du standard que de la règle de droit prise dans toute sa rigueur et sa rigidité. Il faut que le "reclassement" du prévenu soit acquis, le dommage causé réparé et que le "trouble" résultant de l'infraction ait cessé. Qu'il s'agisse du reclassement du prévenu ou du trouble résultant de l'infraction, c'est bien en fonction de la moyenne, de la normalité que le juge devra s'efforcer d'appliquer le critère légal.

Mais c'est peut-être dans le projet de Code pénal déposé en 1986 au Sénat que l'on trouve l'illustration la plus convaincante. Supprimant tout minimum légal à la peine, ce qui entraîne la disparition des circonstances atténuantes qui n'ont évidemment plus de raison d'être, le projet affirme néanmoins sous le titre "modes de personnalisation des peines" un principe d'individualisation à propos duquel sont posés de véritables standards de détermination de la peine : "Dans les limites prévues par la loi ou le règlement, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité du prévenu, de son état psychique ou neuro-psychique, de ses ressources et de ses charges, de ses mobiles, ainsi que de son comportement après l'infraction, notamment à l'égard de la victime" (art. 132-22, projet CP).

On notera le parallélisme avec les dispositions du Code pénal allemand de 1975 intitulées "principes régissant le calcul de la peine" (art. 46) et proposant un système de fixation de la peine à deux degrés, selon lequel le juge devrait, au moins en théorie, d'abord fixer le cadre applicable à la peine qu'il estime, en son âme et conscience, appropriée à la faute commise (art. 46, parag. 1) ; puis estimer de quelle manière et avec quelle force les critères généraux et spéciaux nécessitent d'infliger une peine se situant à la limite inférieure ou supérieure du cadre légal (art. 46, par. 2) :

1) "La culpabilité de l'auteur est le fondement du calcul de la peine. Les effets de la peine sur la vie future de l'auteur en société, auxquels on peut s'attendre, doivent être pris en considération".

2) "Lorsqu'il calcule la peine, le tribunal prend en considération les circonstances favorables et défavorables à l'auteur, les unes par rapport aux autres. Entrent en ligne de compte à cet égard notamment :

- les mobiles et les buts recherchés par l'auteur,
- l'état d'esprit que dénote l'acte délictueux et la volonté qu'il traduit,
- le degré du manquement à ses obligations,
- le mode d'exécution et les effets répréhensibles résultant de l'infraction,
- les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et pécuniaire, ainsi que,
- son comportement après l'acte et plus spécialement ses efforts pour réparer le dommage".

3) "Les situations, qui font déjà partie de la définition légale de l'infraction ne doivent pas être prises en considération".

Systématiquement contrôlés par la Cour de cassation de la République fédérale allemande (9) ces standards ne perdent pas pour autant leur caractère légal.

En revanche, la récente loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines semble inciter à l'élaboration de standards jurisprudentiels qui évoqueraient davantage les "principes de sentencing" du système anglo-américain. Aux termes de cette loi, l'article 1985 du Code d'instruction criminelle (dont le premier alinéa dispose que tout jugement de condamnation énonce les faits dont les personnes citées sont jugées coupables ou responsables, la peine, les condamnations civiles et la disposition de la loi dont il est fait application) est complété par un deuxième alinéa selon lequel tout jugement de condamnation doit également indiquer, d'une manière qui peut être succincte mais précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer et qu'il justifie, en outre, le degré de chacune des peines ou de chacune des mesures prononcées (10). Ainsi peut-on s'attacher à voir progressivement "standardisées" les raisons qui ont déterminé le choix d'une peine, dans sa mesure et dans sa nature.

Mais le droit pénal n'est pas le seul droit sanctionnateur. Il n'est même plus le seul à prévoir des sanctions répressives car peu à peu s'atténue la grande distinction proposée par Durkheim entre les sanctions à caractère répressif - les sanctions pénales et celles à caractère restitutif - toutes les autres catégories juridiques de sanctions. Parfois la sanction pénale se limite à l'obligation de

(9) La moitié environ des pourvois formés sur des points de droit jugés par les tribunaux concerneraient le prononcé des sanctions.

(10) Voir J. Sale, La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines, RDPC, 1987.961.

réparer le dommage (condition de la dispense de peine ou modalité de sursis avec mise à l'épreuve, ou même directement par injonction du juge pénal comme le prévoit le système des "compensation orders" du juge britannique) et parfois la sanction extra-pénale présente un caractère répressif (certaines sanctions disciplinaires et surtout, bien souvent, la sanction administrative) (11) ; parfois d'ailleurs la même sanction (suspension du permis ou fermeture d'établissement) sera de nature pénale ou extra-pénale selon le texte qui la prévoit et l'autorité qui la prononce.

Face à cette inflation généralisée des sanctions, la dépénalisation peut sembler une réponse adéquate, à condition qu'il existe une certaine cohérence dans les choix du législateur. D'où l'utilité de standards de l'élaboration des lois pénales.

1.2 - Dépénalisation et standards de l'élaboration des lois pénales

Longtemps souverain, le législateur pénal se trouve de plus en plus soumis à des contraintes, d'abord constitutionnelles (12).

Sans revenir sur la question des "standards dans les textes constitutionnels" ni évoquer ici le problème particulier des injonctions et directives que le Conseil adresse parfois, au législateur ou aux juges, je rappellerai seulement qu'en France, le "bloc de constitutionnalité" intègre des textes forts hétérogènes. Parmi ceux qui sont applicables en matière pénale, certains (tels le principe de légalité ou celui d'égalité) s'imposent "comme une véritable règle de droit" (13). C'est sans doute parmi les textes non repris dans le corps même de la Constitution, et notamment parmi les dispositions non reprises de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 que l'on peut trouver des exemples relevant de la technique des standards (art. 5, Décl. "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société") ou encore celui de la nécessité des peines, rattaché à la légalité et même à la rétroactivité in mitius, mais néanmoins plus large en ce sens qu'il permet non seulement de contrôler l'existence d'une loi et sa qualité de précision, mais encore le contenu de celle-ci et plus précisément la peine choisie par le législateur (art. 8, Décl. "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"). Invoqué à plusieurs reprises à propos de peines présentées comme excessives, l'article 8 introduit un contrôle de

(11) Voir XIV^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal, 1^{er} thème : Les problèmes juridiques et pratiques posés par les différences entre le droit criminel et le droit administratif pénal, RIDP 1988-89, à paraître. Egalement, Sanctionner autrement, Arch. polit. crim. 1984.49.

(12) Sur la "constitutionnalisation" du droit pénal et de la procédure pénale en France, voir notamment L. Philip, RSC 1985.711 ; D Mayer, RSC 1988.43 q ; L. Favoreu, Mélanges Vitu, Vers un droit constitutionnel pénal, à paraître.

(13) L. Favoreu, précité.

la proportionnalité des peines par rapport au comportement incriminé. En ce sens on peut dire qu'il crée un standard d'élaboration de la loi. Mais le Conseil constitutionnel, refusant de "substituer" sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, se réserve de ne censurer que les peines "manifestement" excessives. Le cas ne s'est jusqu'à présent produit qu'une fois (CC. 30 déc. 1987) d'une sanction jugée "revêtir un caractère manifestement disproportionné". Encore s'agissait-il, non pas d'une sanction pénale, mais d'une amende administrative à laquelle le Conseil constitutionnel reconnaissait néanmoins "le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire".

C'est dire que le standard de proportionnalité ainsi étendu ne suffit pas à guider le choix du législateur entre sanction pénale et extra-pénale.

D'où l'intérêt d'autres formules proposées dans les pays où le mouvement de dépénalisation s'est affirmé avec le plus de vigueur : Allemagne Fédérale, Italie, plus récemment le Portugal, l'exemple le plus typique étant sans doute celui de l'Italie.

Poursuivant le mouvement amorcé dès 1967 en matière de circulation routière, une loi du 24 novembre 1981 porte dépénalisation d'un certain nombre d'infractions au profit d'un système, analogue au système allemand, de sanctions administratives placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La règle posée était simple : "les violations pour lesquelles est prévue la seule peine d'amende ne constituent pas un délit et sont passibles de la sanction administrative de paiement d'une somme d'argent". Trop simple sans doute, car, même assortie d'exceptions par la loi elle-même, la règle devait être peu après transgressée par de nouvelles lois. Les faiblesses du système devenaient évidentes : fondée sur la référence à une peine déjà existante, la règle ne permettait pas d'orienter le législateur dans la création de sanctions nouvelles ; et surtout, le système défini sur la base d'une règle unique et rigide avait peu de chance de s'adapter à la diversité des situations pratiques sanctionnées.

Conscient de ces faiblesses, le gouvernement italien devait adopter en 1983 une circulaire interministérielle définissant, selon une technique très proche des standards, "les critères d'orientation pour le choix entre la sanction pénale et la sanction administrative" (14).

(14) Voir Dolcini, Rapport italien pour le XIV^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal, RIDP, 488-89 à paraître. Egalement S. Lorvellec, Les frontières entre infraction pénale et administrative en Italie, Arch. polit. crim. 1985.177 et Bernardi, ibid. 1987.171.

Deux séries de critères étaient ainsi proposées au législateur : des critères de proportionnalité invitant à tenir compte du rang de l'intérêt protégé et de la gravité, qualitative ou quantitative, du dommage causé par l'infraction ; et des critères que l'on pourrait nommer "critères d'efficacité" selon lesquels la sanction pénale doit toujours demeurer "subsidaire" et n'être retenue "qu'en l'absence d'autre technique de contrôle social de même efficacité". Sans fournir directement la solution, cet ensemble de critères se combine avec une extrême souplesse pour déterminer des zones tantôt franchement favorables ou défavorables à la voie pénale, tantôt plus indécises, la même technique étant par la suite appliquée à la distinction entre délits et contraventions (15).

Influencée par cet exemple, la Commission de révision du Code pénal français avait élaboré (au sein du groupe de travail "de l'inventaire") un ensemble de "principes directeurs" (16) conçu selon la même technique et combinant indicateurs de proportionnalité (définis par rapport aux caractères de la faute, au type de valeurs en cause et à la nature du dommage) et indicateurs d'effectivité (définis par rapport à une effectivité instrumentale, liée à la capacité d'absorption de l'appareil pénal ; symbolique (dépendant notamment de l'existence d'un consensus social) ; et pédagogique (selon les possibilités d'accès matériel et intellectuel à la loi).

Véritables standards de l'élaboration des lois pénales, ces critères seront à nouveau discutés, dans la perspective d'améliorer la qualité des lois pénales, thème proposé à la réflexion de la Commission "Justice pénale et droits de l'homme" nouvellement créée par le Garde des Sceaux. Discutés, mais en tenant compte aussi du mouvement d'internationalisation de la politique criminelle, en tenant compte, par conséquent, de l'apparition de standards européens en matière pénale.

(15) Arch. polit. crim. 1987.212.

(16) Voir Delmas-Marty, Pour des principes directeurs de législation pénale, RSC 1985.225.

II - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE COORDINATION DES NORMES PENALES ENTRE SYSTEMES DE DROIT : L'EXEMPLE EUROPEEN

Qu'il s'agisse des communautés européennes ou du Conseil de l'Europe le droit pénal n'est guère visible dans le projet européen. Pourtant, le droit communautaire a une influence directe sur certaines dispositions de droit pénal (17), tandis qu'à partir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) se développent peu à peu les conditions d'une harmonisation de systèmes juridiques de droit pénal aussi différents que, par exemple, le système britannique et les droits relevant de la tradition romano-germanique.

C'est de cette harmonisation qu'il sera question ici car elle s'esquisse à partir d'un processus complexe auquel participent certaines dispositions de la Convention qui semblent bien relever de la technique des standards.

Encore faut-il établir plusieurs distinctions.

Certains articles de la Convention relèvent davantage de la règle de droit que du standard. Ce sont d'ailleurs ceux qui se réfèrent le plus directement au droit pénal. Ainsi l'article 7 qui pose la règle, d'ailleurs inscrite dans la plupart des Codes pénaux européens, de la non-rétroactivité ; ou encore l'article 1 du protocole additionnel n° 6 qui abolit la peine de mort. Dispositions spécifiquement pénales, certes, mais qui vont au-delà de l'harmonisation. Sur ces deux points on peut considérer que les systèmes de droit pénal des Etats qui les ont ratifiés sont déjà unifiés. De même avec l'article 3 à forte incidence pénale (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

En revanche, c'est plutôt là où la Convention n'évoque pas, ou pas de façon exclusive ou privilégiée, le droit pénal, qu'apparaît la possibilité, avec la technique des standards, d'une coordination des normes pénales.

Impossible à réaliser selon la logique formelle de type binaire qui permet seulement les deux cas de figure de la conformité de la norme interne à la norme européenne (principe d'identité) et de son indépendance (principe du tiers exclu), une telle coordination suppose le recours à des logiques plus souples. C'est pourquoi la technique du standard, qui n'enferme pas dans la logique binaire de l'appartenance /ou de la non-appartenance,

(17) Voir J. Biancarelli et Maidani, RSC, 1984.335 et 455 ; également les chroniques régulières du droit pénal communautaire de la Revue rédigées par J. Biancarelli puis J. Bonichot (1988.581).

mais permet l'appartenance partielle et graduée, est essentielle ici (18).

Encore que le processus soit différent selon qu'il s'agit de procédure pénale ou de droit pénal stricto sensu. La première est encadrée par de véritables standards européens posés par la Convention. En revanche, le second, de façon plus sous-jacente, pourrait progressivement faire l'objet de standards qui se dégagent de la Convention au fil des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1 - Standards européens de procédure pénale posés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)

La procédure pénale est évoquée, directement sinon de façon exclusive, par les articles 5 et 6 de la Convention. Or ces textes contiennent des dispositions assez hétérogènes. Certains posent de véritables règles. Ainsi l'article 5-1, c qui définit les conditions de la garde à vue et de la détention provisoire, ou encore l'article 6-1 in fine qui impose la publicité du jugement mais assortit cette règle d'exceptions minutieuses énumérées. La technique est celle de la règle de droit : la relation entre la norme interne et la règle européenne doit être l'appartenance absolue (identité) et la Cour européenne des droits de l'homme exerce alors un contrôle de conformité.

A première vue satisfaisantes car elles semblent favoriser l'intégration juridique européenne, ces règles n'apportent en réalité guère d'innovation car elles reprennent des règles déjà communes à la plupart des droits nationaux. Or c'est plutôt là où les droits nationaux sont les plus différents les uns des autres que des progrès seraient à faire. Mais précisément ces différences, parce qu'elles sont difficiles à réduire par une stricte obligation d'identité-conformité, appellent la technique plus souple des standards qui évoque davantage une simple obligation de proximité-compatibilité (19).

Je voudrais citer deux exemples de ces "standards européens" de procédure pénale : le "délai raisonnable" (art. 5-3 et 6-1, CESDH) et le droit à un "tribunal indépendant et impartial" (art. 6-1, comp. avec le "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" de l'article 5-3).

Il est vrai que le "délai raisonnable", celui de l'article 5-3 (droit pour une personne arrêtée ou détenue d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure) avait d'abord

(18) Voir, *Raisonnement la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*, notamment III, ch. II, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, à paraître PUF 1989, coll. *Les voies du droit*.

(19) *Vers une autre logique juridique ...*, précité.

été interprété par référence à de véritables standards jurisprudentiels élaborés par la Commission européenne des droits de l'homme. Pour les personnes en détention provisoire, celle-ci avait en effet défini une série de sept critères commandant l'appréciation, favorable ou défavorable, de la durée de la détention ordonnée (20). Ces critères étaient les suivants : la durée de la détention elle-même, la durée de la détention pas rapport à la nature de l'infraction et à la peine à laquelle on doit s'attendre dans le cas d'une condamnation ; les effets personnels sur l'inculpé ; la conduite de l'inculpé ; les difficultés de l'instruction ; la façon dont l'instruction a été menée ; la conduite des instances judiciaires dans l'examen des demandes de libération et dans le jugement de l'affaire.

Rejetant la technique des sept critères jurisprudentiels, la Cour européenne préfère néanmoins apprécier dans chaque cas, au regard du seul standard conventionnel du "délai raisonnable", si "les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier le maintien en détention sont pertinents et suffisants pour faire admettre que la détention n'a pas dépassé les limites raisonnables" (21) ; vérifiant notamment si la longueur de la détention n'est pas due à des négligences des autorités judiciaires dans la conduite de l'instruction (22).

Il est vrai que lorsqu'elle applique l'autre standard, du tribunal impartial et indépendant, la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à son tour à dégager des critères multiples de la notion même de "tribunal", ainsi que du caractère "indépendant" et "impartial" (23).

D'abord quant au tribunal "il doit s'agir d'un organe habilité à prendre des décisions contraignantes dans le domaine en cause" (arrêt Campbell et Fell (contre Royaume-Uni) 28 juin 1984 série A n° 80 parag. 76), ou encore d'un organe auquel "il appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence" (arrêt Sramek (contre Autriche) 22 octobre 1984 série A n° 84 parag. 36 ; arrêt H. contre Belgique 30 novembre 1987, série A n° 127 parag. 50 ; Belilos (contre Suisse) 29 avril 1988, série A n° 132 parag. 64). Autrement dit "un tribunal" se

(20) Voir Ph. Pouget, *Les délais en matière de détention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, RSC 1989, n° 1, à paraître.

(21) Arrêt Wemhoff c. RFA, 27 juin 1968.

(22) Arrêt Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968.

(23) Sur ces divers points R. Koering-Joulin, *Jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 6 parag. 1*, note dactylographiée, doc. Commission Justice pénale et droits de l'homme, ministère de la justice, sept. 1988.

caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel ..." (arrêt Belilos, précité, *ibidem.*)(24).

En second lieu les différentes manifestations de "l'indépendance" d'un tribunal seraient : le mode de nomination des membres ; la composition proprement dite (magistrats/non magistrats) ; la durée du mandat des membres du tribunal ; l'impossibilité pour ces membres de recevoir des directives ou des instructions dans le cadre de leurs fonctions ; l'existence de garanties contre les pressions extérieures ; enfin, les "apparences", notion par laquelle la Cour fait référence à plusieurs reprises à l'adage anglais "Justice must not only be done, it must also be seen to be done". L'arrêt Belilos précité parag. 67, illustre bien cette importance des "apparences" : "A Lausanne, le membre de la commission de la police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de la police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique ...".

Enfin, la notion d'impartialité, telle que l'énonce la Cour dans l'arrêt Piersack c. Belgique du 1er octobre 1982, se définit à partir d'une double démarche ; "une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à recherche s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime" (parag. 30).

Sensible en procédure, où pourtant la Convention contient déjà des standards textuels, l'influence de la jurisprudence est sans doute plus nette encore dans la perspective de standards européens de droit pénal.

2.2 - Vers des standards européens de droit pénal dégagés de la CESDH

Si l'on combine ce qui a été dit plus haut des standards (internes) de l'élaboration des lois pénales avec l'approche internationale proposée ici, il apparaît que les critères de proportionnalité qui sont au coeur de la différenciation "pénal/extra pénal" pourraient se trouver utilement éclairés par le texte même de la Convention. En effet, les droits et libertés qu'elle énonce ne sont pas tous protégés avec la même force. Selon les cas, la protection est absolue (droit à la dignité de la personne marquée par l'interdit, absolu, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), quasi-absolue

(24) R. Koering-Joulin, précité.

(droits de la défense protégés par l'article 6 sous la seule réserve de dérogations temporaires en cas de guerre ou de menace pour la vie de la nation, art. 15), relative forte (droit à la liberté et à la sûreté protégée sous réserve d'exceptions limitativement énumérées par la Convention et restrictivement interprétées par la Cour) ou relative faible (droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association, droit au respect de ses biens, droit à la libre circulation, art. 8 à 11 CESDH, art. 1, P. n° 1, art. 2, P. n° 4, protégés sous réserve des "restrictions nécessaires dans une société démocratique", pour l'interprétation desquelles la Cour reconnaît une "marge nationale d'appréciation" parfois assez large).

Cet ensemble pourrait constituer la matrice sinon d'un Code pénal européen, du moins de standards européens d'incrimination pénale, marquant les intérêts à protéger en priorité et parmi ceux-ci établissant une première hiérarchie. Standards d'incrimination qui pourraient être utilement complétés par l'énumération des droits et intérêts collectifs qui figurent dans la Charte sociale européenne de 1961 et parfois dans la Convention elle-même.

Une telle matrice européenne des incriminations pénales pourrait fonder à la fois des injonctions (d'incriminer les comportements portant atteinte ou menace pour ces droits et intérêts) et des interdictions (lorsque le fait défini comme infraction pénale consisterait seulement dans l'exercice d'un droit garanti) ; étant observé que l'hypothèse des conflits entre intérêts individuels et collectifs, ou même entre intérêts individuels et "droits et libertés d'autrui", sont l'objet d'une jurisprudence européenne qui établit assez clairement les hiérarchies.

Cette matrice pourrait être complétée, notamment du point de vue des sanctions, par référence aux standards, jurisprudentiels cette fois, établis par la Cour à propos de la "matière pénale".

On sait qu'il s'agit là d'une notion "autonome" (appliquée, par exemple, à des sanctions disciplinaires ou administratives) que la Cour développe en raison d'un risque de "fraude à la Convention" qui consisterait pour les Etats à dépénaliser certains comportements afin de ne pas avoir à respecter les garanties de procédure que l'article 6 réserve, notamment, en "matière pénale".

D'où la nécessité pour la Cour de dégager des critères, véritables standards jurisprudentiels européens organisés autour de la qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne (critère A), la nature de l'infraction (critère B) et la gravité de la sanction (critère C), assortis chacun de nombreux

sous-critères et éléments d'appréciation tels que, pour le critère B, les caractères de la norme transgressée et la gravité de la transgression ou pour le critère C de la nature, la mesure et les modalités d'exécution de la sanction, encourue, prononcée ou exécutée (25).

En définitive, cette analyse montre qu'en droit pénal, il y aurait tout intérêt à circonscrire la notion de standard en considérant que : parmi les notions vagues et faisant référence à une normalité, c'est-à-dire à une moyenne des comportements, seules deviennent "standards" celles qui répondent à l'exigence d'un raisonnement logique qui, pour échapper à la logique formelle, n'en relève pas moins d'une autre logique (par exemple logique des possibilités, ou logique floue, voir ci-dessus note 1). Pour que cette exigence soit remplie, il faut que les possibilités plus nombreuses et plus ouvertes offertes soient encadrées par référence à des critères multiples spécifiés et pondérés entre eux avec une précision suffisante, tels les standards italiens de l'élaboration des lois pénales (voir 1.2) ou encore les standards européens de la matière pénale évoqués in fine (2.2). C'est à ce prix, me semble-t-il, que les standards peuvent apporter plus de souplesse sans pour autant favoriser l'arbitraire et l'opacité.

(25) Voir La matière pénale ..., précité, note 1.