



HAL
open science

L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France et dans le monde

François-Xavier Cornuot

► **To cite this version:**

François-Xavier Cornuot. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France et dans le monde. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA002 . tel-01271399

HAL Id: tel-01271399

<https://theses.hal.science/tel-01271399v1>

Submitted on 9 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE Droit, Science politique, Histoire
Centre d'Études Internationales et Européennes

THÈSE présentée par : **François-Xavier CORNUOT**

soutenue le : **16 janvier 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences Juridiques (Droit Public)

**L'encadrement juridique de l'emploi de
la contrainte exercée par la force
publique en France et dans le monde.**

THÈSE dirigée par :

M. ZIMMER Willy

Professeur agrégé de Droit Public, université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. RENAUDIE Olivier

Professeur agrégé de Droit Public, université de Lorraine

M. MULLER Étienne

Professeur agrégé de Droit Public, université de Bourgogne

AUTRE MEMBRE DU JURY :

M. MAULIN Éric

Professeur agrégé de Droit Public, université de Strasbourg

« Il est juste que ce qui est juste soit suivi. Il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi.

La justice sans la force est impuissante. La force sans la justice est tyrannique.

La justice sans force est contredite parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice, et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste.

Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. »

Fragment 135 « Justice force ».

Blaise PASCAL, *Les Pensées*, 1658.

PASCAL (Blaise), *Pensées*, Léon Brunschvicg, Paris, 1897, 249 pages.

Sommaire

(Une table des matières figure à la fin de l'ouvrage)

Introduction générale.....	1
Première partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard des libertés individuelles.....	29
Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de la liberté d'aller et de venir.....	36
Chapitre premier. Chapitre premier. La recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public : la mission cardinale de la force publique.....	40
Chapitre deuxième. Les mesures de contrainte visant à traduire devant la justice les auteurs d'infractions : des mesures strictement encadrées.....	189
Titre deuxième. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte au regard du droit de propriété.....	301
Chapitre premier. La contrainte de la force publique au service de la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité.....	303
Chapitre deuxième. La saisie de l'instrument et du produit de l'infraction : la sanction des auteurs d'infractions.....	366
Deuxième partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de l'intégrité personnelle.....	427
Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard du droit à l'intégrité physique.....	434
Chapitre premier. Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique dans un cadre individuel.....	437
Chapitre deuxième. Le recours à la force dans un cadre collectif: le strict respect de procédures destinées à garantir le droit à l'intégrité physique.....	513
Titre II : L'encadrement juridique du recours à la force au regard du droit à la vie : un recours à la force absolument nécessaire et proportionné.....	553
Chapitre premier. Le principe de responsabilité de la force publique : source de limitation effective des atteintes au droit à la vie.....	559
Chapitre deuxième. La proportionnalité du recours à la force meurtrière : la notion de légitime défense.....	640
Conclusion générale.....	759

Introduction générale

1. « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. » Telle est la lettre de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. La volonté de nos illustres révolutionnaires fut donc d'assigner à la force publique l'éminent rôle de protecteur des droits et libertés. Toutefois, l'on peut relever que la relation qui s'opère entre la force publique et les droits de l'homme présente un caractère amphibologique. En effet, la force publique est à la fois la garante des droits de l'homme, mais elle constitue en même temps un danger potentiel d'atteinte aux libertés publiques. Notre étude a donc pour objet de s'interroger sur la manière dont la force publique peut être la garante des droits et libertés.

2. Notre étude repose sur les fondations chrysaléphantines que constitue l'article 12 de la Déclaration. Inscrivant notre pensée dans la nitescence coruscante des Lumières dont l'incarnation politique fut l'Assemblée nationale constituante de 1789, il est fondamental afin de comprendre l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'étudier l'esprit révolutionnaire qui l'anime. En ayant recours à une prosopopée, l'on peut affirmer que l'article 12 est fils de son temps. La genèse de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 nous permet ainsi de mieux appréhender sa teneur.

3. Ce monument juridique pétri de la philosophie des Lumières constitue le chef d'œuvre étincelant de l'Assemblée nationale constituante. Cette auguste Assemblée puise ses origines dans la Chambre du Tiers État laquelle représentait les sujets non-privilegiés du Roi de France aux États Généraux du Royaume¹. Officiellement convoqués par Louis XVI le 14 janvier 1789, les États Généraux réunissant les trois ordres de la société (Noblesse, Clergé et Tiers État) avaient pour but d'aider le Roi à surmonter toutes les difficultés du Royaume pour ce qui concernait l'état des finances ainsi que l'établissement d' « un ordre constant et invariable dans toutes les parties du gouvernement qui intéressent le bonheur de nos sujets et la prospérité [du] royaume. »² En se plaçant d'un point de vue téléologique, l'on mettra en exergue le concept éminent de bonheur des individus qui composent le peuple³, concept qui doit être au fondement de l'action étatique. D'un

¹ Pour une approche historique détaillée, on pourra se reporter à l'ouvrage d'Adolphe THIERS. THIERS (Adolphe), *Histoire de la Révolution française*, Tome Ier, neuvième édition, 1839, FURNE ET CIE, LIBRAIRES-EDITEURS, Paris, 395 p.

² Lettre du Roi LOUIS XVI datée du 14 janvier 1789 citée par Olivier GOHIN dans son manuel : GOHIN (Olivier), *Droit constitutionnel*, LITEC, Paris, 2010, 1497 p.

³ Ainsi, quelques années plus tard le jour de Noël 1792 et avant qu'il ne soit décollé, le roi Louis XVI recommanda à son fils « de songer qu'il se doit tout entier au bonheur de ses concitoyens. [...] Qu'il ne peut

point de vue de la pensée politique, le concept de la recherche du bonheur fut consacré à la même période sur le continent américain au sein de la Déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776⁴.

4. Le 17 juin 1789, la chambre du Tiers État se refusa à siéger et à voter par ordre. Se considérant comme étant représentative de la Nation tout entière, elle s'érigea en Assemblée Nationale. Le titre que devait prendre l'Assemblée fut l'objet de vifs débats. MIRABEAU⁵ proposa celui de « représentants du peuple français ». Le député de Grenoble Jean-Joseph MOUNIER⁶ défendit la dénomination de « majorité délibérant en l'absence de la majorité ». Le député LEGRAND proposa celui de « assemblée nationale ». Ce dernier fut adopté après une discussion assez longue, qui se prolongea jusqu'au 16 juin dans la nuit. Le lendemain 17 juin, la proposition fut mise en délibération, et, à la majorité de 491 voix contre 90, les communes se constituèrent en assemblée nationale.

5. Le 9 juillet, le député MOUNIER, rapporteur du Comité de constitution développa, devant l'assemblée nationale devenue, le même jour, « constituante », les principes qui présidèrent à l'élaboration de la constitution et soutint la nécessité de la faire précéder d'une Déclaration des droits⁷. Il convient ici de souligner que les membres de l'Assemblée constituante étaient pénétrés de la pensée philosophique du siècle des Lumières⁸. MIRABEAU publia *l'Essai sur le despotisme*⁹ à Londres

faire le bonheur des Peuples qu'en régnant suivant les Lois [...]. » Testament de Louis XVI rédigé à la Tour du Temple.

⁴ « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. » *Déclaration d'indépendance américaine*, 4 juillet 1776.

⁵ RIQUETTI DE MIRABEAU, Honoré, Gabriel (1749 - 1791). Il fut élu député en 1789. Pour une approche complète, on pourra se reporter à l'étude intitulée l'élection de Mirabeau aux États Généraux (janvier-avril 1789) : DE LOMÉNIE (Charles), « L'élection de Mirabeau aux États Généraux (janvier-avril 1789) » in *Annales de l'École libre des Sciences politiques*, 1889, pp. 298-341.

⁶ MOUNIER, Jean-Joseph (1758 - 1806). Député du Tiers-États en 1789, MOUNIER était avocat. Voir, ROBERT (Adolphe), COUGNY (Gaston), BOURLOTON (Edgar), *Dictionnaire des Parlementaires français, comprenant tous les Membres des Assemblées françaises et tous les Ministres français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889 avec leurs noms, état civil, états de service*, Quatrième volume, Lav-Pla, Bourloton, Paris, 1891, 640 p. ; voir spécialement, pp. 447-449 ; également cité par l'Assemblée Nationale sur son site électronique officiel : <www.assemblee-nationale.fr>

⁷ Pour une description du fonctionnement de l'Assemblée constituante, l'on se reportera à LAFERRIÈRE (Firmin), *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours y compris le droit public et privé de la Révolution française*, tome second, deuxième édition, corrigée et augmentée, Guillaumin et compagnie, libraires, Paris, 1859, 444 p. ; Firmin Laferrière (1798-1861). Il fut jurisconsulte, Inspecteur général des écoles du droit et membre de l'Institut.

Source : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/12327334/firmin_laferriere/>

⁸ D'un point de vue symbolique et pour rendre hommage à sa pensée nourricière, l'Assemblée nationale votera pour l'érection d'une statue en l'honneur de Jean-Jacques Rousseau. Voir également, SCHERF (Guilhem), DARROUSSAT (Séverine), *Jean-Jacques Rousseau et son image sculptée 1778-1798*, Paris, FAGE, 167 p.

Pour ce qui concerne les origines intellectuelles qui ont présidé au siècle des Lumières, l'on pourra se

en 1775, mais l'ouvrage fut composé à la fin de 1772 selon les *Mémoires* de Mirabeau publiées par son fils adoptif¹⁰. Mirabeau qui fut le parangon de l'orateur constitutionnel, se fit le chantre des droits et libertés.

6. Mirabeau fut l'incarnation éclatante de la Révolution. Il écrivit : « Justice me sera faite, le temps la rend à tous »¹¹. Mis en détention pendant dix ans dans des prisons d'État ou des lieux d'exil par les dix-sept lettres de cachet réclamées par la justice paternelle, il avait lancé contre l'arbitraire son premier manifeste : *l'Essai sur le despotisme*. À vingt ans, il avait déclamé ces paroles de Tacite : « Ah ! certes, nous avons donné un grand « exemple de patience, *dedimus profecto grande patientiae documentum* ! » (Le passage de Tacite sert d'épigraphe au livre de *l'Essai sur le despotisme*). Il combattit pour ouvrir à la France l'ère nouvelle de la liberté publique. À la France, il offrait son livre sur *Les lettres de cachet*, né du sein de ses détentions arbitraires : « Mon âme, enhardie par la persécution, a élevé mon génie abattu par les souffrances... Libre ou non, je réclamerai jusqu'à mon dernier soupir les droits de l'espèce humaine. »¹² À l'héritier du Grand

reporter à l'ouvrage devenu désormais classique de Bernard GROETHUYSEN. L'auteur examine un certain nombre de penseurs et d'écrivains, de Descartes à Rousseau, qui, par leurs idées, leurs doctrines, l'atmosphère intellectuelle qu'ils ont créée, ont préparé l'évolution des esprits qui a abouti à la Révolution. De là, il passe à l'idée de Droit, dont le caractère révolutionnaire et universel a trouvé son expression dans la *Déclaration des Droits de l'Homme*. GROETHUYSEN (Bernard), *Philosophie de la Révolution française précédé de Montesquieu*, Gallimard, Collection « Bibliothèque des Idées », Paris, 1956, 308 p. L'on pourra également étudier l'ouvrage de Daniel MORNET (1878-1954), *Les origines intellectuelles de la Révolution française*, Éditions La Manufacture, Lyon, 1989, 632 pages.

En ce qui a trait à l'histoire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, il convient de se référer à l'ouvrage de Vincent Marcaggi. MARCAGGI (Vincent), *Les origines de la déclaration des droits de l'homme de 1789*, deuxième édition, Fontemoing et compagnie, éditeur, Paris, 1912, 251 pages ; l'auteur était docteur ès science juridique et docteur ès sciences politiques et économiques. Il fut aussi avocat au barreau de Toulon.

Et, concernant l'histoire des différentes déclarations des droits de l'homme, l'on pourra étudier l'ouvrage de Christine Fauré dans lequel l'auteur propose une réflexion originale sur ce sujet. FAURÉ (Christine), *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, Les Belles Lettres, Paris, collection « Romans, Essais, Poésie, Documents », 2011, 544 p.

⁹ MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Essai sur le despotisme*, deuxième édition augmentée, éditeur [s.n.] (Londres), 1776, 214 pages ; pour une édition française, on pourra se reporter à l'ouvrage suivant *Essai sur le despotisme*, A. BAILLEUL, Paris, 1821, 323 pages.

¹⁰ *Mémoires biographiques, littéraires et politiques* de Mirabeau, tome quatrième, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif, Adolphe GUYOT, Paris, M DCCC XXXIV (1834), 506 p. ; voir spécialement, p. 4

¹¹ MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Dénonciation de l'agiotage au Roi et à l'assemblée des notables*, éditeur [s.n.], 1787, 143 p.

¹² Source : *Lettres de Vincennes – Introduction aux Lettres de cachet*. Il rédigea plusieurs lettres écrites du donjon de Vincennes pendant les années 1777, 1778, 1779 et 1780. Ces lettres avaient pour destinataire le lieutenant-général de police Lenoir. Mirabeau exprime ses plaintes concernant sa détention et précise « qu'il est bien plus pénible encore de languir dans l'incertitude de son sort », « Lettre à M. Lenoir, juillet 1777 » in *Lettres écrites du donjon de Vincennes, pendant les années 1777, Œuvres de Mirabeau, précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages* par M. Mérilhou, tome Ier, Lecointe et Pougin, Didier, libraires-éditeurs, Paris, 1834, 420 pages.

Frédéric, et dans un écrit publié le jour de son avènement au trône, Mirabeau exposait la charte des libertés qu'appelait la philosophie sociale du XVIII^e siècle.¹³

7. Le grand jour des États Généraux enfin est venu ; l'assemblée nationale reçoit dans ses rangs l'illustre orateur provençal qui fait montre d'assaut d'éloquence contre l'aristocratie provençale. Mirabeau à la veille des États Généraux avait écrit : « Guerre aux privilégiés et aux privilèges, voilà ma devise¹⁴ ». Ce fut l'esprit de 1789 ; le principe fondamental de la Révolution française trouva son expression à travers ces mots sacramentels : liberté et égalité.

8. Le principe révolutionnaire puisait sa source dans le droit naturel¹⁵. Toutes les déclarations des droits de l'homme qui furent proposées et celle qui fut adoptée comme étant le préliminaire de la Constitution, en sont le témoignage admirable. La parole des tribuns, qui s'adressaient aux députés ou au peuple, s'inspirait aussi des droits de la raison et de la nature humaine. L'orateur de 1789, au début de la Révolution française, proclamait ainsi la souveraineté de la raison et du droit : « Ne nous défions pas de l'empire de la vérité et de la raison ; elles finiront par dompter, ou, ce qui vaut mieux, par modérer l'espèce humaine, et gouverner tous les gouvernements de la terre : Mars est le tyran, mais le droit est le souverain du monde. »¹⁶

9. Afin de rédiger la nouvelle Constitution et, partant la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'Assemblée constituante mit en place de nombreux comités dont le but était de fournir chacun leur tribut à la Constitution. C'est ainsi que fut institué une formation de comités pour tous les grands objets de politique, de finance, de législation : Comité de Constitution, Comité de finances, Comité d'aliénation de biens nationaux, Comité ecclésiastique, Comité féodal, etc. Chaque comité était une réunion d'hommes spéciaux ; de leur élaboration sont sortis tous les grands travaux de l'Assemblée. De cette manière, en cinq mois, la France fut couverte des ruines de l'ancienne

¹³ Source : Lettre remise à Frédéric-Guillaume II, roi régnant de Prusse, le jour de son avènement au trône, 1787, éditeur [s.n.] ; la lettre numérisée est consultable sur le site de la Bibliothèque européenne numérique Europeana co-fondée par l'Union européenne, <<http://www.europeana.eu/>> Dans cette lettre, Mirabeau prodigue ses conseils en matière de gouvernement et plus précisément d'un gouvernement éclairé soucieux des droits et libertés de plusieurs millions d'hommes dont le roi va « veiller sur le bonheur ».

¹⁴ Source : « Lettre de Mirabeau à M. Levraut, libraire de Strasbourg, du 16 août 1788 » in *Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif*, tome septième, Louis HAUMAN et Compagnie, Bruxelles, 1835, 319 p. ; voir pp. 192-194. Cette lettre prophétique, écrite dix mois avant les premières journées de la Révolution, est remarquable. Voir la reproduction *in extenso* de cette lettre dans les *Mémoires du comte Alexandre de TILLY pour servir à l'histoire des mœurs de la fin du XVIII^e siècle*, tome troisième, Chez les Marchands de nouveautés, Paris, 1828, 348 p. ; voir pp. 128-131.

¹⁵ Voir en *Annexe* pp. 84-85, l'allégorie du droit naturel qui orne la Rotonde du Tribunal Suprême du Royaume d'Espagne du peintre Garnelo y Alda. Nous tenons ici à préciser l'importance symbolique de l'art au service du droit.

¹⁶ Discours de septembre 1789, lors de l'hésitation du roi Louis XVI à sanctionner les décrets du 4 août qui marquaient l'abolition des privilèges en France (*Moniteur*).

organisation et des fondations marmoréennes de la Nouvelle France. Tous les principes du régime politique nouveau étaient promulgués.

10. Le 6 juillet 1789 fut constitué un comité de travail en vue de préparer la constitution du royaume. Ce comité de travail avait pour président Jean-Joseph Mounier, député du Dauphiné. Le député Jean-Joseph Mounier fit le rapport du comité chargé de préparer le travail de la constitution au cours de la séance du jeudi 9 juillet 1789 sous la présidence de Le Franc de Pompignan, Archevêque de Vienne¹⁷. Pour former un plan de travail sur un objet quelconque, il est nécessaire de l'examiner sous ses principaux rapports, afin de pouvoir classer les différentes parties. Comment établir leur liaison successive, si l'on n'a pas saisi l'ensemble ? Le député Jean-Joseph Mounier commença par déterminer de manière précise le sens du mot Constitution ; et une fois ce sens bien déterminé, il a fallu considérer la constitution telle qu'elle a été entrevue par les commettants des représentants de la Nation. « Nous avons pensé qu'une constitution n'est autre chose qu'un ordre fixe établi dans la manière de gouverner ; que cet ordre ne peut exister, s'il n'est appuyé sur les règles fondamentales, créées par le consentement libre et formel d'une nation ou de ceux qu'elle a choisis pour la représenter. Ainsi une constitution est une forme précise et constante de gouvernement, ou, si l'on veut, c'est l'expression des droits et des obligations des différents pouvoirs qui le composent. »¹⁸

Jean-Joseph Mounier ajouta que quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du peuple clairement exprimée, il n'a point de Constitution ; il n'a qu'un gouvernement de fait qui varie suivant les circonstances, qui cède à tous les événements. Alors, l'autorité a plus de puissance pour opprimer les hommes que pour garantir leurs droits¹⁹. « Plaçons dans le corps de la constitution, comme lois fondamentales, tous les vrais principes. »²⁰

¹⁷ Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, *Moniteur, Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises imprimé par ordre de l'assemblée nationale* sous la direction de M. J. MAVIDAL, chef du bureau des procès-verbaux, de l'expédition des lois, des pétitions, des impressions et distributions de l'assemblée nationale et de MM. E. LAURENT et E. CLAVEL, sous-bibliothécaires de l'assemblée nationale, première série (1789 à 1799), tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), librairie administrative de Paul DUPONT, Paris, 1875, 731 p. ; voir les pages 214-217.

« Messieurs, vous avez établi un comité pour vous présenter un ordre de travail sur la constitution du royaume. Il va mettre sous vos yeux celui qu'il a jugé convenable, et vous examinerez dans votre sagesse s'il peut répondre aux vues qui vous animent. » (*Archives parlementaires, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, voir page 214*).

¹⁸ *Archives parlementaires, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, voir page 214*.

¹⁹ *Archives parlementaires, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, idem*.

²⁰ *Archives parlementaires, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, voir page 215*.

Jean-Joseph Mounier proposa de fixer enfin la constitution de la France, et que celle-ci revête un caractère sacré grâce au consentement général de la Nation. Téléologiquement, cette constitution vise à assurer à jamais la prospérité de la France. L'établissement d'une constitution constitue un impérieux devoir pour les représentants de la Nation puisque leurs commettants leur ont défendu d'accorder des subsides avant l'établissement de la constitution. (L'on pourra se référer aux nombreux vœux émis dans les divers cahiers de doléances.) Lorsqu'une fois la liberté sera fixée, et que le pouvoir législatif sera déterminé, les bonnes lois se présenteront naturellement.

11. Le premier projet de déclaration des droits fut l'œuvre d'un combattant de la liberté, le marquis de Lafayette²¹ qu'il convient d'hisser sur le pavois de l'histoire de France pour ses idéaux. Le marquis de Lafayette détermina la déclaration des droits comme étant une « énonciation de vérités incontestables »²². Les idées des constituants doivent d'abord se fixer sur une déclaration qui renferme les premiers principes de toute constitution, les premiers éléments de toute législation. Gilbert de Lafayette présenta ensuite deux objets d'utilité d'une déclaration des droits. « Le premier est de rappeler les sentiments que la nature a gravés dans le cœur de chaque individu ; d'en faciliter le développement, qui est d'autant plus intéressant que, pour qu'une nation aime la liberté, il suffit qu'elle la connaisse, et que, pour qu'elle soit libre, il suffit qu'elle le veuille. »

Le second objet d'utilité est « d'exprimer ces vérités éternelles d'où doivent découler toutes les institutions, et devenir, dans les travaux des représentants de la nation, un guide fidèle qui les ramène toujours à la source du droit naturel et social. »²³ Pour le marquis de Lafayette, « le mérite d'une déclaration des droits consiste dans la vérité et la précision ; elle doit dire ce que tout le monde sait, ce que tout le monde sent. »²⁴

²¹ Marie Joseph Paul Yves Roch Gilbert du Motier, marquis de Lafayette naquit le 06 septembre 1757 au château de Chavaniac en Auvergne et mourut le 20 mai 1834 à Paris. Jeune homme fortuné, il débuta une carrière militaire au service des mousquetaires Noirs du Roi. Passionné par les idées des philosophes, le marquis de Lafayette était pétri par l'idéal de la Liberté. Aussi, il combattit aux côtés des insurgés pour concourir à la fondation de la jeune Nation américaine. *Mémoires, correspondance et manuscrits du général Lafayette, publiés par sa famille*, Tome 1, Adamant Media Corporation, Boston [Delaware, États-Unis d'Amérique], 2001, 314 p. ; Tome 2, 292 p. ; Tome 3, 290 p. ; Tome 4, 326 p.

²² Assemblée Nationale. Présidence de M. Le Franc de Pompignan, Archevêque de Vienne. Séance du samedi 11 juillet 1789, pp. 221-223.

L'on pourra se reporter à l'ouvrage de MM. CONAC (Gérard), DEBENE (Marc), TEBOUL (Gérard), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* [sous la direction de], Economica, Paris, 1993, 365 p. Voir en particulier, la contribution du Professeur CONAC (Gérard), « L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen », voir les pages 7-52.

²³ D'un point de vue symbolique, voir en *Annexe* pp. 64-65, l'*Allégorie relative à la Déclaration des droits de l'homme* du peintre Jean-Baptiste REGNAULT (1754-1829) dans laquelle l'artiste représente le marquis de Lafayette surplombé par l'allégorie du Temps qui dévoile la Vérité.

²⁴ *Archives parlementaires, Assemblée nationale*, séance du samedi 11 juillet 1789, voir page 221. Faisant

12. Concernant l'utilité de l'existence d'une déclaration des droits, les débats furent vifs. À rebours de Champion de Cicé, évêque d'Auxerre et de La Luzerne, évêque de Langres, **Barnave**²⁵ était partisan d'une déclaration des droits. La nécessité de la déclaration des droits fut démontrée avec évidence. Dénonçant ceux qui craignent de rétablir « la liberté primitive des hommes sortant des forêts, de peur qu'ils n'en a abusent », le député Barnave proclame au contraire qu'il faut connaître les droits des hommes avant de les établir. Il faut donc une déclaration des droits. Cette déclaration a deux utilités pratiques : la première est de fixer l'esprit de la législation afin qu'on ne la change pas à l'avenir ; la seconde est de guider l'esprit sur le complément de cette législation, qui ne peut pas

montrer d'une très grande modestie, Lafayette ne demanda pas à l'Assemblée nationale d'adopter ses projets ; mais il demanda seulement que l'Assemblée en fasse faire des copies pour être distribuées dans les différents bureaux. Ainsi, le premier essai d'une déclaration des droits engagera d'autres membres à présenter d'autres projets qui rempliront les vœux de l'Assemblée. Il est assez remarquable de relever ici que selon les archives parlementaires qui restituent les mouvements de la séance (dans le domaine littéraire, ces mouvements de séance s'apparentent aux didascalies) le marquis de Lafayette fut applaudi vivement.

Eu égard à l'importance dans notre histoire du droit constitutionnel du projet de déclaration des droits rédigé par le marquis de Lafayette, il convient de le faire figurer *in extenso* ; cela constitue un hommage à ce grand défenseur de la liberté. M. le marquis de Lafayette fit lecture du projet qui suit : La nature a fait les hommes libres et égaux ; les distinctions nécessaires à l'ordre social ne sont fondées que sur l'utilité générale.

Tout homme naît avec des droits inaliénables et imprescriptibles ; telles sont la liberté de toutes ses opinions, le soin de son honneur et de sa vie ; le droit de propriété, la disposition entière de sa personne, de son industrie, de toutes ses facultés ; la communication de ses pensées par tous les moyens possibles, la recherche du bien-être et la résistance à l'oppression.

L'exercice des droits naturels n'a de bornes que celles qui en assurent la jouissance aux autres membres de la société.

Nul homme ne peut être soumis qu'à des lois consenties par lui ou ses représentants, antérieurement promulguées et légalement appliquées.

Le principe de toute souveraineté réside dans la nation.

Nul corps, nul individu ne peut avoir une autorité qui n'en émane expressément.

Tout gouvernement a pour unique but le bien commun. Cet intérêt exige que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, soient distincts et définis, et que leur organisation assure la représentation libre des citoyens, la responsabilité des agents et l'impartialité des juges.

Les lois doivent être claires, précises, uniformes pour tous les citoyens.

Les subsides doivent être librement consentis et proportionnellement répartis.

Et comme l'introduction des abus et le droit des générations qui se succèdent nécessitent la révision de tout établissement humain, il doit être possible à la nation d'avoir, dans certains cas, une convocation extraordinaire de députés, dont le seul objet soit d'examiner et corriger, s'il est nécessaire, les vices de la constitution.

²⁵ BARNAVE (Antoine, Joseph, Marie, Pierre) (1761 - 1793). Mandats à l'Assemblée nationale : Présidence : du 25/10/1790 au 08/11/1790 ; 02/01/1789 - 30/09/1791 : Dauphiné (Province). Député à la Constituante de 1789, né à Grenoble (Isère), le 22 octobre 1761, exécuté à Paris, le 18 novembre 1793, fils d'un avocat consultant de Grenoble, il était lui-même, à 21 ans, avocat au Parlement de cette ville. Épris de la constitution anglaise, il prononça, en 1783, un *Discours sur la nécessité de la division des pouvoirs dans le corps politique*, discours qui le mit en évidence, et publia, en 1788, une brochure contre les idées de la féodalité, qui lui valut d'être élu député aux États-Généraux, le 2 janvier 1789, par l'Assemblée des trois ordres du Dauphiné. Il appuya la déclaration des droits le 1er août. (Biographie extraite du *Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889* d'Adolphe Robert et de Gaston Cougny, précité).

prévoir tous les cas... Le constituant Barnave considère qu'il est indispensable de mettre à la tête de la constitution une déclaration des droits dont l'homme doit jouir. Pour lui, il faut qu'elle soit simple à portée de tous les esprits, et qu'elle devienne « le catéchisme national »²⁶.

13. Malouet²⁷ estima que la nation leur demandait l'ordre, la paix et des lois protectrices. Aussi, il enjoignit ses collègues à les écrire sous la dictée de la raison universelle qui, après l'expérience de vingt siècles, devrait seule parler, car elle a tout enseigné, et ne laisse plus rien de nouveau à dire aux plus éloquents et aux plus profonds des publicistes. La déclaration des droits de l'homme est souhaitable, parce qu'elle est utile. Pour le genre humain, c'est un grand avantage de publier, de « consacrer toutes les vérités qui servent de fanal, de ralliement et d'asile aux hommes épars sur tout le globe »²⁸. De cette manière, les droits de l'homme et du citoyen doivent être sans cesse présents à tous les yeux. « Ils sont tout à la fois la lumière et la fin du législateur : car les lois ne sont que le résultat et l'expression des droits et des devoirs naturels, civils et politiques »²⁹. Et, le député s'interrogea sur la question de savoir si ces idées lumineuses, ces importantes vérités devaient être converties en acte législatif ou bien, s'il fallait présenter les principes avec leurs modifications dans la constitution.

La déclaration des droits de l'homme constitue le complément d'une bonne constitution ; et comme les droits de l'homme en société doivent s'y trouver développés et garantis, leur déclaration doit en être l'exorde ; mais cette déclaration doit s'éloigner de manière nécessaire de l'exposé métaphysique et des définitions abstraites. Dans de telles circonstances, le député estima qu'une déclaration expresse des principes généraux et absolus de la liberté et de l'égalité naturelle, peut briser des liens nécessaires. Le député proposa donc, en recevant comme instruction le travail du comité que soit commencé dans les bureaux, puis dans l'assemblée, la discussion des principes du gouvernement français, d'après le plan de Mounier. La discussion doit être fixée par titre et par article, et le comité de rédaction doit être chargé de recueillir le résultat des discussions et des changements proposés à chaque séance.

14. Au cours de la séance du lundi 3 août 1789, sous la présidence du duc de Liancourt, **le député Desmeunier** estima que la nécessité d'une déclaration des droits de l'homme était évidente. La déclaration contiendra les vrais principes de l'homme et du citoyen. Les articles de la constitution en

²⁶ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1er août 1789, voir page 322.

²⁷ Pierre, Victor MALOUE (1740 - 1814). Député en 1789, il fut élu par acclamation le 21 mars 1789 par le Tiers État de la sénéchaussée de Riom. Source : *Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889*, précité.

²⁸ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1er août 1789, voir les pages 322-323.

²⁹ *ibidem*.

seront les conséquences naturelles. « Autrement, ce serait exigé du peuple une foi aveugle qu'il ne doit pas à ses représentants ». Le député proposa l'arrêté suivant : « L'Assemblée nationale, considérant qu'il est nécessaire, pour former l'esprit public, de faire à l'avance une déclaration des droits qui précédera la constitution française, c'est-à-dire une déclaration des principes applicables à toutes les formes de gouvernement, arrête qu'il importe de fixer les idées : premièrement, sur l'émanation des principes dans toute société ; deuxièmement, sur la liberté de chaque individu dans les rapports de la société ; troisièmement, sur la propriété ; quatrièmement, sur les lois qui doivent être l'expression du sentiment général ; cinquièmement, sur l'établissement des formes de procédure ; sixièmement, sur les barrières qui doivent séparer les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ; septièmement, quelle est l'étendue de la puissance militaire envers les concitoyens ? Huitièmement, enfin tous les autres principes que l'Assemblée nationale croiraient devoir y insérer.»³⁰

15. Des projets de déclaration des droits furent exposés ; l'on peut citer le projet de l'abbé Sieyès (*Archives parlementaires*, tome VIII, précitées, p. 422 et suivantes), celui de Gouges-Cartou (p. 427 et suivantes), et enfin celui du sixième bureau (p. 431 et suivantes). L'Assemblée constituante, après avoir longtemps hésité si elle adopterait la forme raisonnée de la Déclaration des droits de Sieyès ou bien la disposition par articles du projet de Déclaration des droits de Mounier, décida à la séance du 12 août 1789 qu'on nommerait cinq personnes, auxquelles sera assignée la mission d'examiner les différents projets de Déclaration présentés, dans le but de les fondre en un seul et en vue de soumettre ce projet de Déclaration à la discussion de l'Assemblée le lundi qui suit. Ce fut au comte de Mirabeau au nom du comité des cinq de présenter le rapport de ce comité (17 août, p. 438). Un projet de déclaration des droits du comité (*ibidem* et page suivante) fut également exposé. Suite aux discussions qui se sont tenues à l'assemblée nationale et auxquelles ont participé notamment les députés Crenière, Duport, Grégoire, vicomte de Mirabeau, Rabaud de Saint-Etienne, Pétion de Villeneuve, Duport, Le Chapelier, Garat (18 août p. 451 et suivantes), ce projet de déclaration des droits du comité fut renvoyé aux bureaux (*ibidem*, p. 455).

Une motion ayant été soulevée pour qu'on procédât par la voie de l'appel soit dans les bureaux soit dans l'assemblée générale au choix de celle des Déclarations qu'on souhaitait adopter comme base de discussions, la pluralité des suffrages se prononça en faveur d'un projet imprimé quelques jours seulement auparavant, projet qui avait pour titre : « Projet de Déclaration des droits

³⁰ Voir, *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 3 août 1789, voir page 334.

de l'homme et du citoyen discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale »³¹.

16. Il convient d'insister tout particulièrement sur les aspects qui ont rapport avec les origines historiques de la Déclaration des droits. Il convient ici de chercher les traces du grand mouvement des idées dont l'Assemblée constituante fut pétrie. Les influences que révèlent une étude attentive des débats qui ont précédé la Déclaration des droits de l'homme sont si diverses qu'une énumération limitative ne paraît pas possible. Au cours des débats, on parla de l'Amérique, de la Suède, de la Russie, des Anciens et des Modernes³². De cette manière, l'œuvre créatrice révolutionnaire s'inscrivait dans un cadre universaliste afin que la Déclaration des droits puisse elle-même éclairer le monde.

17. Le 19 août 1789, l'Assemblée décida que le projet de déclaration des droits, discuté dans le sixième bureau, servira de texte pour la discussion³³ ; ce projet de déclaration des droits fut ensuite discuté au sein de l'assemblée, le 20 août. Le Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 fut adopté le 20 août 1789³⁴. Les articles 12 et 13 furent discutés au cours de la séance du 24 août 1789³⁵. Il faut ici souligner que l'article 12 issu du projet du sixième bureau (article 20) fut adopté, sur l'intervention des députés Madier et de Lally-Tollendal, à l'unanimité. Ce fut le premier des vingt-quatre articles du projet de déclaration du sixième bureau qui fut conservé. S'agissant de la discussion de l'article 20 du projet du sixième bureau, il est intéressant de relever la dénomination des agents de la force publique proposée par le Député Pison du Galand, à savoir celle de *serviteurs de la nation*. Pour ce qui concerne la mission de la force publique, le Député de Gouy d'Arcy souligna le rôle cardinal de la force publique quant à l'effectivité de la loi et à la protection du droit de propriété. Sans la force publique, « la loi est sans vigueur et la

³¹ Voir BUCHEZ (B.-J.-B.) et ROUX (P.-C.), *Histoire parlementaire de la Révolution française ou Journal des Assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815*, tome second, Paulin, libraire, Paris, M DCCC XXXIV, 476 pages ; voir spécialement les pages 308-311 en ce qui concerne le Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale, et adopté par l'Assemblée nationale comme point de réunion des idées, avec la liberté d'y retrancher ou ajouter, etc.

³² Voir, WALCH (Émile), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante : travaux préparatoires*, H. Jouve, Paris, 1903, 240 pages ; voir spécialement page 227.

³³ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 19 août 1789, p. 459. Et, DAWSON (Philippe), « Le 6^e bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme » in *Annales historiques de la Révolution française*, 1978, Volume 232, pp. 161-179.

³⁴ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du jeudi 20 août 1789, p. 463.

« Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs [...] ».

³⁵ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 24 août 1789, p. 484.

propriété sans appui »³⁶. Enfin, le Député Chapelier critiqua la formulation trop vague de l'article 20 en ce sens qu'on n'y établit pas avec assez de précision la responsabilité des agents publics, et l'impossibilité d'abuser de la force publique contre les citoyens.

18. La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, une fois adoptée, rayonna au-delà des frontières françaises. Ainsi, l'on mettra en lumière la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de Franchimont adoptée le 16 septembre 1789 au Congrès de Polleur³⁷. Largement inspirée de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen votée vingt jours plus tôt, celle-ci contenait toutefois quelques différences notables parmi lesquelles l'on soulignera la différence de rédaction de l'article 12. En effet, les constituants du Congrès marquèrent leur différence avec l'esprit révolutionnaire français en remettant en cause l'affirmation selon laquelle la force publique est la garante des droits et libertés³⁸.

A. La problématique.

19. La force publique considérée comme constituant le bras armé de l'État vise à garantir les droits et libertés et joue donc un rôle primordial pour la formation des sociétés humaines. Il convient ici d'apporter une définition des sociétés humaines lesquelles constituent l'entité territoriale au sein de laquelle s'exerce la contrainte de la force publique. Au plan philosophique, Johann Gottlieb

³⁶ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 24 août 1789, p. 484.

³⁷ Le Congrès de Polleur fut une assemblée convoquée le 9 août 1789 par Laurent François Dethier, jeune avocat, premier bourgmestre démocrate reconnu par les autorités de la Principauté de Liège un an plus tôt et maire du chef Ban de Theux. La République liégeoise fut une république née de la Révolution liégeoise dans le Pays de Liège en 1789 et qui disparut en 1791 suite à l'invasion autrichienne. Les États du pays de Liège préparèrent une Constitution. Au Congrès, Dethier avait convoqué tous les représentants des cinq bans qui formaient le Franchimont (Jalhay, Sart, Spa, Theux et Verviers). Ils avaient choisi Polleur parce que ce village se trouvait être le lieu géographique le mieux situé entre les cinq bans au carrefour des routes qui y menaient : *chacun faisait une part du chemin pour aller à la rencontre des autres* et affirmait en quelque sorte son intention de communiquer et de construire. Et c'est ainsi que ce congrès reçut le nom de « Congrès de Polleur ».

Lors de la cinquième séance, à la fin des débats, l'assemblée approuva à l'unanimité une « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen pour le Franchimont » dans laquelle Dethier formulait les principes de base des démocraties modernes.

Source : UNESCO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture), site institutionnel à l'adresse suivante : <<https://fr.unesco.org/>>

³⁸ On soulignera ici l'utilisation du conditionnel pour déterminer le rôle de la force publique. « Si la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique, cette force n'est instituée que pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

FICHTE « appelle société le rapport des êtres raisonnables entre eux. »³⁹ Baruch SPINOZA, dans son *Traité politique*⁴⁰, s'interroge sur le but suprême et dernier que la société peut considérer. Le philosophe se pose la question de savoir quelle est la condition d'un gouvernement quel qu'il soit. C'est ce que l'on voit facilement par la fin de l'état civil, qui, assurément, n'est pas autre que la paix et la sécurité de la vie. Et, par conséquent, le meilleur gouvernement, c'est celui où les hommes passent leur vie dans la concorde, et dont les droits sont conservés inviolés. En effet, la société découle d'un contrat social par lequel les êtres humains s'engagent mutuellement ; ils assurent ainsi leur sécurité. Primitivement, les hommes vivaient dans l'état de nature.

20. S'interrogeant sur l'essence de l'État plutôt que sur l'essence de l'État idéal, et cherchant le fondement de la société civile, Jean-Jacques Rousseau réfute les thèses d'une fondation sur la force, l'autorité paternelle ou la volonté divine, et explique comment une convention unanime à savoir un pacte tacite, anhistorique et permanent, constitue le seul garant possible de l'État. Ainsi, l'on peut se poser la question de savoir comment l'État se conçoit à partir des seuls individus, et comment un concept emprunté au droit privé à savoir celui de contrat permet de penser l'institution politique.

Dans un chapitre primordial (chapitre premier), le philosophe procède à l'analyse de la formation de la société. « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants. Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout »⁴¹.

Un point important de ce traité réside dans « l'aliénation générale », de chacun à l'association, aliénation qui est l'acte par lequel s'établit la liberté civile et morale. Aussi, le sens du pacte, est d'opérer une transmutation de l'individu isolé et précaire, simple unité numérique, en une

³⁹ Voir, dans *De la destination du savant et de l'homme de lettres*, la deuxième leçon intitulée « De la destination de l'homme en société », et spécialement page 27 ; *De la destination du savant et de l'homme de lettres*, traduit de l'allemand par M. Nicolas, Professeur de philosophie à la faculté de théologie de Montauban, librairie de Ladrangue, Paris, 1838, 104 pages. Johann Gottlieb FICHTE (1762-1814). Autre forme du nom : Jean Théophile FICHTE (français). Source : Bibliothèque nationale de France ; base de données « data », <http://data.bnf.fr/11902725/johann_gottlieb_fichte/>

⁴⁰ SPINOZA (Baruch), *Traité politique*, Chapitre V « Quel est le but suprême et dernier que la société peut considérer ». Voir les pages 49-54. Voir spécialement § II. *Œuvres de Spinoza*, traduites par Émile Saisset avec une introduction du traducteur, œuvres en trois volumes ; deuxième volume, Charpentier, Paris, 1861, 471 p.

SPINOZA, Baruch (1632-1677). Pays : Pays-Bas, langue : latin, naissance : 1632, mort : 1677. Philosophe. Autre forme : Benedictus de Spinoza. Source : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/11925350/baruch_spinoza/>

⁴¹ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contract social, ou, Principes du droit politique*, chez Marc Michel Rey, Amsterdam, MDCCLXII (1762), première édition, 323 p. ; Livre premier « Où l'on recherche comment l'on passe de l'État de nature à l'État civil, et quelles sont les conditions essentielles du pacte », Chapitre VI, intitulé « Du pacte social », pp. 26-31 voir spécialement les pages 29-30. Jean-Jacques ROUSSEAU (1712 – 1778).

personne juridique dont les droits seront reconnus et protégés. L'acte de s'associer engendre alors une entité nouvelle, la volonté générale. Celle-ci, dont la notion avait déjà été ébauchée en 1755 dans le discours sur l'économie politique, en relation avec l'article de Diderot dans l'*Encyclopédie* intitulé « Droit naturel », se définit comme étant l'élément commun à toutes les volontés particulières, la « somme des différences » entre elles, leur invariant et leur référence incontestable.

En un mot, cet être est aussi un devoir-être. Transcendant aux individus en ce sens que la société est d'une autre nature qu'eux et que celle-ci est le principe par lequel ils adviennent à leur réalité et acquièrent une identité, le pacte social leur est également immanent : eux seuls en sont les auteurs aussi bien que les destinataires.

Comme instance juridique et morale, la volonté générale est l'absolu social. C'est elle qui détermine les droits positifs dont jouit chaque associé, notamment celui de propriété. Aussi, chacun retrouvera-t-il une partie ou même la totalité de ce qu'il avait aliéné. En effet, l'établissement de la société opère la mutation du fait au droit et ne fait qu'assurer la légitime possession, changer l'usurpation en un véritable droit et la jouissance en propriété. C'est d'ailleurs la fonction des lois que d'établir une égalité de convention entre tous les citoyens.

De cette façon, la volonté générale est le principe de souveraineté ; aussi celle-ci est droite, inaliénable, indivisible et indestructible. Le problème est alors de penser le lien qui doit exister entre l'acte fondateur et les institutions fondées, entre cet absolu originaire qu'est le contrat instituant et effective d'une législation. En effet, il s'agit de produire un être de raison par la conclusion d'un accord entre des parties ayant, en deçà de leurs divergences, un intérêt commun. Celui-ci s'exprime dans la loi qui est une déclaration de la volonté générale sur une question d'intérêt général ; ainsi, la loi est la condition d'une vie sociale effective, dont la mise en œuvre requiert deux sortes de médiations.

En effet, il faut un être capable de proposer une législation adéquate ; il faut un organe capable de faire appliquer les décisions du peuple ; il faut enfin que toute loi trouve son sens par son rapport avec les principes de la société. De cette manière, doivent être remplies deux fonctions. La première fonction est exégétique : le législateur, qui se présente comme étant le guide du peuple et son légiste, expliquera quelle est la législation la plus idoine et il rédigera à cet effet les projets de lois. La deuxième fonction est administrative et exécutive : le gouvernement, comme corps d'officiers du souverain et donc entièrement subordonné à la volonté générale, est préposé à la mise en œuvre des lois. Le but cardinal du contrat social est donc l'instauration de la paix⁴² et de la sécurité. Le mot

⁴² Selon l'*Encyclopédie*, le terme de « paix » a pour origine celui de pacte. Si l'on se réfère, au *Dictionnaire historique de la langue française* publié sous la direction d'Alain REY, le vocable de paix qui est attesté sous la

« paix » désigne ainsi la Concorde et la tranquillité régnant dans les rapports entre deux ou plusieurs personnes. Il vise donc des rapports calmes entre concitoyens, autrement dit une absence de trouble.

Dans son *Vocabulaire juridique*⁴³, Gérard CORNU définit le vocable de paix dans un premier sens comme étant la situation d'un État qui n'est en guerre avec aucun autre ou qui ne l'est pas avec un autre État déterminé, que cette situation résultât d'un traité de paix ou de la seule prolongation d'un état de non-agression. Dans un second sens, il sert à caractériser dans diverses expressions une situation non conflictuelle supposant, dans des relations individuelles ou collectives, non une bonne entente, mais à tout le moins une absence de litige, de procès. Ainsi, il en va pour l'expression de paix sociale.

21. Cet état de paix sociale est généré par la force publique qui se pose comme étant la garante des droits et libertés par l'exercice du monopole de la violence physique légitime. Pour ce qui concerne les usages sociaux de la contrainte physique, il convient de se référer à la vision réaliste développée par Max WEBER⁴⁴. L'éminent sociologue commence par déterminer avec précision ce qu'il convient d'entendre par le concept de groupements.

Selon Max WEBER, il existe une liaison intime entre la notion de groupement politique⁴⁵ et le concept de contrainte physique. En effet, tout groupement politique se reconnaît à ce que sa direction administrative préserve son existence et son ordre propre par l'application ou à tout le moins par la menace de la contrainte physique dans le cadre d'un territoire donné. Le propre de l'État consiste à revendiquer avec succès le monopole de la contrainte physique, plus précisément de la contrainte physique légitime. Max WEBER prend soin d'indiquer que le concept de contrainte

forme « pais » après 950 et qui est devenue « paix » avec adjonction du -x étymologique, vient du mot latin *pax, pacis*, n. lequel signifie « fait de passer une convention entre deux parties belligérantes », l'état de paix en résultant se disant plutôt « otium ». Le mot est aussi personnifié comme nom de la divinité qui préside à la paix. *Pax* appartient à une racine indo-européenne °pak- qui signifie « fixer par une convention ». Source : *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, Le Robert, Paris, 2006, 3 tomes.

⁴³ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, collection « quadrige », Paris, 2009, 986 p.

⁴⁴ Max WEBER (1864-1920). Né à Erfurt le 21 avril 1864, Karl Emil Maximilien fut l'aîné des huit enfants de Max Weber père, lequel était juriste et fut député au Reichstag. Pour une étude biographique, voir CHERKAOUI (M.), « WEBER Max » in *Encyclopédie philosophique universelle, les Oeuvres philosophiques, dictionnaire*, tome deux, Presses universitaires de France, 1992 ; voir philosophie occidentale, l'essor des sciences humaines (1889-1939), page 2918.

⁴⁵ WEBER (Max), *Economie et société, les catégories de la sociologie*, tome premier, Pocket éditeur, collection agora, Paris, 2000, 411 pages. Voir, Chapitre premier, intitulé « Les concepts fondamentaux de la sociologie, paragraphe 12 « Concept et sortes de groupements », pages 88-91.

physique ne doit pas être appréhendé comme étant l'unique moyen ou même le moyen normal d'un groupement politique : elle en constitue davantage le moyen spécifique. Si l'on se place à l'échelon étatique, la contrainte physique est en principe tenue dans les bornes de la légitimité.

Ainsi, Max WEBER précise avec une sentence fameuse que l'État exerce le monopole de la violence physique légitime. En effet, « [n]ous dirons d'un groupement de domination qu'il est un groupement politique lorsque et tant que son existence et la validité de ses règlements sont garanties de façon continue à l'intérieur d'un territoire géographique déterminable par l'application et la menace d'une contrainte physique de la part de la direction administrative. Nous entendons par État une « entreprise politique de caractère institutionnel » lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime »⁴⁶.

22. L'exercice du monopole de la contrainte physique légitime doit viser à garantir les droits et libertés de chaque être humain vivant au sein de la société. Pour atteindre ce but fondamental, il est nécessaire que la contrainte exercée soit encadrée. Aussi, faut-il définir la consistance de l'encadrement juridique de la contrainte exercée par la force publique.

23. L'encadrement juridique de la contrainte exercée par la force publique en France vise à garantir le respect des droits et libertés constitutionnellement consacrées au bénéfice de tout être humain qui vit sur le territoire de la République française en ce sens que la force publique jouissant du monopole de la violence physique légitime ne doit pas porter atteinte à ses droits et libertés par le recours à la contrainte qui pourrait revêtir un caractère disproportionné. Pour atteindre cet objectif lequel met en jeu les intérêts les plus éminents pour toute personne humaine à savoir le respect de son droit à la vie, la force publique existant au sein d'une société démocratique se trouve dans l'impérieux devoir de respecter les valeurs démocratiques à savoir le respect des droits de l'homme et de l'État de droit. La force publique apparaît ainsi comme étant le reflet de la nature du régime politique qui gouverne la société. Ainsi, l'on peut affirmer que la force publique constitue une philosophie politique en uniforme.

24. Le but de toutes les sociétés étant le bonheur général, un gouvernement qui s'éloigne de ce but, ou qui lui est contraire, est essentiellement vicieux. Ainsi, à l'Assemblée nationale constituante, le député Mounier mit en exergue la valeur sommitale des droits de l'homme ; en effet, ceux-ci constituent les fondements d'une bonne constitution. « Pour qu'une constitution soit bonne, il faut

⁴⁶ Voir, Chapitre premier intitulé « Les concepts fondamentaux la sociologie », paragraphe 17. Groupement politique, groupement hiéocratique, voir pages 96-100.

qu'elle soit fondée sur les droits des hommes, et qu'elle les protège évidemment ; il faut donc, pour préparer une constitution, connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus, il faut rappeler les principes qui doivent former la base de toute espèce de société, et que chaque article de la constitution puisse être la conséquence d'un principe. »⁴⁷

Le Comité de constitution de l'Assemblée nationale constituante se prononça ainsi en faveur d'une déclaration des droits des hommes laquelle précédera la constitution, pour en rappeler le but. La déclaration sera placée, en forme de préambule, au-dessus des articles constitutionnels, et celle-ci n'en sera pas séparée⁴⁸. En effet, le comité estima que publier une déclaration des droits séparée de la constitution pourrait avoir des inconvénients ; des idées abstraites et philosophiques, si elles n'étaient accompagnées des conséquences, permettraient d'en supposer d'autres que celles qui seront admises par l'Assemblée. S'agissant de l'économie générale de la déclaration, il fut convenu que celle-ci devrait être courte, simple, et précise. C'est donc de la déclaration des droits, considérée comme préambule de la constitution, que l'assemblée s'occupait⁴⁹.

25. À la lumière de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, la force publique est le service public du bonheur public, à savoir qu'elle garantit à tout être humain la jouissance pleine et entière de ses droits et libertés. Au cours des travaux d'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵⁰, le député TARGET⁵¹ déterminait le concept de bonheur public. Ses réflexions portèrent sur la déclaration des droits de la société⁵². L'élaboration d'une déclaration des droits de l'homme s'inscrivait parfaitement dans le travail principal auquel les députés furent conviés par leurs commettants. En effet, c'est bien remplir le vœu des commettants des représentants de la Nation, que de faire la déclaration des droits.

⁴⁷ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, voir page 216.

⁴⁸ Voir supra.

⁴⁹ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, idem.

⁵⁰ La discussion sur la constitution fut reprise par la question de la place de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle fut ainsi posée : « Mettra-t-on ou ne mettra-t-on pas une déclaration des droits de l'homme et du citoyen à la tête de la constitution ? ». *Archives parlementaires*, Assemblée Nationale, Présidence de M. le Duc de Liancourt. Séance du samedi 1er août 1789, p. 314.

⁵¹ Guy, Jean-Baptiste TARGET (1733 - 1806). Député en 1789, né à Paris le 17 décembre 1733, mort aux Molières (Seine-et-Oise) le 7 septembre 1806, fils d'un avocat, il fut reçu avocat au parlement de Paris en 1752. Élu, le 2 mars 1789, député du Tiers aux États-Généraux par la prévôté et vicomté de Paris, il prêta le serment du Jeu de paume. Il fut en outre président de l'Assemblée le 18 janvier 1790, et organisa le cérémonial de la fédération du 14 juillet. Membre de la Légion d'honneur le 25 prairial an XII, membre de la commission d'examen du projet de Code civil, et membre de la commission de rédaction du Code criminel, il fut chargé d'en soutenir la discussion au Conseil d'État. Source : Biographie extraite du *dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889* (Adolphe Robert et Gaston Cougny), précité.

⁵² Voir *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, pp. 320-321.

Le député détermina l'objet de la constitution comme étant l'organisation de l'État. D'un point de vue téléologique, le but de l'État est le bonheur public. Pour y parvenir, celui-ci dispose d'un moyen, à savoir sa constitution. Le député définit le bonheur public de manière négative comme « n'étant pas, si l'on considère en masse tous les individus, l'accomplissement du désir ni les passions qui ne cessent de nous agiter, vaine chimère que l'homme poursuit sans cesse »⁵³. Puis, il détermine de manière positive le bonheur naturel comme étant « l'exercice plein, entier et libre de tous les droits.»⁵⁴ Le bonheur public constitue ainsi la véritable fin de tout gouvernement.

Abondant dans le même sens, **le député Delandine**⁵⁵ estima que la rédaction d'une constitution permet l'établissement du « bonheur qui manqua à nos pères »⁵⁶. Il est d'un impérieux devoir d'en « faire jouir nos descendants, et la France peut reprendre le sentiment de sa gloire et de son ancienne splendeur. » Il ajouta qu'en parlant de constitution, de droits naturels et de principes imprescriptibles, il fallait ne pas aller à des idées trop abstraites. La déclaration des droits naturels de l'homme offre l'objet d'un travail très philosophique ; elle renferme les principes qui seront dans tous les esprits, ou qui doivent y être.

Toute bonne constitution est fondée sur le droit naturel, qu'il qualifie à l'instar de ses collègues de « vérités immuables » ; ces vérités sont de tous les âges, de tous les lieux, et on ne peut les méconnaître. Les auteurs des déclarations des droits naturels ont très bien établi que l'homme est né libre, qu'il doit l'être encore dans l'exercice de ses facultés et dans la disposition de sa propriété. Cependant, il faut garder les principes pour les législateurs, qui font les lois, et il convient de donner aux autres les conséquences, qui sont les lois elles-mêmes. L'homme doit savoir qu'il est libre, mais il faut faire plus que de lui déclarer, il faut ordonner qu'il l'est ; la loi qui empêchera qu'on attente à sa liberté sans corps de délit constant, prouvera mieux que tous les raisonnements que la liberté de l'homme est naturelle et sacrée. La loi qui proscriera les lettres de cachet, monument de la tyrannie, cette loi fera plus pour le bonheur public et la sûreté individuelle que tous les préambules et les préliminaires.

Aussi, forger une déclaration des droits de l'homme revêt un caractère cardinal afin de ne pas laisser ignorer au peuple français quels sont ses droits ! Ces droits constituent des vérités

⁵³ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, p. 320.

⁵⁴ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, p. 320.

⁵⁵ Antoine, François DELANDINE (1756 – 1820). Député à l'Assemblée constituante de 1789, il naquit à Lyon (Rhône) le 06 mars 1756 et mourut à Lyon le 05 mai 1820. Fils d'un magistrat, Delandine suivit la carrière du barreau et devint en 1775 avocat au parlement de Dijon, et en 1777, avocat au parlement de Paris. Source : *Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889*, précité.

⁵⁶ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1er août 1789, voir les pages 323-325.

immuables, c'est-à-dire des vérités qui sont dans la nature des choses. Inscrivant sa pensée dans une vision universaliste, le député TARGET prit pour exemple le monde entier. « L'ont-elles été des peuples de l'Asie ? L'ont-elles été des tyrans qui ont fait gémir le monde sous le poids de leur orgueil et son oppression ? L'ont-elles été des peuples d'Europe, qui nous environnent, et dont les plus libres conservent encore les ruines des monuments du despotisme ? »⁵⁷

Aussi, la déclaration a pour vocation d'instruire les peuples. La vérité apprend à l'homme quels sont ses droits et elle lui apprend aussi quels sont ses devoirs. De cette façon, en apprenant à l'homme quels sont ses droits, il respectera ceux des autres. C'est ainsi que la vérité devient utile, et que la lumière, qui brille sur ces beaux fondements, rayonne aussi dans les siècles.

Le député pensa donc que les droits des hommes n'étaient pas assez connus, qu'il fallait les faire connaître. Cette connaissance ne pouvait être qu'utile. En effet, le parlementaire avait une conception éthérée de la déclaration des droits de l'homme en ce sens que cette proclamation des droits qui appartiennent à chaque être humain, pouvait constituer un *impedimentum* aux actions délétères des tyrans. « Si nos ancêtres eussent fait ce que nous allons faire, s'ils eussent été instruits comme nous le sommes, si des articles positifs eussent opposé des barrières insurmontables au despotisme, nous n'en serions pas où nous en sommes. »⁵⁸ Animé par un souffle lyrique, Target déclara : « C'est en gravant sur l'airain la déclaration des droits de l'homme, que nous devons faire cesser les vices de notre gouvernement, et en préserver la postérité. »⁵⁹

26. À la lumière de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, la volonté des Pères de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, monument juridique coruscant qui rayonne dans l'ordonnement juridique français était de confier à la force publique la garantie des droits de l'Homme et du citoyen. De cette manière, la force publique constitue le service public du bonheur public. Et, il convient d'examiner comment la force publique doit agir pour servir les droits et libertés des êtres humains qui vivent au sein de la société humaine. Aussi, il convient de se poser la question : « **De quelle manière la force publique est-elle la garante des droits de l'homme et du citoyen ?** ». En vue d'accomplir ce but éminent dans le cadre des sociétés humaines, l'action de la force publique doit être encadrée puisque comme l'écrivait si

⁵⁷ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, pp. 320.

⁵⁸ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, p. 321.

⁵⁹ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, ibidem.

justement Pascal « la force sans la justice est tyrannique. »⁶⁰ Autrement dit, la force publique peut constituer de manière potentielle une source d'atteinte aux droits et libertés qu'elle doit protéger. Subséquemment, l'emploi de la contrainte exercée par la force publique doit être encadré. La force publique constitue donc le service public du bonheur public si et seulement si son action qui réside dans la contrainte est encadrée. Pour que la force publique soit le ciel étatique au service du soleil des libertés, la contrainte qu'elle exerce doit s'opérer à l'aune de deux principes cardinaux, lesquels régissent l'action de la force publique au regard des droits et libertés considérées. La contrainte employée par la force publique s'exerce à l'égard des droits et libertés de chaque être humain vivant en société. En se plaçant du point de vue du droit administratif, c'est-à-dire de celui de l'utilisateur du service public de la force publique, il conviendra d'étudier les éventuelles atteintes à ces droits et libertés selon une gradation examinée par rapport à l'action de la force publique ; action qui a pour but la préservation de la paix sociale. Désireux d'examiner l'action de la force publique dans son ensemble, nous étudierons la contrainte employée par la force publique à l'aune des missions qui lui échet. À cet égard, il convient d'étudier l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte opérée par la force publique au regard des libertés individuelles, lesquelles concernent la liberté d'aller et de venir et le droit de propriété. Puis, l'on examinera les atteintes potentielles de la force publique à l'égard de l'intégrité de la personne. De cette manière, l'étude de l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte employée par la force publique sera traitée suivant la progression des atteintes susceptibles d'être portées aux droits et libertés.

27. Ainsi, la force publique doit garantir les libertés individuelles. À cette fin, le principe d'action réside dans une conciliation nécessaire entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. La force publique agit à l'aune de pouvoirs juridiques propres déterminés par la loi et interprétés par le juge. En outre, la force publique exerçant le monopole de la violence physique légitime peut recourir à la force. Dans cette matière, l'intégrité personnelle de la personne qui subit la contrainte doit être protégée de la meilleure manière. Aussi, il sera nécessaire que la force publique respecte strictement le principe primordial qu'est le principe de proportionnalité.

28. La détermination préalable de la notion d'encadrement est ici nécessaire. D'un point de vue téléologique, l'action de la force publique doit s'inscrire dans le cadre démocratique des droits de

⁶⁰ PASCAL (Blaise), *Pensées*, voir Pensée 135 « Justice, Force » in *Œuvres complètes*, édition de Jacques Chevalier, Collection Bibliothèque de la Pléiade (n°34), Gallimard, Paris, 1936, 1568 p. Voir également dans le même sens, « La force sans la loi n'est qu'une violence », article 37 de la charte contenant la constitution française dans ses objets fondamentaux de Charles-François BOUCHE, avocat au Parlement et Député des communes de la sénéchaussée d'Aix, in *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, Annexe à la séance du 12 août 1789, voir les pages 400-403.

l'homme. Ce dernier est composé des différents textes juridiques qui proclament les droits de l'homme : il s'agit des textes juridiques de valeur constitutionnelle ainsi que des Conventions internationales. Du point de vue du droit interne des États, l'on pourra citer pour la France la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Au plan international, on pourra se référer à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; et, s'agissant de la protection régionale des droits de l'homme, il convient de viser la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, et nous plaçant dans la vision universaliste de la Révolution française la Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

29. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France consiste en un encadrement *a priori* de l'emploi de la contrainte par les textes juridiques lesquels s'inscrivent au sein de la hiérarchie des normes et qui sont, s'agissant des textes juridiques de nature constitutionnelle, interprétés par la juridiction constitutionnelle. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique est également un encadrement juridique *a posteriori*. Ainsi, un encadrement juridique *a posteriori* consistant en un contrôle non juridictionnel fut institué : l'institution d'autorités administratives indépendantes. En outre, l'encadrement juridique *a posteriori* de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique consiste dans le contrôle juridictionnel de l'action de la force publique.

L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France fut donc forgé par strates, de manière sédimentaire, au fil des régimes constitutionnels qui se sont succédé (depuis la Révolution française). L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte constitue donc le fruit des divers apports tant constitutionnels que législatifs et réglementaires, apports institués au fil des siècles. Du point de vue chronologique, il convient ici de mettre en lumière le rôle primordial qu'ont joué les juridictions françaises pour établir la responsabilité des fonctionnaires et agents publics appartenant à l'administration en vue de réparer les préjudices subis par les agissements ou par les carences de la force publique.⁶¹

À cette responsabilité, il convient de mettre en exergue le rôle cardinal du Conseil constitutionnel français, lequel a incorporé au sein de l'ordonnement juridique français la

⁶¹ Le rôle primordial que joue le juge au sein des sociétés humaines a été très bien mis en lumière par John LOCKE. « La privation d'un commun Juge, revêtu d'autorité, met tous les hommes dans l'état de nature : et la violence injuste et soudaine, dans le cas qui vient d'être marqué, produit l'état de guerre, soit qu'il y ait, ou qu'il n'y ait point de commun juge ». LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), § 19. Nous nous fonderons sur le texte du *Traité du gouvernement civil* de la 5^{ème} édition de Londres ; voir LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), Flammarion, collection « Garnier-Flammarion/Philosophie », 2^{ème} édition, 1999, 381p.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; ce texte juridique revêt en France un caractère fondamental, eu égard au caractère particulièrement protecteur que celui-ci joue en faveur des êtres humains qui vivent sur le territoire de la République française.

De plus, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les Nations attachées aux valeurs des droits de l'homme élaborèrent des textes juridiques conventionnels qui avaient pour but de reconnaître au point de vue universel les droits de l'homme. En effet, « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité »⁶² On peut, tout particulièrement, viser la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. En outre, sur le plan régional, le continent européen forgea un mécanisme de protection des droits de l'homme très rayonnant : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04 novembre 1950, laquelle reçoit une effectivité remarquable grâce à l'action d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme. De la même manière, sur le continent américain, fut élaboré un système de protection des droits de l'homme grâce à l'institution de la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, laquelle possède une effectivité également remarquable grâce à l'action d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

En dernier lieu, il convient ici de préciser que les Nations démocratiques, au XXe siècle et au XXIe siècle, se sont dotées de normes déontologiques qui s'appliquent à l'action de leur force publique. La déontologie peut ainsi être mise en œuvre par des autorités administratives indépendantes (en France, il s'agit du Défenseur des droits, autorité indépendante de nature constitutionnelle depuis la révision de la Constitution du 23 juillet 2008)⁶³.

⁶² Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, Préambule, deuxième considérant.

⁶³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République portant création d'un Défenseur des droits dans l'article 71-1 de la Constitution (NOR: JUSX0807076L).

Travaux préparatoires de la loi constitutionnelle n° 2008-724. Assemblée nationale : Projet de loi constitutionnelle n° 820 ; Rapport de M. Jean-Luc Warsmann, au nom de la commission des lois, n° 892 ; Discussion les 20 à 22 et 26 à 29 mai 2008 et adoption le 3 juin 2008 (TA n° 150).

Sénat : Projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, n° 365 (2007-2008) ; Rapport de M. Jean-Jacques Hyst, au nom de la commission des lois, n° 387 (2007-2008) ; Discussion les 17 à 20, 23 et 24 juin 2008 et adoption le 24 juin 2008 (TA n° 116).

Assemblée nationale : Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, n° 993 ; Rapport de M. Jean-Luc Warsmann, au nom de la commission des lois, n° 1009 ;

Discussion les 8 et 9 juillet 2008 et adoption le 9 juillet 2008 (TA n° 172).

Sénat : Projet de loi constitutionnelle, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 459 (2007-2008) ; Rapport de M. Jean-Jacques Hyst, au nom de la commission des lois, n° 463 (2007-2008) ;

Discussion les 15 et 16 juillet 2008 et adoption le 16 juillet 2008 (TA n° 137).

Congrès du Parlement : Décret du Président de la République en date du 17 juillet 2008 tendant à soumettre

B. Détermination de la notion de force publique et précisions méthodologiques

30. Après avoir déterminé de manière compendieuse la notion d'encadrement, il convient de définir celle de force publique. L'État détient le monopole de la force publique. Ainsi, seule la puissance publique à travers l'échelon étatique et au plan communal peut organiser un service qui possède la force coercitive. Par voie de conséquence, les milices privées et même municipales⁶⁴ ne peuvent être envisagées dans le cadre d'un État de droit.

La notion de force publique peut être définie selon deux critères alternatifs. Le premier critère est un critère de nature organique⁶⁵. Ainsi, sont membres de la force publique, les fonctionnaires et agents publics qui dépendent du ministère de l'Intérieur, de la Défense et de l'Économie. Ainsi, l'on étudiera les pouvoirs juridiques propres aux fonctionnaires de la police nationale, aux fonctionnaires de la police municipale, aux militaires de la gendarmerie nationale et aux fonctionnaires des douanes et dans le cadre précis de la lutte anti-terroriste, les militaires de l'Armée de Terre (plan Vigipirate).

Le second critère est fonctionnel. Appartient également à la force publique les fonctionnaires et agents publics qui exercent des missions de police judiciaire, à l'instar de certains fonctionnaires et agents publics qui dépendent du ministère de l'Écologie ou de l'Environnement, et du ministère des Transports. Afin d'être le plus exhaustif et le plus précis, il convient de viser l'action des fonctionnaires et agents du Conseil supérieur de la pêche dans le domaine de la lutte contre la pêche illégale en eau douce, fonctionnaires armés et qui peuvent donc de manière potentielle attenter au droit à la vie. L'on évoquera également les agents de l'Office National des Forêts. Nous précisons ici qu'au regard du sujet tel que nous avons voulu le traiter, à savoir d'étudier l'action de la force publique au regard des potentielles atteintes vis-à-vis des libertés individuelles et à l'égard de l'intégrité personnelle, nous préférons viser et donc ne pas traiter dans le détail les fonctionnaires et agents publics tels qu'ils sont définis à l'aune du critère fonctionnel afin que notre étude n'atteigne pas un volume excessif.

un projet de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès - Adoption le 21 juillet 2008.

⁶⁴ Voir par analogie, CE, Assemblée, 17 juin 1932 « Ville de Castelnaudary », *Recueil Lebon*, p. 295 et Dalloz 1932, p. 26 conclusions Josse. C'est pourquoi de telles milices tombent sous le coup de l'article 258 du Code pénal lequel réprime le délit d'usurpation de fonctions.

⁶⁵ S'agissant de la description organique de la force publique en droit positif contemporain, voir l'étude du Professeur Étienne PICARD, « Forces de polices : définition et missions » et « Forces civiles et militaires de police : organisation », Fascicules 201-1 et 201-2 du *Juris-Classeur Administratif*.

31. Pour des raisons évidentes liées au caractère secret de leurs activités, nous n'étudierons pas les services de la Direction Générale de la Sécurité Extérieure (DGSE). Celle-ci a pour mission, au profit du Gouvernement, en collaboration étroite avec les autres organismes concernés, de rechercher et d'exploiter les renseignements intéressant la sécurité de la France, ainsi que de détecter et d'entraver, hors du territoire national, les activités d'espionnage dirigées contre les intérêts français afin d'en prévenir les conséquences (décret n° 82-306 du 2 avril 1982 portant création d'une direction générale de la sécurité extérieure (DGSE), placée sous l'autorité d'un directeur général relevant directement du ministère de la Défense et nommé par décret en Conseil des ministres (*JORF* du 4 avril 1982, page 1034).

32. Il convient ici d'apporter des précisions d'ordre méthodologique. L'action de la force publique s'inscrit par essence dans le concept des droits de l'homme et dans celui des libertés publiques. L'expression « droits de l'homme » est apparue selon toute vraisemblance, dans le sens d'un génitif subjectif, dans l'*Historia diplomatica rerum Bataviarum* de Volmerus en 1537⁶⁶. L'expression « droits de l'homme » (*jura hominum*) est inséparable de la tradition jusnaturaliste dont on peut faire remonter l'origine au *De jure belli ac pacis* de Grotius (1625)⁶⁷. Elle n'est en effet que la version abrégée de ce que cette tradition désigna comme étant « les droits naturels de l'homme en tant qu'homme » ; autrement dit, les droits prépolitiques qui reviennent à l'homme en vertu de son être propre. La déduction la plus accomplie de ces droits peut être trouvée au XVIII^e siècle chez Christian WOLFF dont les *Principes du droit de la nature et des gens* (traduction par Formey en 1758)⁶⁸ articulent les quatre moments constitutifs de la pensée des droits de l'homme dans la tradition jusnaturaliste. En premier lieu, il convient de viser la définition *a priori* de la « nature propre » de l'homme comme être dont, à la différence des animaux, les actions sont libres, c'est-à-dire déterminées par les causes finales et supposant la considération rationnelle des fins : l'homme des « droits de l'homme » est alors une volonté pourvue de raison. Deuxièmement, il s'agit de la

⁶⁶ VILLEY (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, collection « Quadrige », Paris, 1983, réédition 2014, 176 p.

⁶⁷ GROTIUS (Hugo), *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1er, P. de Coup, Amsterdam, 1724, 518 p. ; nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Professeur en Droit à Groningue, Barbeyrac, Jean (1674-1744); *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 2, 1001 p. Pour la version latine originale, *De jure belli ac pacis libris tres in quibus ius naturae & gentium, item iuris publici praecipua explicantur* ([Reprod.]), apud Nicolaum Buon, Parisiis, 1625, 786 p.

Précurseur, il serait d'abord « le père du droit naturel » tel qu'il est conçu aujourd'hui, en ce sens qu'il l'aurait « laïcisé » ; voir INGBER (Léon), « La tradition de Grotius. Les droits de l'homme et le droit naturel à l'époque contemporaine » in *Des théories du droit naturel*, Centre de publications de l'Université de Caen, Caen, 1988, 160 p. ; pp. 43-74. Léon Ingber fut doyen de Faculté de Droit et de criminologie de l'Université libre de Belgique (ULB), (1992-1996).

⁶⁸ WOLFF (Christian) (1679-1754), *Principes du droit de la nature et des gens*, [Reproduction en fac-similé], traduction par Jean-Henry-Samuel FORMEY, Édition d'Amsterdam, 1758, réédition par le Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de CAEN, 1988, 335 p.

détermination de ce qui constitue, pour l'homme, la « loi de la nature ». En vertu de cette loi, l'homme à l'instar de tout être vivant, recherche les actions où sa nature tend vers sa perfection et fuit celles qui empêcheraient sa nature de s'accomplir. En d'autres termes, si l'on nomme bonheur la réalisation par l'individu de la perfection de son être, la loi naturelle qui régit les actions de tous les vivants les pousse à rechercher le bonheur. À partir de la loi naturelle commune, se laisse donc déduire l'obligation morale devant laquelle l'homme se trouve placé de faire ce qu'accomplit son essence alors même que d'autres choix lui sont offerts ; tandis que chez les animaux dont les actions sont mécaniques, les actes sont nécessairement ordonnés à la loi naturelle. Troisièmement, une déduction du principe d'un « droit naturel de l'homme », et enfin, la détermination du contenu des droits de l'homme : d'une part, l'homme possédera un droit naturel commun aux hommes et aux animaux⁶⁹.

33. Construit par la philosophie moderne, la thématique des droits de l'homme allait voir sa portée multipliée par sa traduction dans l'histoire juridique et politique. Concernant l'émergence politique de la référence aux droits de l'homme, il convient de viser deux histoires juridiques et politiques. Ainsi, il convient d'un point de vue chronologique de se référer aux déclarations américaines de 1776. La première déclaration des droits de l'homme sert de préambule à la constitution de l'État de Virginie datée du 12 juin 1776. L'esprit de ce texte juridique se retrouve dans la plupart des constitutions élaborées par les Treize Colonies dont la Déclaration d'indépendance en date du 4 juillet. La Déclaration d'indépendance proclame dans son préambule que « tous les hommes sont créés égaux » et « sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables », parmi lesquels « la vie, la liberté et la recherche du bonheur ». Il convient ensuite de viser la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Une controverse doctrinale a ainsi éclaté sur l'influence, prépondérante ou non, des déclarations américaines sur les rédacteurs du texte français de 1789 puis de celui de 1793.

34. Ainsi, un débat sévère opposa le juriste allemand Jellinek, lequel était partisan d'une filiation directe entre les déclarations américaines elles-mêmes (tenues pour un héritage du luthéranisme, et partant de la culture germanique) et les déclarations françaises ; le juriste français Émile Boutmy, quant à lui, défendait l'originalité radicale des textes français⁷⁰. Peu importe ce débat. La déclaration française de 1789 a incontestablement en commun avec ses devancières américaines la ferme conviction, héritée de toute la tradition du droit naturel moderne, que les hommes, « par nature

⁶⁹ Voir l'article de RENAUT (Alain), « Homme (droits de l') », *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques, Dictionnaire*, tome premier, philosophie occidentale, Presses universitaires de France, Paris, 1990, pp. 1163-1165.

⁷⁰ GOYARD-FABRE (Simone), *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, Paris, 2003, 384 p.

libres et indépendants », possèdent des droits inaliénables, non créés par l'État, mais limitant contraire son pouvoir, dont la légitimité ne se fonde, selon le schème contractualiste, que dans l'accord des individus autour de la nécessité d'un gouvernement chargé de garantir ces droits. Au-delà des influences directes, réelles ou non, c'est une communauté de sources intellectuelles qui s'est ainsi exprimée, ne serait-ce que dans la forme même adoptée par la référence aux droits de l'homme : droits relevant d'une déclaration et non d'une institution. Ainsi, les droits de l'homme ne sont pas créés, mais simplement consacrés ou authentifiés par l'État, en un acte qui est supposé seulement expliciter des droits tenus pour ayant en soi toujours déjà existé. En même temps qu'il attestait de la provenance jusnaturaliste, ce statut conféré aux droits de l'homme garantissait son succès pérenne. Symbole d'un droit susceptible de se laisser représenter comme étant extérieur à l'État, comme ne trouvant pas en lui sa source, les droits de l'homme pouvaient apparaître échapper aux vicissitudes du politique et être dotés d'une valeur supra-étatique et servir ainsi de recours dans la défense de l'individu ou de la société contre l'État.

35. Pour ce qui concerne la dénomination de la discipline dans laquelle s'inscrit notre étude, l'on soulignera que l'expression « libertés publiques », au pluriel, est d'origine relativement récente ; l'expression « libertés publiques » n'apparaissant pas avant le XIXe siècle. En effet, d'un point de vue philosophique, les théories relatives au droit naturel et au contrat social (les théories développées par Pufendorf, Burlamaqui, Rousseau, etc.) traitent en abondance des droits de l'homme en l'état de société ; mais l'expression « libertés publiques » n'y figure pas. Le pluriel « Libertés publiques » apparaît à partir des années 1820 dans les ouvrages ou discours de publicistes célèbres, à l'instar de François-René de Châteaubriand⁷¹. De plus, du point de vue de la doctrine juridique française, M.-F. Laferrière, Professeur de droit administratif à la faculté de Rennes, adressa en 1841 son Cours de droit public et administratif « non seulement aux étudiants en droit, mais aux publicistes et à tous ceux qui veulent connaître les droits et les devoirs des citoyens dans l'exercice des libertés publiques, les droits et les devoirs des pouvoirs politiques et administratifs dans leurs rapports avec les citoyens et la société »⁷². Enfin, du point de vue universitaire, il est bon de relever que le cours des libertés

⁷¹ Voir l'opinion de Châteaubriand, « Opinion sur le projet de loi relative à la suspension de la liberté individuelle » in *Oeuvres complètes de M. le vicomte de Chateaubriand, Pair de France, membre de l'Académie Française*, tome XXIII, Ladvocat, libraire, Paris, M. DCCC. XXVI. (1826), 583 p. ; Tome XXIII, pp. 337-349 : Châteaubriand emploie l'expression « libertés publiques » à cinq reprises. Voir également, Châteaubriand, dans son « Opinion sur le projet de loi relatif au recrutement de l'armée » prononcée à la Chambre des Pairs, dans la séance du 2 mars 1818. Châteaubriand met en garde contre le rôle néfaste que pourrait jouer une armée de légionnaires vétérans sur les libertés publiques (opinion numéro 21, pp. 292-321. Opinions et discours prononcés aux deux chambres).

⁷² LAFERRIÈRE (M.-F.), *Cours de droit public et administratif*, Joubert, libraire-éditeur, Paris, 1841, deuxième édition, revue, corrigée et augmentée, 657 pages.

publiques ne fut créé en France qu'en 1954 (et, il faut ici souligner que cet enseignement n'avait à l'origine qu'un caractère optionnel). Le cours de libertés publiques était dispensé, en quatrième année de droit, dans le cadre des matières spéciales à la section de droit et science politique au premier semestre⁷³.

En dernier lieu, il est bon de se référer à l'organisation ministérielle. Ainsi, l'administration centrale du ministère de l'Intérieur comprend la direction des libertés publiques et des affaires juridiques (article premier du décret numéro 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et de la décentralisation)⁷⁴.

S'agissant du champ d'étude du Droit des libertés publiques, de nombreux chapitres de ce droit relèvent d'autres enseignements. De cette façon, l'étude de la liberté individuelle ressortit, pour une large part, au Droit pénal⁷⁵. Et, la question de la valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est traitée en Droit constitutionnel. Le très grand intérêt du droit des Libertés publiques est d'être un droit transversal. L'on soulignera que, s'agissant du droit des Libertés, notre droit attache des conséquences juridiques précises et spéciales à la notion de liberté publique. Dès lors que l'on se trouve en présence de la notion de liberté publique, les solutions apportées par notre droit ne sont pas les mêmes que s'il s'agissait de traiter des litiges privés ou de se prononcer sur les agissements ordinaires de l'Administration. De cette manière, c'est un principe cardinal du Droit public français que les matières qui concernent les libertés publiques constituent une matière législative. Ainsi, l'article 34 de la Constitution du 04 octobre 1958 réserve de manière expresse à la compétence du législateur les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

⁷³ Le fondement juridique de la création du cours des libertés publiques est le décret numéro 54-343 du 27 mars 1954 modifiant le régime des études et des examens en vue de la licence en droit. Ce décret fut publié au Journal officiel de la République française du 28 mars 1954, pp. 2966-2969. Enfin, il convient de préciser que les dispositions du décret susvisé, relatif au régime des études et des examens en vue de la licence en droit, entreront en application au début de l'année scolaire 1958-1959 pour la quatrième année. (Article premier du décret numéro 54-1852 du 23 octobre 1954 fixant la date d'application du décret du 27 mars 1954 relatif au régime des études et des examens en vue de la licence en droit. Décret du 23 octobre 1954 publié au Journal officiel de la République française 28 octobre 1954, pp. 207-208.)

Le cours de libertés publiques ne revêtit un caractère obligatoire qu'à partir de 1962. Le cours des libertés publiques fut dispensé dans le cadre de la troisième année des études de droit au sein des matières communes à tous les candidats. Le fondement juridique du caractère obligatoire du cours de libertés publiques est le décret numéro 62-768 du 10 juillet 1962 fixant le régime des études et des examens de la licence en droit et de la première année de la licence ès sciences économiques. Ce décret fut publié au Journal officiel de la République française du 11 juillet 1962, pp. 6780-6783.

⁷⁴ Ce décret fut publié au Journal officiel de la République française du 11 juillet 1962, pp. 6780-6783.

⁷⁵ Voir ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 7^e édition, 1999, 909 p.

Nous privilégierons les aspects relevant des matières de l'Agrégation de Droit public, mais eu égard à la spécificité du Droit des Libertés publiques et compte tenu du sujet traité, nous étudierons les aspects du Droit pénal qui intéressent notre champ d'étude. Par ailleurs, il convient ici de souligner que le Droit pénal du point de vue du Droit comparé relève du Droit public dans la très grande majorité des États européens, la France constituant en la matière une exception. Aussi, lorsque nous nous adonnons à l'étude du droit pénal en Suisse, nous traitons en se plaçant d'un point de vue helvétique du Droit public applicable dans cet État.

36. Enfin, il faut mettre en lumière l'éminent intérêt du Droit comparé pour appréhender le sujet que nous avons à traiter. En effet, nous nous plaçons dans le rayonnement adamantin de la France des Lumières ; son incarnation politique, à savoir l'Assemblée Nationale Constituante, facetta la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen non seulement pour les êtres humains nés en France, mais également pour chaque être humain en leur seule qualité de membre de l'humanité. Ainsi, le Constituant TARGET déploya sa pensée en se fondant sur le monde entier⁷⁶. La Déclaration des droits de l'Homme qui constitue une énonciation de vérités incontestables éclaire notre planète terraquée. Autrement dit, les Droits de l'Homme revêtent un caractère orbicole. De cette manière, la pensée solaire du Député Guy, Jean-Baptiste TARGET brilla à travers les siècles trouvant une concrétisation constitutionnelle sur le continent africain à travers la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 dont le Préambule « affirme son adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 »⁷⁷. Notre conception du Droit comparé s'inscrit donc dans le cadre flamboyant de la France immarcescible des Droits de l'Homme. En effet, il est écrit dans l'histoire de l'humanité que la France est la patrie des Droits de l'Homme. Inscrivant notre étude dans la pensée des Lumières, notre vision est donc universaliste, cosmopolite et xénophile. De cette façon, la France peut être une source de lumière pour l'humanité tout entière ; les valeurs portées par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen peuvent servir de modèle à d'autres États à travers le monde. Et, dans le même temps, la démocratie française doit progresser en s'inspirant d'autres États de nature démocratique dans lesquels les droits et libertés sont mieux garantis selon le domaine concerné. Aussi, recourir au Droit comparé apparaît comme étant primordial afin de connaître les systèmes de protection des droits et libertés qui garantissent de la meilleure manière l'épanouissement de ces droits et libertés au sein des sociétés démocratiques.

37. L'action de la force publique doit donc être encadrée. En effet, la force publique est à la fois la garante des droits et libertés, mais celle-ci en raison même du monopole de la violence physique

⁷⁶ Voir supra, p. 17 ; *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, pp. 320.

⁷⁷ Source : Gouvernement du Sénégal, site électronique institutionnel à l'adresse suivante: <<http://www.gouv.sn>>

légitime qu'elle exerce peut y porter atteinte. Aussi, doit être trouvée une nécessaire conciliation entre les impératifs liés à l'ordre public et l'exercice des droits et libertés. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique s'opère vis-à-vis des libertés individuelles. Ainsi, des normes juridiques régissent les atteintes légitimes à la liberté d'aller et de venir ; les contrôles effectués visent la recherche des auteurs d'infractions. De plus, en vue d'assurer cette recherche, les membres de la force publique peuvent être amenés à porter des atteintes au droit de propriété. **(Première partie).**

L'exercice de la contrainte physique peut également porter atteinte à l'intégrité personnelle des personnes qui font l'objet de ces mesures de contrainte. Le recours à la force doit être ainsi strictement proportionné au but visé, à savoir la recherche des auteurs d'infractions. **(Deuxième partie).**

Première partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard des libertés individuelles.

Introduction de la première partie

38. La force publique constitue le service public du bonheur public. Nos révolutionnaires, au cours des débats qui se sont tenus à l'Assemblée nationale constituante au moment de la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, définissaient le bonheur public comme étant l'exercice des droits et libertés⁷⁸. La force publique constitue donc l'organe étatique chargé de la garantie des droits de l'homme et du citoyen. La force publique revêt donc une importance cardinale au sein des sociétés humaines puisqu'elle permet aux êtres humains qui la composent de vivre libres dans l'épanouissement des libertés, épanouissement garanti par la sécurité.

Toutefois, la force publique exerce le monopole de la violence physique légitime pour la garantie des droits de tous. Ce monopole de la violence physique peut par essence engendrer des violations des droits et libertés des êtres humains vivant en société alors même que la garantie des droits constitue la mission primordiale de la force publique. La contrainte exercée par la force publique s'inscrit donc dans cette relation amphibologique.

39. Aussi, il incombe à l'État si celui-ci revêt la forme d'une société démocratique de forger un cadre destiné à régir les comportements de la force publique. Grâce à ce cadre, les atteintes que la force publique pourrait infliger aux droits et libertés des hommes vivant en société se trouvent réduites. Ce cadre a été élaboré au fil des siècles. Pour ce qui concerne la France, la première composante de ce cadre visant le bien-être des êtres humains fut la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Puis, se sont agrégées des garanties juridiques tendant aux mêmes buts. Ainsi, la France a adhéré au XX^{ème} siècle à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales laquelle constitue un instrument juridique remarquable pour la protection des droits et libertés sur le continent européen⁷⁹. En outre,

⁷⁸ Voir *supra*, Introduction, Guy Jean-Baptiste TARGET (1733-1806).

⁷⁹ Voir, la Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 04 novembre 1950, et de ses protocoles additionnels, *JORF* du 3 janvier 1974, page 67. Et, le Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 04 novembre 1950 et de ses protocoles additionnels, *JORF* du 4 mai 1974, pp. 4750-4761.

De plus, il convient de mettre en exergue la possibilité pour tout justiciable de saisir un organe supra national, possibilité qui constitue une garantie primordiale de la protection des droits et libertés. Ainsi, au sein de l'ordonnement juridique français, le Décret n° 81-917 du 9 octobre 1981 porta publication de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel en application de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme en date du 04 novembre 1950 et de l'article 6 du protocole 4 à ladite Convention, en date du 16 septembre 1963 (*JORF* du 14 octobre 1981, page 2783). Ce décret prévoit la reconnaissance pour une période de 5 ans, de la compétence de la Commission européenne des droits de

la France a institué des autorités administratives indépendantes visant la défense des droits de l'homme. La notion d'État de droit⁸⁰ a également joué un rôle important en ce sens qu'il vient limiter l'action arbitraire de l'administration.

40. Avant d'examiner la consistance de l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique, il convient d'étudier les missions assignées à l'État. L'État se définit comme étant l'entité juridique formée par la réunion de trois éléments constitutifs à savoir, une population, un territoire et une autorité politique et à laquelle est reconnue la qualité de sujet de droit international. Le groupement d'individus fixés sur un territoire déterminé est ainsi soumis à l'autorité d'un même gouvernement qui exerce ses compétences en toute indépendance en étant soumis directement⁸¹ au droit international. Autrement dit, l'État est constitué par la réunion d'individus lesquels forment la société sur le fondement du contrat social. À cette fin, il incombe à l'institution étatique d'assurer au sein de la communauté humaine la sécurité nécessaire pour toute vie en société. La société peut revêtir un caractère démocratique. En ce cas, il est du devoir primordial de l'État d'assurer la garantie des droits de l'homme au bénéfice des êtres humains vivant en son sein.

41. Le rôle cardinal assigné à l'État dans le domaine de la protection des droits de l'homme présente un caractère universel à l'instar des droits humains⁸². Sur le **continent africain**, la

l'homme qui peut être saisie d'une requête par quiconque se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention.

Cette reconnaissance fut renouvelée par le Décret n° 86-1314 du 23 décembre 1986 portant publication de la déclaration de renouvellement d'acceptation du recours individuel en application de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme en date du 04 novembre 1950 et de l'article 6 du protocole n° 4 à ladite Convention, en date du 16 septembre 1963, faite à Paris le 1^{er} octobre 1986. Il convient de souligner que le Décret n° 86-1314 du 23 décembre 1986 fut édicté sur le fondement des articles 52 à 55 de la Constitution et du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 modifié relatif à la publication et à la ratification des engagements internationaux souscrits par la France.

Enfin, le Décret n° 90-415 du 14 mai 1990 porta publication des déclarations de renouvellement de l'acceptation du droit de recours individuel et de la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme, en application des articles 25 et 46 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, de l'article 6 du protocole n° 4 à ladite convention en date du 16 septembre 1963 et de l'article 7 du protocole n° 7 à ladite convention en date du 22 novembre 1984, faites à Paris le 25 septembre 1989. (NOR: MAEJ9030030D).

⁸⁰ L'association des termes *Recht* (droit) et *Staat* (État), sous le néologisme *Rechtsstaat* fit son apparition sous la plume de Johann Wilhelm Petersen (1758-1815) en 1798 pour désigner l'école de Kant. Voir, JOUANJAN (Olivier), *Figures de l'Etat de droit, Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, [sous la direction de], PUS - Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, 412 p.

⁸¹ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, collection « quadrige », Presses universitaires de France, Paris, 2009, 986 p.

⁸² Notre étude portera, de manière principale, sur les États qui sont des régimes démocratiques au sens notamment des critères adoptés par le Conseil de l'Europe. Toutefois, notre étude s'inscrit dans un cadre universel ; aussi, nous analyserons le droit de divers États membres de l'Organisation des Nations Unies, même

Constitution de la **République du Cap-Vert** du 14 février 1981, version de 1992, prévoit en son article 7 b que figure parmi les tâches fondamentales de l'État le soin de « garantir le respect des droits de l'homme et [d']assurer à tous les citoyens le plein exercice de leurs droits et de leurs libertés fondamentales »⁸³. De cette manière, le but de l'État est d'assurer le bonheur des membres qui le composent. La Constitution cap-verdienne énonce ainsi que l'État a pour tâche fondamentale de « promouvoir le bien-être et la qualité de la vie du peuple Cap-Verdien » (article sept e de la constitution précitée).

Les révolutionnaires français de 1789 définissaient le bonheur public comme étant l'exercice des droits et libertés par les citoyens. En l'espèce, il appartiendra à la puissance publique d'assurer les conditions sociales pour que le droit de propriété soit effectivement garanti. Ainsi, la Constitution cap-verdienne prévoit-elle en son article sept (i) que l'État crée « progressivement les conditions nécessaires à la transformation et à la modernisation des structures économiques et sociales en vue d'assurer aux citoyens la jouissance effective de leurs droits économiques, sociaux et culturels ».

Ce devoir cardinal de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui échet à l'État s'applique non seulement vis-à-vis de ses propres citoyens mais également à l'égard des ressortissants étrangers qui se trouvent sur son territoire. La Constitution cap-verdienne susvisée

si ces États ne sont pas des démocraties. Le combat pour le respect des Droits de l'Homme est une lutte quotidienne. Pour ce qui concerne l'universalisme, il convient de se référer à la contribution de Stéphane CAPORAL intitulé « Universalisme et relativisme culturel » dans *Sujets et objets universels en droit* paru sous la direction de Geneviève KOUBI et Olivier JOUANJAN, Institut de Recherches Carré de Malberg, collections de l'Université Robert SCHUMAN, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, 151 pages ; voir spécialement, les pages 32 – 61.

Nous ne partageons pas la vision selon laquelle l'Occident fait preuve d'ethnocentrisme. Comme l'ont si bien mis en lumière les physiocrates et plus généralement les grands penseurs des Lumières, chaque être humain jouit de droits inaliénables et sacrés en raison de sa seule qualité d'être humain.

⁸³ Pour la consultation des constitutions africaines, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'ouvrage de DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), CONAC (Gérard), DESOUCHES (Christine), *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », Paris et É. Bruylant, Bruxelles, 1997, 452 p. Tome 1er, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo, Côte-d'Ivoire, Djibouti, Égypte, Gabon, Guinée, Madagascar ; textes rassemblés et présentés par Jean du Bois de Gaudusson, Gérard Conac, Christine Desouches avec le concours de l'Agence de la francophonie ACCT et du Centre d'études juridiques et politiques du monde africain, Université Paris I ; en annexe la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981.

D'un point de vue des ressources électroniques, l'on pourra se référer à la DigiThèque de matériaux juridiques et politiques du Professeur Jean-Pierre MAURY de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : <<http://mjp.univ-perp.fr/>>

Et, l'on pourra consulter de manière fructueuse le site institutionnel de l'Organisation internationale de la Francophonie, Espace francophone des Droits de l'Homme, de la Démocratie et de la Paix, à l'adresse suivante : <<http://democratie.francophonie.org>>

prescrit ainsi que, parmi les tâches fondamentales de l'État, se trouve l'obligation de « garantir aux étrangers résidant de manière permanente ou temporaire au Cap-Vert ou en transit sur le territoire national un traitement conforme aux règles internationales, dans le respect des droits de l'homme, et l'exercice des droits qui ne sont pas exclusivement réservés aux citoyens capverdiens en vertu de la Constitution ou de la loi. » (Article sept I de la Constitution de la république du Cap-Vert du 4 février 1981, dans sa version de 1992).

Sur le **continent européen** qui est le berceau de la démocratie, l'on se fondera sur l'un des modèles, si ce n'est le modèle, le plus démocratique à savoir l'exemple de la **Confédération helvétique**. Ainsi, au sein de cette dernière, la Constitution de la **République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁸⁴ proclame dans son préambule que « [l]e peuple du canton de Neuchâtel, conscient de ses responsabilités à l'égard de la personne humaine, de la communauté, de l'environnement naturel et des générations futures, respectueux de la diversité des cultures et des régions, soucieux d'assurer, autant qu'il dépend de lui, la liberté, la justice, la paix et la prospérité dans un ordre démocratique et d'aménager une collectivité vivante, unie, solidaire et ouverte au monde, se donne la Constitution qui suit ».

Épris des valeurs les plus éthérées, le canton de Neuchâtel⁸⁵ qui est une république démocratique, laïque, sociale prévoit dès l'article premier de sa Constitution le but majeur qu'elle vise à savoir la garantie des droits fondamentaux (article premier alinéa premier de la constitution précitée). La Confédération helvétique est une fédération ; à ce titre, la Constitution fédérale et les Constitutions des États fédérés prévoient, de manière précise, la répartition des compétences dévolues à l'entité fédérale et aux entités fédérées⁸⁶. Pour ce qui a trait aux droits de l'homme, l'article 5 alinéa premier de la Constitution de la République et canton de Neuchâtel prévoit que dans les limites de leurs compétences et en complément de l'initiative et de la responsabilité des autres collectivités et des particuliers, l'État et les communes assument les tâches que la loi leur confie, notamment la protection de la liberté des personnes et le maintien de la sécurité et de l'ordre

⁸⁴ Source : *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le Peuple les 23 et 24 septembre 2000 ; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon le décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel ; <<http://rsn.ne.ch>>

⁸⁵ La capitale du canton est la ville de Neuchâtel, où le Grand Conseil et le Conseil d'État ont leur siège. (article deux de la Constitution). La langue officielle du canton est le français (article quatre de la Constitution).

⁸⁶ Pour le droit fédéral tel qu'il est défini par la Constitution du 18 avril 1999, l'on se reportera à l'ouvrage de AUER (Andreas), MALINVERNI (Giorgio), HOTTELIER (Michel), *Droit constitutionnel suisse*, Volume I : L'Etat,

publics⁸⁷. Il convient de souligner que la protection de la liberté des personnes et le maintien de la sécurité et de l'ordre publics figurent en tête de l'énumération des tâches incombant à l'État et aux communes, ce qui montre l'importance majeure de ces missions pour la puissance publique.

S'agissant du champ d'application des droits fondamentaux, ceux-ci doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (article 32 alinéa premier de la Constitution de la république et canton de Neuchâtel). Quiconque assume une tâche publique est tenu de les respecter. (Article 32 alinéa deuxième de la constitution susvisée). Les droits fondamentaux ne peuvent être limités que si la restriction se fonde sur une base légale, si elle est justifiée par un intérêt public prépondérant ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et si elle respecte le principe de la proportionnalité. (Article 33 premier alinéa). L'essence des droits fondamentaux est intangible. (troisième alinéa).

L'on se fondera également sur l'exemple norvégien. La **Constitution de la Norvège** du 17 mai 1814, promulguée le 17 mai 1814 par l'Assemblée constituante réunie à Eidsvoll (avec les modifications survenues depuis, la dernière par loi constitutionnelle du 18 juin 2010) édicte en son article 110 c qu'il « incombe aux autorités de l'État de respecter et de faire respecter les droits de l'homme. Des décisions particulières concernant la mise en application de traités à ce sujet seront déterminées par la loi. »⁸⁸

Enfin, sur le **continent américain**, l'article 25 de la **Constitution politique de la République du Nicaragua** du 9 janvier 1987 vise la liberté personnelle. Ainsi, il énonce que « toute personne a droit à : premièrement, la liberté individuelle, deuxièmement à la sécurité, et troisièmement, à la reconnaissance de sa personnalité et de sa capacité juridique »⁸⁹.

42. L'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France s'applique vis-à-vis des libertés individuelles. Parmi ces libertés individuelles, figure la liberté d'aller et de venir. Afin de réprimer les infractions lesquelles constituent des violations des lois démocratiques permettant le bien vivre ensemble des êtres humains au sein d'une société, la force publique est amenée à porter atteinte légitimement à cette liberté. Cependant, ces atteintes sont strictement encadrées par le

Stämpfli, Précis de droit Stämpfli, Berne, 2013, 3ème édition, 878 p. ; en langue française.

⁸⁷ Pour une étude sur les droits fondamentaux que connaît l'ordre constitutionnel suisse, à savoir les libertés, les garanties de l'État de droit et les droits sociaux, l'on se fondera sur l'ouvrage : AUER (Andreas), MALINVERNI (Giorgio), HOTTELIER (Michel), *Droit constitutionnel suisse*, Volume II : Les droits fondamentaux, Stämpfli, Précis de droit Stämpfli, Berne, 2013, 3ème édition, 700 p. ; en langue française.

⁸⁸ Source : *Digithèque de matériaux juridiques et politiques* du Professeur Jean-Pierre MAURY de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : <<http://mjp.univ-perp.fr/>>

⁸⁹ LOPEZ GUERRA (Luis) et AGUIAR DE LUQUE (Luis), *Las constituciones de Iberoamérica*, Centro de estudios constitucionales, Colección "Textos y documentos", Madrid, 2009, 2 volumes, 2300 p. ; volume 1 : Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador y El Salvador ; volume 2 : España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

droit, les procédures étant la mère de la liberté. Aussi, il convient de trouver une nécessaire conciliation entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis (**Titre premier**).

En outre, la contrainte exercée par la force publique se déploie à l'égard du droit de propriété. En vue de rechercher les preuves utiles à la justice pour la manifestation de la vérité, la force publique use de moyens juridiques afin de constituer ces preuves. Ces moyens portent atteinte au droit de propriété lequel arbore un caractère inaliénable et sacré ; aussi convient-il qu'ils soient strictement encadrés par le pouvoir judiciaire afin d'atteindre une nécessaire conciliation entre la mission cardinale que constitue la recherche des auteurs d'infractions et le respect du droit de propriété qui se trouve au fondement des sociétés humaines. Par ailleurs, la société est en droit de saisir les produits de l'infraction soit pour les détruire soit pour les confisquer (**Titre deuxième**).

Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de la liberté d'aller et de venir.

43. L'exercice de la liberté d'aller et de venir dont jouit la personne humaine a pour cadre la société humaine. La société est définie, depuis l'Antiquité, comme étant un groupement humain fondé sur des relations d'interdépendance. L'interdépendance fondamentale des individus inclue de manière obligée les individus dans la société. Il est fort intéressant de déterminer les origines étymologiques du vocable « société ». Ce terme, qui est un substantif féminin, puise sa source dans le terme latin « *socii* », lequel désignait sous l'Empire romain les compagnons qui allaient habituellement à la guerre ensemble. En mettant l'accent sur les relations entre l'individu et la société, la Constitution américaine et la Constitution française datée de 1791, qui sont précédées d'une Déclaration des droits de l'homme, visent à rendre l'être humain heureux et bon grâce à la société. L'absence de la notion dans les discours des droits de l'homme trouve son explication dans la tradition individualiste du jusnaturalisme dont ces différents textes juridiques de valeur constitutionnelle sont issus.

44. De cette façon, l'État doit garantir les libertés individuelles. Celles-ci constituent la liberté des Modernes. Benjamin CONSTANT fit l'apologie des libertés individuelles dans son discours de 1819 intitulé « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes ». « La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. » (Discours prononcé au mois de février 1819 à l'Athénée, une société d'enseignement ouverte au grand public et héritière du Lycée républicain)⁹⁰.

La liberté des Anciens se composait ainsi de la participation active et constante au pouvoir collectif. La liberté des Modernes, quant à elle, doit se composer de la jouissance paisible de l'indépendance privée. Pour Benjamin CONSTANT, les Modernes doivent être bien plus attachés que les Anciens à leur indépendance individuelle. En effet, les Anciens, lorsqu'ils sacrifiaient cette indépendance aux droits politiques, sacrifiaient moins pour obtenir plus. De nos jours, en consentant un sacrifice identique, les Modernes donneraient plus pour obtenir moins. Le but des Anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie : c'était là ce qu'ils nommaient

⁹⁰ Source : CONSTANT (Benjamin), *Oeuvres*, éditeur : Alfred Roulin, Bibliothèque de la Pléiade numéro 123, 1957, 1696 pages.

liberté. Le but des Modernes est la sécurité dans les jouissances privées ; et, ceux-ci nomment liberté, les garanties accordées par les institutions à ces jouissances⁹¹.

45. D'un point de vue juridique, la conception de la liberté individuelle fut développée dans la pensée de Pellegrino ROSSI.⁹² Il convient de chercher quels sont les droits publics que la loi constitutionnelle garantit, quelle est leur étendue et quelle est leur portée. Les droits publics sont la liberté même garantie dans ses diverses manifestations par la loi fondamentale du pays. La liberté humaine s'applique toujours à des actes extérieurs. Quant à celle qui ne s'applique qu'à des actes purement intérieurs, il est clair qu'elle n'est pas du ressort du pouvoir social. Celui-ci n'a le droit de s'occuper que des actes extérieurs. Une définition des actes extérieurs doit être ici donnée. Les actes extérieurs proprement dits, sont les actes physiques, quels que soient leur but, le bien-être, ou le plaisir ou une simple manifestation de la liberté. Ainsi, ces actes physiques consistent en une liberté d'action ou une liberté locomotive ; ce sont les actes qui rentrent plus particulièrement sous le chef de la liberté individuelle⁹³.

La liberté individuelle est donc la faculté pour l'homme de mettre à exécution toutes ses volontés légitimes. Elle peut être considérée dans ses rapports soit avec son possesseur, soit avec les autres individus, soit avec la puissance publique. « La liberté individuelle, si on pouvait la considérer d'une manière tout à fait générale et matérielle, se présenterait à nous comme la libre exécution de toutes les volontés de l'homme. Ce serait là une notion qu'on pourrait appeler sauvage, ce ne serait pas la liberté individuelle telle qu'on doit la concevoir en présence de l'être libre et moral à la fois, en présence de l'homme. Mais si nous faisons un pas de plus, si nous disons que la liberté individuelle existe là où l'homme a le pouvoir, la faculté de mettre à exécution toutes ses volontés légitimes, toutes les volontés que sa raison avoue, toutes celles que sa conscience ne désapprouve pas, vous

⁹¹ Voir dans le même sens, Benjamin CONSTANT (1767-1830), *Mélanges de littérature et de politique* (1829). « J'ai défendu quarante ans le même principe, liberté en tout, en religion, en philosophie, en littérature, en industrie, en politique ; et par liberté, j'entends le triomphe de l'individualité, tant sur l'autorité qui voudrait gouverner par le despotisme, que sur les masses qui réclament le droit d'asservir la minorité à la majorité. » (Source : préface, page VI, *Mélanges de littérature et de politique*, Pichon et Didier, Paris, 1829, 483 p.)

⁹² ROSSI (Pellegrino), *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris* recueillis par M. A. Orée, précédé d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien, tome deuxième, librairie de Guillaumin et compagnie, Paris, 1866, dans *Oeuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du gouvernement italien*, 443 pages.

Pellegrino ROSSI (1787-1848). Pays : Italie, langue : italien, naissance : 13-07-1787, Carrare, Italie, mort : 15-11-1848, Rome. Docteur en droit, il fut le premier Professeur de Droit constitutionnel de l'Université française. Il fut aussi Professeur au Collège de France ; autre forme : Pellegrino Luigi Odoardo ROSSI (1787-1848).

Source : Bibliothèque nationale de France, <http://data.bnf.fr/12315616/pellegrino_rossi/>

⁹³ ROSSI (Pellegrino), *Droit constitutionnel*, tome deuxième, Faculté de droit de Paris, vingt-cinquième leçon, précité, voir les pages 1-14.

aurez de la liberté individuelle une notion qui sera en harmonie avec les éléments de sa nature et la loi du devoir. Et au fond, vous le savez tous, si, dans la réalité des choses, l'homme ne s'écartait jamais d'un semblable exercice de sa liberté individuelle, tout le mécanisme social serait à peu près inutile »⁹⁴.

On peut considérer la liberté individuelle dans ses rapports avec la puissance publique. Et ici, se trouve un double point de vue : s'il est de l'intérêt social que la liberté du faible ne soit pas la proie du fort, « il est évident que le premier point de vue qui s'offre en considérant la liberté individuelle dans ses rapports avec la puissance publique, c'est la protection que le pouvoir social doit accorder pour que les uns ne soient pas entraînés par le désespoir à l'abdication de leur liberté, et pour que les autres ne soient pas en état d'en dépouiller leurs semblables ». (ibidem, p. 18).

C'est là une face de la question qui rappelle immédiatement les lois civiles et pénales, mais il existe une autre face de la question : c'est que la société elle-même, la puissance publique elle-même, a besoin de mettre certaines limites à l'exercice de la liberté individuelle. Et là se pose le véritable problème social et politique : pour garantir la liberté individuelle contre une abdication inconsidérée ou contre des usurpations illégitimes, pour atteindre le but qu'elle doit poursuivre, c'est-à-dire le maintien et la protection de l'ordre social, la puissance publique exige le sacrifice d'une partie de la liberté individuelle.

46. Du point de vue de sa valeur juridique, le Conseil constitutionnel consacre la liberté individuelle comme étant l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958. Il incombe dès lors à l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution qui instaure la Vème République d'en assurer la garde.⁹⁵ Aussi, il appartiendra au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, lesquelles sont toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principe de valeur constitutionnelle, et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Parmi celles-ci, figure la liberté d'aller et de venir⁹⁶.

⁹⁴ ROSSI (Pellegrino), *Cours de droit constitutionnel*, tome deuxième, vingt-sixième leçon, précité, voir les pages 15-27.

⁹⁵ Décision 75 DC du 12 janvier 1977, décision dite « Fouille des véhicules », premier considérant, FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14^e édition, 2007, 1035p., voir pp. 319-331 ; *Recueil des Décisions du Conseil constitutionnel*, p. 33 et *Journal officiel de la République française*, 15 janvier 1977, p. 344.

⁹⁶ Décision 492 DC du 02 mars 2004, décision dite « Évolutions de la criminalité », considérant 4, FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité ; *Recueil des Décisions du Conseil constitutionnel*, p. 66 et *Journal officiel de la République française*, 10 mars 2004, p. 4637.

47. La force publique a pour mission de rechercher les auteurs d'infractions et de prévenir les atteintes à l'ordre public en vue d'instaurer la paix sociale⁹⁷. Elle est ainsi investie de pouvoirs juridiques de contrainte qui doivent être conciliés avec l'exercice des libertés constitutionnellement garanties au nombre desquelles se trouve la liberté d'aller et de venir. La force publique est ainsi amenée à effectuer des contrôles ; mais pour opérer ces vérifications, celle-ci doit jouir d'une compétence tant personnelle que territoriale. En outre, ces contrôles sont de divers ordres tant pénaux qu'économiques (**Chapitre premier**).

Une fois recherchés et identifiés, ces auteurs font l'objet de mesures de contrainte par la force publique. De cette manière, le déploiement de ces mesures de contrainte permet leur traduction devant la justice afin qu'ils répondent de leurs actes. Eu égard à leur caractère contraignant et attentatoire aux libertés individuelles, ces mesures sont strictement encadrées tant constitutionnellement qu'organiquement. (**Chapitre deuxième**).

⁹⁷ Sur ce rôle cardinal de la force publique qui fait traduire en justice les auteurs d'infractions, voir *Annexe*, Chapitre second. La justice au cœur des sociétés humaines. Section deuxième. Les allégories relatives à la justice. 2° La fin de la justice : l'instauration de la paix publique et de la concorde civile, a) L'allégorie de la Paix. La paix, condition indispensable à l'abondance des sociétés humaines, pp. 218-273.

Chapitre premier. La recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public : la mission cardinale de la force publique

48. La recherche des auteurs d'infractions qui constitue une mission essentielle de la force publique vise à assurer la sécurité des personnes qui vivent sur le territoire étatique. Il convient donc de déterminer le concept de sécurité sans lequel les libertés n'existeraient pas au sein des sociétés humaines. La force publique qui assure l'effectivité de la loi a pour mission primordiale d'assurer de cette manière la sécurité des êtres humains qui vivent sur le territoire français. En garantissant la sécurité par la recherche des auteurs d'infractions, la force publique permet corrélativement de garantir le bonheur public des membres de la Communauté politique, membres respectueux du pacte social. L'étymologie du vocable « sécurité » nous éclaire quant à la définition qu'il convient d'adopter. Le mot sécurité provient du nom latin « securitas, -atis » qui signifie « exemption de soucis, tranquillité de l'âme »⁹⁸. Dans un second sens, ce vocable désigne la sûreté ou la sécurité comme l'a développé Sénèque dans *De la clémence* (Livre premier) : « [...] Vos concitoyens sont forcés de convenir qu'ils sont heureux, et qu'il ne leur reste à souhaiter que la perpétuité de leur bonheur. De nombreux motifs leur arrachent cet aveu, le plus pénible de tous pour les hommes ; la sécurité profonde et complète dont ils jouissent, leurs droits placés hors de toute atteinte. Tous les yeux contemplent cette heureuse forme de gouvernement, qui laisse à la société toute la liberté dont elle peut jouir sans se détruire elle-même. »⁹⁹

La sécurité constitue ainsi un concept fondamental au sein des sociétés humaines à telle enseigne que dans l'Antiquité romaine, la sécurité fut divinisée en une déesse, laquelle ornait les monnaies et les médailles. Ainsi, la déesse *Securitas* était représentée debout tenant une couronne et une haste. L'on peut voir cette représentation sur la médaille d'Otho, empereur en l'an 69 et qui se donna la mort la même année, après un règne de 95 jours : sur l'avers figure la tête chevelue de l'empereur Othon et sur le revers la déesse *Securitas*. L'on peut également viser la médaille qui représente l'empereur Commodus, le fils de Marc-Aurèle et de Faustine, empereur en l'an 180 et

⁹⁸ Source : *Dictionnaire latin – français : Le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, 1731 pages.

⁹⁹ SÉNÈQUE, *De la clémence*, publiée dans les *Oeuvres complètes de Sénèque, le philosophe*, traduction nouvelle par Messieurs Ajasson de Grandsagne, Baillard, Charpentier, Cabaret-Dupaty, Du Rozoir, Héron de Villefosse, Naudet, C.-L.-F. Panckouke, de Vatimesnil, Alfred de Wailly, Gustave de Wailly, Trognon, publiées par Charles Du Rozoir, Professeur d'histoire au Collège royal de Louis-le-Grand, Professeur suppléant à la Faculté des lettres, Académie de Paris, tome troisième, Collection « Bibliothèque latine-française », C.-L.-F. Panckouke, Paris, M DCCC XXXII (1832), 423 p.

mort empoisonné et étranglé par l'une de ses concubines en l'an 192. La médaille représente sur l'avvers la tête barbue de Commode, ceinte de lauriers ; sur le revers figure la déesse *Securitas* assise, tenant un sceptre de la main gauche, et portant la droite vers la tête. Il s'agit ici de la représentation de la Sécurité publique (*Securitas Publica*)¹⁰⁰.

Dans la langue française, le vocable « sécurité » est un nom féminin, attesté à la fin du XII^e siècle (1190) et repris vers 1480 ; il reste peu employé avant le XVIII^e siècle. Le mot est donc emprunté au latin *securitas* qui signifie « absence de soucis » ; celui-ci est dérivé de *securus* qui aboutit au français « sûr ». Le mot désigne donc l'état d'esprit confiant et tranquille d'une personne qui se croit à l'abri du danger, d'où l'expression « en toute sécurité » qui signifie « en toute tranquillité », expression qui est attestée en 1580. Au XVIII^e siècle, le mot s'applique à une situation exempte de dangers, et qui détermine la confiance (1770)¹⁰¹. Dans la même perspective, Isidore de Séville (0560 - 0636) se fonda sur l'étymologie pour définir le concept de sécurité. Celui qui jouit de la sécurité est « sans souci » (Isidore de Séville, *Étymologie*, livre X, entrée S)¹⁰².

La sécurité constitue donc l'état psychologique qui résulte de l'absence de crainte telle que l'a défini Saint-Augustin dans ses *Confessions* (livre II, 6) : « [...] la crainte se hérissé devant les événements inhabituels et brutaux qui menacent ce que nous aimons, tout en veillant sur leur sécurité ; mais qu'y a-t-il d'inhabituel pour toi [Dieu] ? Qu'y a-t-il de brutal ? Et qui peut séparer de toi ce que tu aimes ? Où y a-t-il sécurité assurée, si ce n'est auprès de toi ? La tristesse se consume d'avoir perdu les biens dont se réjouissait l'avidité, car elle voudrait que, comme à toi, rien ne pût lui être enlevé. »¹⁰³. De cette manière, la sécurité est une exigence immédiate pour tous, car seule « elle

¹⁰⁰ Source : MEYNAERTS (J. P.), *Description de la collection de médailles antiques en or, grecques, romaines, byzantines et visigothes*, C. Annot – Braeckman, Gand, 1852, 139 pages ; voir spécialement, médailles romaines, jusqu'à Maximilien Daza inclusivement, voir les pages 43 – 70.

¹⁰¹ *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, dictionnaire le Robert-Paris, tome 3, Pr-Z, juillet 2006, de la page 2911 à la page 4304.

¹⁰² Isidore de Séville, né entre 560 et 570 à Carthagène et mort le 4 avril 636, fut un religieux du VII^e siècle, évêque métropolitain d'Hispalis (Séville), l'une des principales villes du royaume wisigothique entre 601 et 636. Il vient d'une famille influente (son frère, Léandre, ami du pape Grégoire le Grand le précède à l'épiscopat de Séville) qui contribue largement à convertir les Wisigoths, majoritairement ariens, au christianisme trinitaire.

Source : Bibliothèque nationale de France.

Avec les *Étymologies* sur l'origine des choses en vingt livres, Isidore donna la première somme médiévale. Suivant un mode de pensée propre à la tradition antique (différence, analogie, glose, étymologie), il sélectionna, organisa, expliqua l'héritage hellénistique et romain.

¹⁰³ Source : SAINT-AUGUSTIN, *Les Confessions*, Flammarion, collection « Garnier Flammarion-philosophie », Paris, 1993, 380 pages ; voir également, l'édition électronique réalisée par l'Académie de Grenoble, Saint-Augustin (354 – 430), *Confessions (I-III)*, collection « Profil Textes philosophiques », collection dirigée par Laurence Hansen – Love, voir l'édition de 1989, avec l'introduction commentaire par Jean-Claude Fraisse, 82 pages. Source : Ministère de l'Éducation nationale de France, Académie de Grenoble, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.ac-grenoble.fr>>

donne leur pleine valeur à tous les biens » (MILL (John Stuart), *L'utilitarisme*, 1889. Voir spécialement, Chapitre V « De la connexion entre justice et utilité »)¹⁰⁴.

Aussi, celle-ci doit être assurée par des moyens extérieurs, c'est-à-dire par la communauté politique, laquelle constitue une « société de sécurité » (SPINOZA (Baruch), *Traité politique où l'on explique comment doit être organisée une société, soit monarchique, soit aristocratique, pour qu'elle ne dégénère pas en tyrannie et que la paix et la liberté des citoyens n'y éprouvent aucune atteinte*, Chapitre V « De la meilleure condition possible pour un État »)¹⁰⁵.

49. En vue d'assurer la sécurité, la force publique opère des contrôles qui visent à réprimer les violations des lois votées de manière démocratique, lois indispensables à la vie de toute communauté humaine. Ces lois peuvent-être de différentes natures, à savoir pénales, douanières... Selon la nature des lois, correspondent des types de contrôles ; chacun de ces contrôles commandant la compétence d'une force publique habilitée à agir dans le domaine concerné. Ainsi, la force publique policière et gendarmique est amenée sur le fondement des lois pénales à effectuer des contrôles pénaux destinés à rechercher les auteurs d'infractions (**Section première**). Et, afin de

Les Confessions, lesquelles furent composées au cours des années 397 – 400, ont été l'un des livres de chevet de l'Occident. Autobiographie lyrique, elles orchestrent une symphonie de thèmes dont les siècles successifs n'ont cessé de s'enchanter : l'inquiétude constitutive de l'homme par exemple. La traduction d'Arnauld d'Andilly (1649 – 1671) est un monument du français classique.

¹⁰⁴ MILL (John Stuart), *L'utilitarisme*, traduit de l'anglais par Philippe Folliot, à partir de *Utilitarianism*, 4ème édition (la dernière publiée du vivant de l'auteur), Longmans, Green, Reader, and Dyer, London, 1871 ; suivi de la traduction française de Le Monnier, Ancienne librairie Germer Baillière et Cie, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1889, 159 p. ; voir spécialement, Chapitre V « De la connexion entre justice et utilité ». « En vertu de son intelligence supérieure, même en mettant de côté la portée supérieure de la sympathie, un être humain est capable de saisir une communauté d'intérêt entre lui-même et la société dont il forme une partie, de telle sorte qu'une conduite qui menace la sécurité de la société dans son ensemble menace sa propre personne et réveille son instinct (si instinct il y a) de défense personnelle. La même supériorité d'intelligence, jointe au pouvoir de sympathiser avec l'humanité dans son ensemble, le rend capable de s'attacher à l'idée collective de sa tribu, de son pays ou du genre humain d'une manière telle qu'un acte qui leur est nuisible éveille son instinct de sympathie et le pousse à la résistance. » (pp. 68-69).

« L'intérêt en question est celui de la sécurité qui est, tout le monde le sent bien, le plus vital de tous les intérêts. Tous les autres biens terrestres sont nécessaires à l'un, non à l'autre, et de nombreux biens, si c'est nécessaire, peuvent être sacrifiés de bon cœur ou remplacés par quelque chose d'autre ; mais aucun être humain ne peut faire quelque chose sans la sécurité, sécurité dont nous dépendons pour nous protéger du mal et pour donner à tous les biens toute leur valeur au-delà de l'instant qui passe ; car seul le plaisir de l'instant pourrait avoir quelque valeur pour nous si nous pouvions être privés de nos biens l'instant d'après par celui qui serait momentanément plus fort que nous. » (pp. 71-72).

¹⁰⁵ Le *Traité politique (Tractatus politicus)* de Spinoza parut en l'année 1677. SPINOZA (Baruch) (1632-1677), *Œuvres de Spinoza* traduites par Émile Saisset avec une introduction critique du traducteur, Vie de Spinoza, notice bibliographique : Tome II, *Traité théologico-politique* et *Traité politique*, Charpentier, Paris, 1861, 471 p. ; voir spécialement, pp. 350-467. Contributeur : Saisset, Émile (1814-1863). Il fut élève et ancien maître de Conférences à l'École normale ; il fut Professeur d'histoire de la philosophie à la Faculté des lettres de Paris.

« La condition d'un État se détermine aisément par son rapport avec la fin générale de l'État qui est la paix et la sécurité de la vie. Par conséquent, le meilleur État, c'est celui où les hommes passent leur vie dans la concorde et où leurs droits ne reçoivent aucune atteinte. »

garantir à l'État ses ressources fiscales et également dans le dessein de préserver la santé humaine, la force publique procède à des contrôles de nature économique (**Section deuxième**).

Section première. Les contrôles opérés par la force publique en vue de la recherche des auteurs d'infractions.

50. L'emploi de la contrainte exercée par la force publique se trouve encadré *a priori* par des textes juridiques de nature constitutionnelle ou de valeur législative (Code pénal et Code de procédure pénale). La substance de l'encadrement *a priori* réside également en un contrôle de constitutionnalité de la loi, contrôle éminent effectué par le juge constitutionnel. L'être humain qui vit au sein d'une société démocratique jouit de la liberté d'aller et de venir. Toutefois, cette liberté peut souffrir quelques tempéraments en vue d'assurer la recherche des auteurs d'infractions. Effectivement, chaque personne vivant dans le cadre d'une société humaine doit respecter les lois pénales votées de manière démocratique afin d'assurer la vie paisible des habitants de l'État. Ainsi, chaque citoyen doit respecter ces lois puisque chacun est dans l'obligation d'observer le principe d'égalité de tous devant la loi pénale. La loi pénale qui détermine de manière claire et précise les infractions a son siège au sein du Code pénal. S'inscrivant dans la pensée juridique révolutionnaire, ce code regroupe des incriminations qui visent à instaurer la paix sociale. Ainsi, « [l]a Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »¹⁰⁶ La force publique, quant à elle, agit conformément aux normes juridiques édictées au sein du Code de procédure pénale, car « [n]ul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. »¹⁰⁷

51. Afin de pouvoir agir sur le territoire étatique, la force publique doit obéir à des normes juridiques précises qui déterminent sa compétence ; celle-ci est de cette manière composée par la gendarmerie nationale, la police nationale, la police municipale ainsi que par des fonctionnaires et agents publics qui exercent des missions de police judiciaire. Ainsi, la force publique qui revêt un caractère protéiforme, agit sur le territoire national à l'aune d'une compétence *ratione personae* et *ratione loci*. (I).

Afin de garantir les droits de chaque être humain, la force publique déploie sa contrainte en procédant à des contrôles en vue de rechercher les auteurs d'infractions, ces auteurs ayant brisé les règles du pacte social. Ces contrôles pénaux doivent obéir au principe de légalité lequel s'inscrit dans une conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnelles et la nécessité de la recherche des

¹⁰⁶ Article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

¹⁰⁷ Article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

auteurs d'infractions (II). En outre, l'action de la force publique est marquée en tant que service public par le principe d'adaptabilité lequel commande d'opérer des contrôles hodographiques en fonction de la nature du milieu (III).

I. Le préalable à l'exercice des contrôles : la compétence *ratione personae* et la compétence *ratione loci* de la force publique.

52. Pour que la force publique déploie sa contrainte en vue d'accomplir les buts légitimes que celle-ci doit poursuivre, encore faut-il qu'elle en ait reçu habilitation par l'État qu'elle sert. En effet, l'organisation de la force publique relève de la compétence exclusive de l'État eu égard au rôle fondamental que celle-ci constitue pour la figure étatique. Grâce à sa force publique, l'État peut exister et exercer sa souveraineté sur son territoire¹⁰⁸ envisageant ainsi une existence pérenne. De cette façon, il convient d'étudier la compétence *ratione personae* de la force publique (§1).

En outre, la contrainte de la force publique s'exerce sur le territoire étatique ; mais, les différentes composantes de la force publique agissent à l'aune de règles juridiques précises lesquelles déterminent pour chacune d'entre elles leur compétence *ratione loci* (§2).

§ 1. La compétence *ratione personae* de la force publique.

53. L'État organise de manière discrétionnaire l'organisation de sa force publique. De cette façon, la force publique intérieure peut revêtir une nature civile ou une nature militaire. De plus, la force publique laquelle constitue un service public essentiel pour la vie de la Nation est soumise à l'autorité politique ; et, partant, la force publique relève d'une autorité politique ministérielle. Différentes conceptions sont ici en œuvre ; ces conceptions engendrant plusieurs rattachements ministériels possibles qu'il est particulièrement intéressant d'étudier. Le droit comparé constitue en ce domaine une science juridique remarquable qui permet de replacer l'exemple français dans une typologie de la force publique que nous avons forgée par une étude de l'institution à l'échelon mondial. Ainsi, nous pouvons mieux comprendre notre sujet éminent d'étude.

¹⁰⁸ Le mot « État », nom masculin constitue un emprunt, d'abord sous la forme *estate* (1213) puis *estat* (v. 1370), au latin classique *status* qui a pour signification « action de se tenir » et « position, situation », de *stare* « se tenir debout », qui se rattache à une racine indoeuropéenne *sta- « être debout ». Source : *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, le Robert, Paris, 2006, précité.

Il convient donc d'étudier le rattachement organique de la force publique aux ministères de tutelle compétents. Aussi, l'on retracera d'un point de vue juridique la création française des différents ministères concernés (A), avant d'étudier la force publique en France tout en inscrivant notre étude dans un cadre mondial (B).

A. Le rattachement organique de la force publique : l'organisation ministérielle.

54. La définition de la force publique peut s'effectuer selon le rattachement des fonctionnaires et agents publics à un ministère de tutelle. De cette manière, tout fonctionnaire ou agent public qui est rattaché au ministère de l'Intérieur est membre de la force publique. D'un point de vue administratif, il convient d'étudier le ministère de l'Intérieur depuis sa création au cours de la période révolutionnaire. La création du ministère de l'Intérieur fut prévue par le décret des 27 avril-25 mai 1791 relatif à l'organisation du ministère¹⁰⁹. Ce texte juridique prévoit en son article premier qu'« au roi seul appartient le choix et la révocation des ministres ». Il appartient au pouvoir législatif de statuer sur le nombre, la division et la démarcation des départements du ministère (article deux). L'article quatre du même décret prévoit que « les ministres exerceront, sous les ordres du roi, les fonctions déterminées ci-après, et seront au nombre de six ; savoir : le ministre de la justice, le ministre de l'intérieur, le ministre des contributions et du revenu public, le ministre de la guerre, celui de la marine, et celui des affaires étrangères. »

55. Il faut mettre en lumière que le 12 nivôse an IV, un septième ministère, celui de la Police générale¹¹⁰ fut créé. Ainsi, existèrent de manière simultanée un ministre de la Police et un ministre de l'Intérieur. Le ministère de la Police après avoir été plusieurs fois supprimé et rétabli, fut définitivement supprimé le 29 décembre 1818, et ses attributions furent réunies au ministère de l'Intérieur dont elles avaient été séparées originairement. Il convient ici de souligner d'un point de vue comparé que le **Grand-Duché de Luxembourg** connaît toujours un ministère dont dépend la Force publique, ministère séparé du ministère de l'Intérieur ; ce ministère portait le nom de ministère de la Force publique, avant de recevoir la dénomination actuelle de ministère de la

¹⁰⁹ Source : *BULLETIN ANNOTÉ DES LOIS, décrets et ordonnances, depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830* ; 16 volumes IN-8°, avec des notices, par MM. Odilon BARROT, VATIMESNIL, YMBERT ; mis en ordre et annoté par M. LEPEC, avocat à la cour royale de Paris ; publié avec l'approbation et sous le patronage de MM. Pairs de France : PORTALIS, de Ségur...- Députés : BOISSY D'ANGLAS, CORMENIN, DIDOT (Firmin), Odilon BARROT,... ; tome second, Paris, Paul Dupont, éditeur, 1834, 668 p.

¹¹⁰ Le Ministère de la police générale fut créé par la Loi du 2 janvier 1796 (loi du 12 nivôse an IV).

Sécurité intérieure¹¹¹. Concernant le rattachement organique ministériel de la force publique, il est fort intéressant d'étudier dans l'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois la composition des gouvernements du Grand-Duché de Luxembourg. Ainsi, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'arrêté grand-ducal en date du 14 novembre 1945, arrêté portant attribution des services publics aux membres du Gouvernement, prévoyait sur le fondement de l'article 76 de la Constitution du 17 octobre 1868 que les services publics de la force armée, de la police locale étatisée étaient attribués au ministre d'État, Président du Gouvernement (le ministre d'État, Président du Gouvernement était alors Pierre Dupong). La force publique est consubstantielle à l'État, à telle enseigne que le Président du Gouvernement possède dans ses compétences au sein du pouvoir exécutif les attributions relatives à la force publique. Et, l'on relèvera que le département du ministre de l'Intérieur était en charge de l'intérieur et des dommages de guerre ; le trait marquant réside donc dans le fait que la police locale étatisée ne relève pas hiérarchiquement du ministre chargé des affaires intérieures¹¹². Ainsi, la Force publique grand-ducale revêt une importance si grande que celle-ci dépend soit du ministre d'État, c'est-à-dire du Président du Gouvernement soit d'un ministère propre et de plein exercice¹¹³.

56. En France, en 1802, le ministère de la Police avait été supprimé, et toutes ses attributions furent réunies au département du Grand-juge, ministre de la Justice. Cependant, il fut rétabli, le 10 juillet 1804, suivant décret impérial. Ainsi, dans l'histoire de France, ce fut l'unique période pendant laquelle la force publique dépendait de manière directe des attributions ministérielles du ministre de la Justice¹¹⁴. Rattacher la Police au ministère de la Justice ne correspond pas à la tradition juridique

¹¹¹ La dénomination officielle est prévue par l'Arrêté grand-ducal du 4 décembre 2013 portant énumération des ministères, Arrêté publié au *Mémorial A – N° 210 (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg)*, 6 décembre 2013, p. 3822. Les missions qui lui sont dévolues sont définies par l'Arrêté grand-ducal du 23 décembre 2013 portant constitution des Ministères, Arrêté publié au *Mémorial A – N° 226 (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg)*, 27 décembre 2013, pp. 4228-4238.

Le Mémorial A est consultable par voie électronique grâce au site « Legilux », qui est le portail juridique du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg sur Internet : <<http://www.legilux.public.lu/>>

¹¹² L'arrêté grand-ducal du 14 novembre 1945 portant attribution des services publics aux membres du gouvernement fut publié au *Mémorial* du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial numéro 69, du mardi 20 novembre 1945, pp. 863-864.

¹¹³ En France, sous la Troisième République, il en allait de même ; ainsi, Georges Clemenceau exerçait à la fois la Présidence du Conseil et les fonctions de Ministre de l'Intérieur (premier Gouvernement Clemenceau du 25 octobre 1906 au 20 juillet 1909). Source : *Journal officiel de la République française* du Vendredi 26 octobre 1906, Trente-huitième année – N° 291, voir les pages 7237 et 7238.

¹¹⁴ Entre l'année 1802 et l'année 1804, la force publique française de l'intérieur fut dirigée par **Claude-Ambroise Régnier**, avocat de formation, lequel fut nommé Grand juge en 1802 ; il réunit sous ce titre le ministère de la police et le ministère de la justice. Ainsi, la police fut-elle dirigée en France par le ministre de la Justice qui, certes, cumulait les fonctions de ministre de la Police. Claude-Ambroise Régnier, duc de Massa, naquit à Blamont en Lorraine le 6 avril 1736, et il exerça avec succès la profession d'avocat à Nancy, lorsque les premiers symptômes de la révolution se manifestèrent. Le 14 septembre 1802, Napoléon le nomma *Grand juge*, ministre de la justice, et joignit à ses attributions la police, qui était aussi un ministère. Ce fut lui qui dirigea, en 1804, toutes les poursuites contre Georges Cadoudal. Régnier réunissait ainsi les plus éminentes

française, mais un tel lien de rattachement peut parfaitement se comprendre au regard de la mission cardinale assignée à la force publique, à savoir la recherche des auteurs d'infraction afin de préserver la paix publique. De nos jours, il convient de relever des exemples d'États qui ont décidé du rattachement de leur police au ministère de la Justice.

57. S'agissant de la classification de la force publique¹¹⁵, il convient de souligner qu'au sein du modèle le plus répandu à savoir la force publique à statut civil, le ministre de tutelle peut donc varier. De manière générale, il s'agit du ministère de l'Intérieur, des Affaires intérieures ou de la Police selon les appellations. Toutefois, certains États ont décidé de rattacher leurs forces policières au ministre de la Justice. Sur le continent européen, il en va ainsi de la **Suède**¹¹⁶ et sur le continent américain, on soulignera l'exemple bien connu aux **États-Unis d'Amérique** du Bureau fédéral des enquêtes (**FBI**)¹¹⁷ qui dépend du ministre de la Justice (*Attorney General*).

58. En France, en histoire du droit constitutionnel, depuis 1818, le ministre de la Police générale avait été remplacé par un directeur qui, sous le couvert du ministre de l'Intérieur, avait les mêmes fonctions. Enfin, les attributions de la police générale ont été réunies au ministère de l'Intérieur. « La liberté individuelle voulue par la Charte est incompatible avec la police politique. On a fait depuis

fonctions de l'État après la puissance souveraine et la place la plus difficile en qualité de Grand juge. Cependant, soit que les occupations de ministre de la justice et celles de ministre de la police exigeassent un travail auquel un seul homme ne pouvait suffire, soit que l'Empereur eût besoin pour la police d'un agent plus initié dans les mystères de la révolution, le ministère de la police fut distrait des attributions de Régnier et rendu à Joseph Fouché. Régnier conserva alors le titre de Grand juge avec les seules attributions du ministère de la justice. Le portefeuille de la justice lui fut ôté en novembre 1813, et il devint président du corps législatif, place qu'il occupait encore lorsque Napoléon abdiquait, en 1814. Source : *Biographie universelle (Michaud) ancienne et moderne, ou histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privée de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes*, nouvelle édition, Paris, chez Madame C. DESPLACES, éditeur-propriétaire de la deuxième édition de la biographie universelle, rue Neuve-des-Mathurins, 38, et Leipzig, librairie de F. A. BROCKHAUS, tome 35e, Paris, typographie de Henri PLON, imprimeur de l'Empereur, rue Garancière, 8, entrée « Régnier (Claude-Ambroise) », pp. 343-344.

¹¹⁵ D'un point de vue taxinomique, André-Marie Ampère mit en exergue l'intérêt et l'utilité des classifications. « Aussitôt que l'homme a acquis un certain nombre de notions sur quelque objet que ce soit, il est porté naturellement à les disposer dans un ordre déterminé, pour les mieux posséder, les retrouver, les communiquer au besoin. Tel est l'origine des classifications, qui non seulement procurent à l'homme les avantages dont nous venons de parler, mais encore contribuent à augmenter la somme de ses connaissances relatives à chacun des objets dont il s'occupe, en l'obligeant à considérer cet objet sous différents face, et en lui faisant découvrir de nouveaux rapports, que, sans cela, il aurait pu ne pas apercevoir. » AMPÈRE (André-Marie), *Essai sur la philosophie des sciences, ou exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines*, BACHELIER, Paris, 1834, 272 p. L'auteur fut membre de l'Académie royale des sciences, des sociétés royales de Londres et d'Édimbourg, de la Société helvétique des scrutateurs de la nature, de la Société philosophique de Cambridge, de l'Académie royale des sciences et des belles lettres de Bruxelles et il fut Professeur au collège de France.

¹¹⁶ Source : Organisation internationale de police criminelle – INTERPOL, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.interpol.int/>>

¹¹⁷ S'agissant de la symbolique du sceau et de la devise du FBI, voir *Annexe* p. 373.

longtemps la remarque, que cette police générale, qui s'inquiète beaucoup de connaître ce que personne devrait savoir, n'a jamais rien arrêté ni rien prévu. »¹¹⁸

59. Le décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795) prescrit l'organisation du ministère et les attributions de chaque ministre en particulier. Sous les assemblées constituante et législative, jusqu'au 12 nivôse an IV (2 janvier 1796), et sauf les époques de désorganisation, il y eut six ministères, ceux de la Justice, de l'Intérieur, des Finances, de la Guerre, de la Marine et des Affaires étrangères. La Charte de 1814¹¹⁹ et la Charte de 1830, ainsi que l'ordonnance du 6 avril 1834, déterminent les attributions des ministères (ministères de l'Intérieur et du Commerce). Un huitième ministère, celui du Trésor public fut créé le 5 vendémiaire an X (27 septembre 1801). Ces attributions furent réunies, sous la Restauration, au ministère des Finances dont elles étaient un démembrement.

En ce qui concerne les fonctions exercées par ces différents ministres, on relèvera que les fonctions du ministre de la Justice seront de garder le sceau de l'État, et de sceller les lois, les traités, les lettres-patentes de provision d'offices,... ; d'exécuter les lois relatives à la sanction des décrets du Corps législatif, à la promulgation et l'expédition des lois ; d'entretenir une correspondance habituelle avec les tribunaux et les commissaires du roi ; de donner aux juges des tribunaux de district et des tribunaux criminels, ainsi qu'aux juges de paix, tous les avertissements nécessaires, de les rappeler à la règle, et à ce que la justice soit bien administrée ; [...].

Le ministre de l'Intérieur sera chargé, de faire parvenir toutes les lois aux corps administratifs; deuxièmement, de maintenir le régime constitutionnel, et les lois touchant les assemblées des communes par communautés entières ou par sections. Troisièmement, il aura la surveillance et l'exécution des lois relatives à la sûreté et la tranquillité de l'intérieur de l'État ; [...] ; cinquièmement, il aura la charge de la direction des objets relatifs aux bâtiments et édifices publics, aux hôpitaux, établissements et ateliers de charité, et à la répression de la mendicité et du vagabondage ; sixièmement, il assurera la surveillance de l'exécution des lois relativement à l'agriculture, au commerce de terre et de mer, aux produits des pêches sur les côtes, et des grandes pêches maritimes, à l'industrie, aux arts et inventions, fabriques et manufactures... ; septièmement, il sera tenu de correspondre avec les corps administratifs, de les rappeler à leurs devoirs, de les éclairer sur les moyens de faire exécuter les lois ; huitièmement, le ministre de l'Intérieur devra rendre compte tous les ans au Corps législatif, de l'état de l'administration générale, et des abus qui

¹¹⁸ SAINT-EDME (B.), *Biographie des lieutenants-généraux, ministre, directeur-généraux, de la police en France, et de ses principaux agens*, HOUDAILLE, Paris, 1829, 526 pages.

¹¹⁹ CHAMBRE DES PAIRS, *Manuel de la pairie*, contenant la Charte constitutionnelle, les ordonnances et règlements relatifs à la Chambre des Pairs. Avec deux tables, l'une des matières, l'autre des noms propres, Imprimerie de Jules Didot aîné, Imprimeur du Roi et de la Chambre des Pairs, Paris, 1824, 368 p. ; in-12.

auraient pu s'y introduire. (Article sept dudit décret)¹²⁰.

S'agissant des armées, l'article 10 du décret précité prévoit que le ministre de la Guerre aura, premièrement, la surveillance et la direction des troupes de lignes et des troupes auxiliaires qui doivent remplacer les milices ; deuxièmement, de l'artillerie, du génie, des fortifications, des places de guerre et des officiers qui y commanderont, ainsi que tous les officiers qui commanderont les troupes de lignes et les troupes auxiliaires ; troisièmement, il aura également la surveillance et la direction du mouvement et de l'emploi des troupes de ligne contre les ennemis de l'État, pour la sûreté du royaume, ainsi que pour la tranquillité intérieure, mais en se conformant strictement, dans ce dernier cas, aux règles posées par la constitution ; quatrièmement, il aura, en outre, la surveillance et la direction de la gendarmerie nationale, mais seulement pour les commissions d'avancement, la tenue et la police militaire ; cinquièmement, il sera chargé du travail sur les grades et avancements militaires, et sur les récompenses dues, suivant les lois, à l'armée ainsi qu'aux employés de son département. Sixièmement, il donnera les ordonnances pour la distribution des fonds de son département, et il en sera responsable ; septièmement, il présentera chaque année à la législature l'état détaillé des forces de terre et des fonds employés dans les diverses parties de son département; il indiquera les économies et les améliorations dont telle ou telle partie sera susceptible.

L'article 11 du décret étudié énonce que le ministre de la Marine et des colonies aura, premièrement, l'administration des ports, arsenaux, approvisionnements et magasins de la marine, et dépôts des condamnés aux travaux publics, employés dans les ports du royaume ; deuxièmement, la direction des armements, construction, réparation et si possible entretien des vaisseaux, navires et bâtiments de mer ; troisièmement, la direction des forces navales et des opérations militaires de la marine ; la correspondance avec les consuls et agents du commerce de la nation française au-dehors ; cinquièmement, la surveillance de la police qui doit avoir lieu dans le cours des grandes pêches maritimes, à l'égard des navires et des équipages qui seront employés, ainsi que l'exécution des lois sur cet objet. Sixièmement, il sera chargé de l'exécution des lois sur les classes, les grades, l'avancement, la police et autre objets concernant la marine et les colonies. Septièmement, il aura la surveillance et la direction des établissements et comptoirs français en Asie et en Afrique ; huitièmement, il aura, en outre, conformément à ce qui sera statué sur le régime des colonies, l'exécution des lois touchant le régime d'administration de toutes les colonies dans les îles et sur le continent d'Amérique, à la côte d'Afrique et au-delà du cap de Bonne-Espérance, à l'égard des approvisionnements, des contributions, des concessions de terrain, et de la force publique intérieure

¹²⁰ Source : LALOUETTE (Claude), *Classification des lois administratives : depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Antoine BAVOUX, Paris, 1817, 764 pages. M. Lalouette était sous-préfet et député.

des colonies. Il sera également chargé du travail sur les récompenses dues, suivant les lois, à l'armée navale. Chaque année, il présentera à la législature un état détaillé de la force navale et des fonds employés dans chaque partie de son département, et il indiquera les économies ou améliorations dont telle ou telle partie se trouvera susceptible.

Du point de vue du droit constitutionnel, il convient de préciser que l'article 148 et les articles suivants de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), déterminent la nomination, les attributions, le nombre des ministres et les conditions nécessaires pour en remplir ces fonctions¹²¹.

60. Du point de vue de la compétence territoriale de la police, il est fort intéressant de relever que les commissaires de police lesquels dirigent l'action de la force publique policière ont une obligation de logement ; ils ne doivent en effet pas être domiciliés à plus de trente minutes de leur commissariat. Cette obligation légale relative à leur logement vise le délai de mise en mouvement de la force publique. L'obligation légale susvisée a son siège dans l'arrêté du préfet de police de Paris en date du 16 décembre 1837. Le préfet de police considère qu'il est nuisible à l'exercice de la surveillance dont sont chargés Messieurs les commissaires de police, ainsi qu'à la bonne et prompt expédition des affaires, qu'ils aient leur logement hors de leur quartier ou que leur bureau ne soit pas établi dans la même maison que leur logement. Quelques commissaires de police ont jusqu'à présent résisté aux injonctions qui leur ont été faites à ce sujet ; aussi, le préfet estime qu'il est devenu nécessaire de prendre les mesures qui fassent cesser et préviennent à l'avenir les inconvénients précités. Ainsi, les commissaires de police sont expressément tenus de résider dans leur quartier, et d'avoir leur bureau dans la même maison que leur logement. (Article premier de l'arrêté du préfet de police de Paris du 16 décembre 1837)¹²².

Le rattachement organique de la force publique livre une philosophie de la force publique ; selon l'organisation ministérielle que l'État choisit d'adopter tenant à la nature de la force publique (force publique à statut civil ou militaire) ou du ministre de tutelle (ministre de l'Intérieur ou de la Justice et ministre des Armées), l'action de la force publique pour ce qui a trait à ses pouvoirs

¹²¹ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), Titre VI intitulé « Pouvoir exécutif », article 148. [Le Directoire exécutif] nomme hors de son sein les ministres, et les révoque lorsqu'il le juge convenable. Il ne peut les choisir au-dessous de l'âge de 30 ans, ni parmi les parents ou alliés de ses membres, aux degrés énoncés dans l'article 139. Et, l'article 139 de disposer : « L'ascendant et le descendant en ligne directe, les frères, l'oncle et le neveu, les cousins au premier degré, et les alliés à ces divers degrés, ne peuvent être en même temps membres du Directoire, ni s'y succéder, qu'après un intervalle de cinq ans. »

¹²² Publié au *Recueil administratif du département de la Seine contenant les lois, ordonnances royales et de police, instructions, arrêtés, actes divers, jugemens des cours et des tribunaux, concernant la police et l'administration départementale et communale ; avec l'autorisation de Messieurs les préfets de la Seine et de police*, tome troisième, 1er janvier au 31 décembre 1838, Paris, bureau de l'administration, page 15.

juridiques de contrainte sera différente. Il convient d'étudier la taxonomie de la force publique en France et dans le monde afin de mieux la comprendre.

B. L'organisation de la force publique en France et dans le monde.

60. En prenant comme point de référence la Révolution française, la force publique comprenait, en premier lieu, la Garde nationale. Celle-ci était régie par divers textes juridiques, à commencer par le décret relatif à la mise en activité de la Garde nationale, décret du 21-22 juin 1791. Il convient également de mentionner le décret du 29 septembre-14 octobre 1791, décret sur l'organisation de la Garde nationale. Celle-ci avait pour mission la protection des frontières de la France.¹²³

Du point de vue de la hiérarchie des normes, il est intéressant de préciser que, dans notre histoire constitutionnelle française, la force publique a déjà reçu une consécration de nature constitutionnelle. En effet, la Constitution du 5 fructidor an III prévoyait, de manière expresse, des dispositions régissant cette force armée. Ainsi, la « force armée est instituée pour défendre l'État contre les ennemis du dehors, et pour assurer au-dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois »¹²⁴. La force publique est essentiellement obéissante : nul corps armé ne peut délibérer. (Article 275). Elle se distingue en garde nationale sédentaire et garde nationale en activité. (Article 276). Ainsi, **la Garde nationale fut la première force publique constitutionnelle.**

61. S'agissant de la garde nationale sédentaire, celle-ci est composée de tous les citoyens et fils de citoyens en état de porter les armes. (Article 277). Son organisation et sa discipline sont les mêmes pour toute la République ; elles sont déterminées par la loi. (Article 278). Aucun Français ne peut exercer les droits de citoyen, s'il n'est inscrit au rôle de la garde nationale sédentaire. (Article 279.) Les distinctions de grade et la subordination n'y subsistent que relativement au service et pendant sa durée. (Article 280). Les officiers de la garde nationale sédentaire sont élus à temps par les citoyens qui la composent et ne peuvent être réélus qu'après un intervalle. (Article 281). Le commandement de la garde nationale d'un département entier ne peut être confié habituellement à un seul citoyen. (Article 282.) S'il est jugé nécessaire de rassembler toute la garde nationale d'un département, le Directoire exécutif peut nommer un commandement temporaire. (Article 283). Le commandement de la garde nationale sédentaire, dans une ville de cent mille habitants et au-dessus,

¹²³ Décret relatif à la formation des corps de gardes nationales destinées à la défense des frontières, décret du 4-12 août 1791.

¹²⁴ Article 274 de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) (TITRE IX « De la force armée »).

ne peut être habituellement confié à un seul homme. (Article 284).

Pour ce qui concerne la garde nationale en activité, la République entretient à sa solde, même en temps de paix, sous le nom de gardes nationales en activité, une armée de terre et de mer. (Article 285). L'armée se forme par enrôlements volontaires, et, en cas de besoin, par le mode que la loi détermine. Aucun étranger qui n'a point acquis les droits de citoyen français, ne peut être admis dans les armées françaises, à moins qu'il n'ait fait une ou plusieurs campagnes pour l'établissement de la République. Les commandants en chef de terre et de mer ne sont nommés qu'en cas de guerre; ils reçoivent du Directoire exécutif des commissions révocables à volonté. La durée de ces commissions se borne à une campagne ; mais elles peuvent être continuées. Le commandement général des armées de la République ne peut être confié à un seul homme. (Article 289). L'armée de terre et de mer est soumise à des lois particulières, pour la discipline, la forme des jugements et la nature des peines. (Article 290 de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) (TITRE IX « De la force armée »)). Aucune partie de la garde nationale sédentaire, ni de la garde nationale en activité, ne peut agir, pour le service intérieur de la République, que sur la réquisition par écrit de l'autorité civile, dans les formes prescrites par la loi. (Article 291 de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) (TITRE IX « De la force armée »))¹²⁵.

62. De nos jours, des États ont constitutionnalisés l'existence juridique de leur force publique, marquant ainsi l'importance cardinale de l'institution laquelle est consubstantielle à l'État. De cette manière, l'on peut évoquer l'exemple de la **République d'Haïti**, qui prévoit dans le titre XI de sa constitution l'existence de sa force publique. Ainsi, l'article 263 de la Constitution haïtienne du 10 mars 1987 prévoit que la force publique se compose de deux corps distincts à savoir les forces armées d'Haïti et les forces de police. L'article 263.1 prévoit qu'aucun autre corps armé ne peut exister sur le territoire national ; et, tout membre de la force publique prête lors de son engagement, le serment d'allégeance et de respect à la Constitution et au Drapeau (article 263.2)¹²⁶.

¹²⁵ Pour les textes régissant la Garde nationale sous l'Empire français, voir le Décret impérial du 5 avril 1813 portant règlement sur l'organisation de la garde nationale, *bulletin des lois* numéro 93 ; et, le Décret impérial du 5 avril 1813 relatif à l'organisation des quatre régiments de gardes-d'honneur créés par le Sénatus-consulte du 5 avril 1813, bulletin des lois numéro 495. Source : Claude J. Lalouette, *Classification des lois administratives depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Paris, Antoine BAVOUX, 1817, 764 pages. M. Lalouette était sous-préfet et député.

¹²⁶ La Constitution de la République d'Haïti du 10 mars 1987 fut publiée au Journal Officiel dénommé *Le Moniteur* numéro 36, en date du mardi 28 avril 1987, voir les pages 561 à 610 ; source : Ministère de l'Économie et des Finances (MEF), Site de Documentation Numérique (SDN), Section : Lois et Décrets, site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.sdn.mefhaiti.gouv.ht/>>

Sur le continent américain, en Amérique latine, il convient de mettre en lumière l'exemple de la **Colombie** laquelle constitutionnalise dans son titre septième intitulé « Du pouvoir exécutif », chapitre VII, l'existence de la force. De cette manière, l'article 216 de la Constitution colombienne du 06 juillet 1991 prévoit que la force publique est constituée de manière exclusive par les forces militaires et la police nationale. Eu égard à la situation de l'État qui connaît des mouvements séparatistes violents, la constitution prescrit également que tous les Colombiens sont obligés de porter les armes lorsque les nécessités publiques l'exigent pour défendre l'indépendance nationale et les institutions publiques.

L'article 217 de la constitution étudiée prévoit que la Nation aura pour défense des forces militaires permanentes constituées par l'armée de terre, l'armée de mer et la force aérienne. Enfin, l'article 218 prévoit que la police nationale est un corps armé permanent de nature civile dont la fin primordiale est le maintien des conditions nécessaires pour l'exercice des droits et libertés et pour assurer aux habitants de Colombie une vie en paix¹²⁷.

Enfin, sur le continent africain, la Constitution de la **République du Congo** du 20 janvier 2002 constitutionnalise, en son titre XV, la force publique. La force publique est composée de la police nationale, de la gendarmerie nationale et des forces armées congolaises (article 170). La force publique est apolitique. Elle est soumise aux lois et règlements de la République. Elle est instituée dans l'intérêt général. Nul ne doit l'utiliser à des fins personnelles¹²⁸. La force publique est subordonnée à l'autorité civile. Elle n'agit que dans le cadre des lois et règlements. Les conditions de sa mise en œuvre sont fixées par la loi (article 171)¹²⁹.

63. En adoptant une vision téléologique, la force publique vise à « assurer la tranquillité de l'État, au-dedans et au dehors. » En ce qui concerne le rôle fondamental de la force publique dans le fonctionnement des sociétés humaines, on évoquera la figure du Professeur Louis-Antoine MACAREL (1790-1851)¹³⁰. Dans ses *Éléments de droit politique*¹³¹, l'auteur étudie la fondation des sociétés

¹²⁷ Source : Sénat de la République de Colombie, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.senado.gov.co/>>

¹²⁸ L'on retrouve ici l'esprit qui anime l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

¹²⁹ Source : Organisation Internationale de la Francophonie, Espace francophone des Droits de l'Homme, de la Démocratie et de la Paix, le site de l'Observatoire de la Délégation à la Paix, à la Démocratie et aux Droits de l'Homme, Afrique centrale, Congo, constitution du Congo (Brazzaville), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://democratie.francophonie.org/>>

¹³⁰ Louis-Antoine MACAREL (1790-1851). Pays : France, langue : français, naissance : 20-01-1790, Orléans, mort: 24-03-1851, Paris. Il fut avocat, Professeur de droit administratif, Conseiller d'État, et Publiciste. Il a été l'un des fondateurs de la science et de l'enseignement de droit administratif en France. Source : Bibliothèque Nationale de France, Catalogue général et base de données, <http://data.bnf.fr/12515533/louis-antoine_macarel/>

civiles¹³². Par ailleurs, il expose les principes qui régissent le gouvernement (Titre trois) et l'auteur met en exergue « la volonté intrinsèque des gouvernements ». Ainsi, l'État assure l'effectivité des garanties sociales. L'auteur définit la garantie comme étant la sûreté établie pour l'accomplissement du devoir de faire jouir ou de laisser jouir quelque droit déterminé. Les hommes sont légitimes à réclamer à la société ou à ceux qui la régissent des droits ou intérêts privés.

Louis-Antoine MACAREL distingue alors des garanties individuelles ou privées et des garanties publiques, ces deux catégories de garantie formant par leur réunion les garanties sociales. L'homme tient de la nature des droits absolus lesquels sont premièrement, la sûreté des personnes et des propriétés et deuxièmement la liberté de l'industrie, des opinions et des consciences. En outre, « [l]a puissance publique empêche que nous soyons sans cesse exposés aux agressions et aux violences d'autrui ; comme elle tend à préserver de tout attentat particulier, nos personnes, nos biens, notre industrie, l'exercice raisonnable de nos facultés ; comme, en un mot, la puissance publique est notre protectrice, et que, sans sécurité pour elle-même, elle ne saurait accomplir ce devoir, nous recherchons aussi comment il est possible d'assurer à ces prescriptions cette obéissance parfaite et ce respect inviolable, qui se dégage de la tranquillité et du bonheur de l'État social. » (Page 84).

La puissance publique est instituée pour protéger et perfectionner la société : et de ces devoirs sociaux dérivent nécessairement des droits. Il consiste, d'abord, à se conserver elle-même, et à user, pour cela, de tous les moyens qui lui sont confiés par la société. Ainsi, la sûreté de l'État figure-t-elle au premier rang des droits de la puissance publique ; en effet, il est facile de voir que si le premier soin de cette puissance n'était pas sa propre conservation, elle ne saurait accomplir son mandat vis-à-vis des membres de la société : la protection n'est possible qu'à ceux qui sont forts. Ainsi, trois moyens de conservation sont remis aux mains de la puissance : la force publique, la fortune publique et la police. Louis-Antoine MACAREL définit la force publique comme étant « une réunion d'individus armés pour assurer la tranquillité de l'État, au-dedans et au dehors. » On la nomme encore, et tout simplement, force armée. « On sent facilement que la création d'une force armée est le premier besoin d'une nation » (voir *contra*, l'exemple de l'État du Costa Rica lequel a supprimé son armée par sa Constitution Politique de 1949).

Toute nation a des charges et, en l'occurrence, l'entretien de la force armée ; elle ne saurait se gouverner sans dépenses : le peuple entier doit donc y fournir, puisque c'est pour le peuple entier qu'on gouverne (*la fortune publique*, pp. 127-135). Et, le rôle assigné à la force publique revêt une si

¹³¹ MACAREL (Louis-Antoine), *Eléments de droit politique*, Nève, libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1833, 516 pages.

¹³² Titre premier « Des sociétés civiles », Chapitre premier « De l'origine, du but, et des effets des sociétés civiles. » et chapitre deux « De l'établissement des sociétés civiles ».

grande importance pour toute société humaine que les Constituants de 1789 forgèrent l'article 13 de la Déclaration qui énonce : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. » Enfin, l'État doit assurer l'exercice des droits que l'homme possède par nature grâce aux missions de police que la puissance publique accomplit.

Ces missions sont assurées par la force publique, laquelle revêt un caractère protéiforme pour garantir au mieux les droits et libertés des êtres humains qui vivent sur le territoire de l'État. On distingue ainsi la force publique qui jouit d'une compétence généraliste à l'instar de la gendarmerie nationale, de la police nationale, et des douanes. Il existe également des forces publiques spécialisées dans une matière de police propre : les gardes champêtres, les fonctionnaires de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

1) La gendarmerie : une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois.

64. La maréchaussée est l'appellation que portait autrefois le corps de gens à cheval chargé de veiller à la sûreté publique. Il est de nos jours remplacé par le terme de gendarmerie¹³³.

¹³³ L'Assemblée constituante (1789-1791) puis l'Assemblée nationale législative (à partir du 1^{er} octobre 1791) votèrent une série de lois qui constituent les fondements juridiques de l'institution gendarmique : Loi relative à l'organisation de la gendarmerie nationale du 16 février 1791 ; Loi relative à la gendarmerie nationale, loi en date du 18 février 1791 ; Loi relative à la suppression de la compagnie de la prévôté de l'hôtel, et à sa recreation sous le titre de gendarmerie nationale, loi en date du 15 mai 1791 ; Loi relative à la gendarmerie nationale, loi du 17 juin 1791 ; Loi additionnelle relative à la gendarmerie nationale, loi du 20 juillet 1791 ; Loi relative à la gendarmerie nationale, loi du 28 juillet 1791 ; Loi relative à l'organisation de la gendarmerie nationale, loi du 29 avril 1792 ; Loi relative à l'organisation de la gendarmerie nationale, loi du 28 germinal an VI (*Bulletin des lois* numéro 197).

Et, d'un point de vue réglementaire, il convient de citer le Décret du 13-18 février 1791 relatif à la division par département des ci-devant compagnies de maréchaussée ; le Décret relatif à la suppression de la compagnie de la prévôté de l'hôtel et à sa recreation, sous le titre de gendarmerie nationale ; le Décret du 10-15 mai 1791 et le Décret du 22 juin-20 juillet 1791, décret relatif à la composition de la gendarmerie nationale et à l'avancement dans ce corps. Enfin, il convient de viser le décret du 16 janvier (22, 23, 24 décembre et)-16 février 1791 sur l'organisation de la gendarmerie.

Il convient surtout de voir la loi du 28 germinal an VI (17 avril 1798). Et, l'on mentionnera également le Décret du 3-8 juin 1791, relatif à la formation de la gendarmerie de la Corse.

Source : Claude J. Lalouette, *Classification des lois administratives : depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Paris, Antoine BAVOUX, 1817, 764 pages. M. Lalouette était sous-préfet et député.

Pour ce qui concerne la Gendarmerie sous l'Empire français, il convient de se référer au Décret impérial sur la composition de la 26ème légion de la gendarmerie, décret impérial du 22 décembre 1812, bulletin des lois numéro 454 ; et, au Décret impérial du 10 avril 1813, décret impérial portant création et organisation d'un corps de gendarmerie pour la garde de Paris, *bulletin des lois*, numéro 495.

L'organisation de la gendarmerie, ses rapports avec les autorités civiles et militaires, tous les objets en un mot qui concerne cette institution, ont été réglés par la loi du 28 germinal an VI (17 avril 1798); jusque-là elle avait été régie par plusieurs décrets¹³⁴.

65. De nos jours, à l'aune de l'article L. 421-1 du Code de la sécurité intérieure¹³⁵, la gendarmerie nationale est une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois. La police judiciaire constitue l'une de ses missions essentielles. La gendarmerie nationale est destinée à assurer la sécurité publique et l'ordre public, particulièrement dans les zones rurales et périurbaines, ainsi que sur les voies de communication. Elle contribue à la mission de renseignement et d'information des autorités publiques, à la lutte contre le terrorisme, ainsi qu'à la protection des populations. L'ensemble de ses missions civiles s'exécute sur toute l'étendue du territoire national, hors de celui-ci en application des engagements internationaux de la France.

Sans préjudice des attributions de l'autorité judiciaire pour l'exercice de ses missions judiciaires et de celle du ministre de la Défense pour l'exécution de ses missions militaires, la gendarmerie nationale est placée sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, responsable de son organisation, de sa gestion, de sa mise en condition d'emploi et de l'infrastructure militaire qui lui est nécessaire. (Article L. 421-2)¹³⁶.

66. Ce texte s'inscrit dans la tradition juridique française, preuve d'une sédimentation remarquable. Ainsi, le Décret impérial portant Règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, du 1er mars 1854¹³⁷, prescrit en son article premier que « [l]a gendarmerie est une force instituée pour veiller à la sûreté publique et pour assurer le maintien de l'ordre et l'exécution des lois (alinéa premier). Une surveillance continue et répressive constitue l'essence de son service (alinéa deuxième). Son action s'exerce dans toute l'étendue du territoire continental et colonial de

¹³⁴ Les principaux décrets sont, outre celui du 16 janvier-16 février 1791, les décrets des 22 juin-20 juillet, 26 et 27 juillet-3 août 1791 ; 1er février-28 mars, 14-29 avril, et 28-29 juillet 1792 ; 26 frimaire an II (16 décembre 1793) ; 20 pluviôse an IV (9 février 1796) ; 25 pluviôse et 7 germinal an V (7 février et 27 mars 1797). Nous ne les rapporterons pas, parce que l'article 235 de la loi du 28 germinal les a expressément abrogés.

¹³⁵ Livre IV : Police nationale et Gendarmerie nationale, Titre II : Gendarmerie nationale.

¹³⁶ Le statut des militaires de la gendarmerie nationale est régi par le livre Ier de la quatrième partie du Code de la défense. (Article L. 421-4 du Code de la sécurité intérieure, Livre IV : Police nationale et Gendarmerie nationale, Titre II : Gendarmerie nationale, Chapitre Ier : Missions et personnels de la gendarmerie nationale, Section 2 : Militaires de la gendarmerie nationale).

¹³⁷ Décret impérial portant Règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, du 1er mars 1854, *Bulletin des lois de l'Empire français, XIème série, règne de Napoléon III, Empereur des Français, premier semestre de 1854 contenant les lois et décrets d'intérêts publics et généraux publiés depuis le 1er janvier jusqu'au 30 juin inclusivement*, tome troisième, numéros 122 à 194, Paris, Imprimerie impériale, juillet 1854. Bulletin des lois numéro 152, pp. 695-834.

l'Empire, ainsi que dans les camps et armées (alinéa troisième). Elle est particulièrement destinée à la sûreté des campagnes et des voies de communication (alinéa quatrième)¹³⁸.

Le corps de la gendarmerie est une partie intégrante de l'armée ; les dispositions générales des lois militaires lui sont applicables, sauf les modifications et les exceptions que son organisation et la nature mixte de son service rendent indispensables (article deux). Le corps de la gendarmerie prend rang dans l'armée à la droite de toutes les troupes de lignes (article trois). Il convient de préciser que les corps de la garde de Paris et de la gendarmerie d'élite conservent, en raison de la spécialité de leurs services, la constitution particulière qui leur a été donnée par les décrets d'organisation. Ils sont soumis, d'ailleurs, aux règles établies par le présent décret, pour la police et la discipline de la gendarmerie, dont ils font partie intégrante. (Article 643 du décret du 1er mars 1854).

Le décret du 1er mars 1854 vise à mettre le service spécial de la gendarmerie en harmonie avec les institutions nationales et avec les principes constitutifs des autres corps de troupes. En d'autres termes, le motif primordial qui a présidé à l'édiction de ce décret réside dans la nature militaire de la gendarmerie nationale.

Ce décret, qui ne comprend pas moins de 645 articles était destiné à remplacer l'ordonnance du 29 octobre 1820 portant règlement sur le service de la gendarmerie. Il est fort intéressant de se reporter au rapport fait à l'Empereur qui a précédé le décret car il en fait connaître à la fois l'esprit et les motifs. L'auteur de ce rapport est le maréchal de France, ministre secrétaire d'État au département de la guerre, A. DE SAINT-ARNAUD¹³⁹. On y retrouve la même formulation. « La gendarmerie est une force instituée pour veiller à la sûreté publique et pour assurer le maintien de

¹³⁸ Décret du 1er mars 1854, titre préliminaire « De l'institution de la gendarmerie », chapitre unique « Dispositions générales », section première « Spécialité du service de l'arme ».

¹³⁹ L'ordonnance du 29 octobre 1820, portant règlement sur le service de la gendarmerie, n'est plus en harmonie avec les institutions du gouvernement impérial et les principes constitutifs des différents corps de l'armée. La nécessité de réviser cette ordonnance est de coordonner les dispositions avec les lois, ordonnances, arrêtés, décrets et règlements intervenus depuis trente-quatre ans, étant incontestable, j'ai confié le soin au comité de la gendarmerie, présidé par M. le général de division comte de la Rue d'accomplir cette tâche.

Éloigné de tout esprit d'innovation systématique, et disposé, avant tout, à mettre à profit l'expérience du passé, le comité a été unanime à reconnaître que les bases principales posées par la loi du 28 germinal an VI et reprises dans l'ordonnance de 1820, devaient être maintenues dans tout décret organique du service de la gendarmerie, mais il s'est attaché dans son travail à tenir compte des modifications profondes apportées successivement à toutes les parties de la législation militaire et de l'administration du pays. Il a cherché également à bien définir la part d'action que chaque département ministériel peut exercer sur la gendarmerie, afin de sauvegarder cette arme contre des exigences qui ne pouvaient trouver leur prétexte que dans l'élasticité ou l'obscurité de quelques articles de l'ordonnance de 1820.

Le rapporteur a revu avec le plus grand soin le nouveau projet de règlement élaboré par le comité, et il a soumis en toute confiance à sa majesté, convaincu qu'il précise aussi bien les droits que les devoirs de la gendarmerie et qu'il est de nature à satisfaire à tous les besoins de cette arme d'élite, dont l'intervention a si largement contribué au maintien de l'ordre public et au salut de la société.

l'ordre et l'exécution des lois. Une surveillance continue et répressive constitue l'essence de son service. Son action s'exerce dans toute l'étendue du territoire continental et colonial de l'empire, ainsi que dans les camps armés. Elle est particulièrement destinée à la sûreté des campagnes et des voies de communication. (Article premier, Section première consacrée à la spécialité du service de l'arme) ».

67. En Outre-mer, la gendarmerie nationale trouve ses origines dans la gendarmerie coloniale. Le décret impérial du 11 janvier 1854 (promulgué le 1er février 1854) organise la gendarmerie coloniale (*bulletin officiel des lois* 129, numéro 1073). Napoléon III considérait qu'il importait de mettre l'organisation de la gendarmerie coloniale en harmonie avec celle donnée aux compagnies départementales par les décrets des 22 décembre 1851 et 19 février 1852. Ainsi, le commandement de la compagnie de gendarmerie de la Guyane française sera exercé, à l'avenir, par un officier du grade de chef d'escadron. L'arrondissement du chef-lieu de cette compagnie sera commandé par le capitaine (article premier). Il est créé dans chacune des compagnies de la gendarmerie coloniale un emploi de maréchal des logis chef et un emploi de maréchal des logis adjoint au trésorier. Conformément aux dispositions du décret du 22 décembre 1851, l'emploi de maréchal des logis adjoint au trésorier sera en dehors des cadres. Le maréchal des logis chef commandera la première brigade à cheval du chef-lieu de la compagnie. (Article second)¹⁴⁰.

68. De nos jours, la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale¹⁴¹ prévoit en son article 1er (Chapitre 1er : des missions et du rattachement de la gendarmerie nationale) et reprenant la formule devenue classique que le Code de la défense est ainsi modifié : il est inséré un article L. 3211-3 ainsi rédigé : « Article L. 3211-3. La gendarmerie nationale est une force armée

¹⁴⁰ Voir les décrets des 22 décembre 1851 et 19 février 1852 portant réorganisation des cadres de la gendarmerie. Il convient également de se reporter au décret du 9 juillet 1853 qui a augmenté l'effectif de la compagnie de gendarmerie de la Guyane française.

¹⁴¹ Travaux préparatoires : loi n° 2009-971. NOR: IOCX0814116L.

Sénat : Projet de loi n° 499 (2007-2008) ; Rapport de M. Jean Faure, au nom de la commission des affaires étrangères, n° 66 (2008-2009) ; Discussion les 16 et 17 décembre et adoption après déclaration d'urgence le 17 décembre 2008 (TA n° 34, 2008-2009).

Assemblée nationale : Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 1336 ; Rapport de M. Alain Moyne-Bressand, au nom de la commission de la défense, n° 1703 ; Avis de M. François Vannson, au nom de la commission des lois, n° 1690 ; Discussion les 1er et 2 juillet 2009 et adoption le 7 juillet 2009 (TA n° 311).

Sénat : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 530 (2008-2009) ; Rapport de M. Jean Faure, au nom de la commission mixte paritaire, n° 547 (2008-2009) ; Discussion et adoption le 23 juillet 2009 (TA n° 124, 2008-2009).

Assemblée nationale : Rapport de M. Alain Moyne-Bressand, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1827 ; Discussion et adoption le 23 juillet 2009 (TA n° 326).

institué pour veiller à l'exécution des lois... »¹⁴²

L'article L. 4145-1 du Code de la Défense¹⁴³ régit l'organisation du personnel militaire de la gendarmerie nationale lequel comprend : 1° Les officiers et les sous-officiers de gendarmerie ; 2° Les officiers du corps technique et administratif de la gendarmerie nationale et les sous-officiers du corps de soutien technique et administratif de la gendarmerie nationale ; 3° Les volontaires des armées, en service au sein de la gendarmerie nationale ; 4° Les officiers, sous-officiers et militaires du rang réservistes de la gendarmerie nationale.

Les officiers, sous-officiers et militaires du rang réservistes de la gendarmerie nationale renforcent les unités d'active, individuellement ou en formations constituées. Employés par priorité dans des fonctions opérationnelles, ils participent aussi aux fonctions de soutien.

69. L'institution de la gendarmerie est, par essence, fortement hiérarchisée. S'agissant de la notation et de l'avancement des militaires de la gendarmerie, on précisera que la notation est une évaluation par l'autorité hiérarchique des qualités morales, intellectuelles et professionnelles du militaire, de son aptitude physique, de sa manière de servir pendant une période déterminée et de son aptitude à tenir dans l'immédiat et ultérieurement des emplois de niveau plus élevé (...)(article 1er du décret du 1er août 2005 relatif à la notation des militaires)¹⁴⁴.

¹⁴² Du point de vue de l'ordonnement juridique français et, relativement aux normes qui régissent l'institution de la gendarmerie, on relèvera que le très important décret du 20 mai 1903 relatif au règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie fut abrogé par l'article 25 de la loi précitée.

¹⁴³ Voir le titre IV du livre 1er de la quatrième partie du Code de la défense en son Chapitre V « Militaires de la gendarmerie nationale » issu de l'article 9 (Chapitre II : des personnels de la gendarmerie nationale) de la loi susvisée.

¹⁴⁴ Voir par exemple, Cour Administrative d'Appel de Marseille, 8ème chambre - formation à 3, 11/10/2011, « M. Joël A. c. Ministre de la Défense. », N° 09MA02271, *inédit au recueil Lebon* ; M. GONZALES, président ; M. Serge GONZALES ; Mme VINCENT-DOMINGUEZ, rapporteur public ; source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. En l'occurrence, Joël A., gendarme depuis 1975, a été affecté à la brigade de gendarmerie de Valras dans le grade d'adjudant et en qualité de gradé d'encadrement depuis 1997. Il a demandé à son administration, le 31 mai 2006, la réparation des préjudices résultant de l'illégalité des notations qu'il a obtenues au titre des années 2004 à 2006. Le ministre de la Défense a rejeté son recours le 13 décembre 2006 à la suite de l'avis défavorable rendu par la commission de recours des militaires. M. A interjette appel du jugement du 7 avril 2009 par lequel le tribunal administratif de Montpellier a rejeté sa demande tendant à la condamnation de l'État à lui verser la somme de 203 051 euros au titre des préjudices résultant de l'attitude négative de sa hiérarchie à son encontre dans le déroulement de sa carrière.

En premier lieu, les notations de M. A, et notamment celle pour 2006, font état de son attitude envers sa hiérarchie, du peu de dynamisme et d'ardeur de l'intéressé dans l'acceptation des missions impliquant des responsabilités. Aussi, l'autorité hiérarchique pouvait, conformément aux critères établis par les dispositions précitées, se fonder sur de telles considérations, qui sont relatives à la manière de servir de ce militaire. Ces notations ne sont donc entachées d'aucune erreur de droit.

En deuxième lieu, en dépit d'indéniables qualités et compétences manifestées par M. A dans ses fonctions d'officier de police judiciaire, d'ailleurs rappelées dans la notation contestée pour 2006, ce dernier n'aurait pas fait suffisamment preuve de l'autorité, du sens de l'organisation et des capacités d'encadrement

70. Relevant de manière topique de l'institution gendarmique, le casernement est régi par l'article L. 4145-2 du Code de la défense qui prescrit que « [l]es officiers et sous-officiers de gendarmerie, du fait de la nature et des conditions d'exécution de leurs missions, sont soumis à des sujétions et des obligations particulières en matière d'emploi et de logement en caserne. »

71. L'histoire de l'institution de la gendarmerie est très intéressante à étudier au point de vue de la formation de la force publique. De cette manière, cette institution typiquement française fut exportée sur le territoire africain mais également à travers le monde, et notamment sur le continent américain. L'institution de la gendarmerie fut également exportée en Belgique au XIXe siècle¹⁴⁵.

La France exporta son modèle de force publique dans les anciennes possessions de son empire colonial. Ainsi, la France exporta son modèle de gendarmerie au **Maroc**. L'arrêté résidentiel du 25 octobre 1913, attribua les fonctions de commissaire de police au commandant de la brigade de gendarmerie de Kenitra¹⁴⁶. De surcroît, la gendarmerie s'implanta territorialement au Maroc. De cette manière, le décret du 25 novembre 1927 porta création d'une légion de gendarmerie au Maroc. Ce décret prévoit, en son article premier, que le détachement de la force publique du Maroc est transformé en une légion de gendarmerie du Maroc ayant son siège à Rabat¹⁴⁷. L'on évoquera également le Dahir numéro 1-57-280 du 22 jourmada II 1377 (14 janvier 1958) sur le service de la gendarmerie royale marocaine¹⁴⁸. Ce texte juridique prescrit les principes généraux relatifs au service de la gendarmerie en précisant que « la gendarmerie royale marocaine est une force publique chargée de veiller à la sûreté et d'assurer le maintien de l'ordre et l'exécution des lois. Son action s'exerce sur toute l'étendue du territoire ainsi qu'aux armées. Elle est particulièrement destinée à la

requisites d'un sous-officier supérieur de gendarmerie. M. A n'établit pas, dans ces conditions, que sa notation serait entachée d'inexactitude matérielle ou d'erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, la baisse de notation de M. A est antérieure à l'arrivée d'un nouveau commandant de brigade en août 2003. Aucune des pièces produites au dossier par le requérant ne permet d'établir que les notes qui lui ont été attribuées constitueraient une sanction déguisée de son attitude envers sa hiérarchie et du fait qu'il a exercé un recours gracieux contre sa notation pour 2004, procèderaient d'un détournement de pouvoir ou constitueraient un harcèlement moral. M. A n'établit pas davantage la faute qu'il reproche par ailleurs à son administration dans la gestion de son personnel.

Il résulte de ce qui précède que l'État n'a commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité. M. A n'est dès lors pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté sa demande.

¹⁴⁵ LIGNEREUX (Aurélien), *Servir Napoléon : policiers et gendarmes dans les départements annexés (1796-1814)*, Champ vallon, Paris, 2012, 416 p.

¹⁴⁶ Cet arrêté fut publié au *Bulletin officiel de l'empire chérifien, protectorat de la République française au Maroc*, deuxième année, numéro 55, 14 novembre 1913, voir page 488.

¹⁴⁷ Ce décret fut publié au *Bulletin officiel de l'empire chérifien, protectorat de la République française au Maroc*, 17e année, numéro 794, 10 janvier 1928, voir les pages 66-67.

¹⁴⁸ Ce texte juridique fut publié au *Bulletin officiel du royaume du Maroc*, 47e année, numéro 2366, 28 février 1958, voir les pages 889-897.

sûreté des campagnes et des voies de communication. » Ainsi, le texte reprend *expressis verbis* les textes juridiques français du XIXe siècle et le décret-loi du 3 mai 1903 : voilà qui constitue une preuve éclatante de l'exportation du modèle de gendarmerie française.

72. S'agissant du caractère militaire de la force publique, il convient également de se fonder sur l'exemple de la gendarmerie des forces armées zaïroises. De cette manière, l'ordonnance-loi numéro 72/032 du 31 juillet 1972 porta l'intégration des éléments de la gendarmerie des forces armées zaïroises au sein de la gendarmerie nationale de la **République du Zaïre**¹⁴⁹. Ainsi, l'article premier du texte susvisé prescrit que les éléments de la gendarmerie des forces armées zaïroises sont versés dans la gendarmerie nationale du Zaïre ; ce qui montre de manière éclatante le caractère militaire de la gendarmerie nationale du Zaïre.

73. Le royaume de Belgique offre l'exemple topique de la fusion de la force publique civile et de la force publique à caractère militaire en un seul corps. De cette manière, le projet de loi portant modification de certaines dispositions relatives à la gendarmerie et au statut de son personnel¹⁵⁰ prévoit dans l'exposé de ses motifs que le projet en discussion vise à modifier les trois lois fondatrices de la gendarmerie belge, à savoir la loi du 2 décembre 1957 sur la gendarmerie, la loi du 2 décembre 1973 relative au statut du personnel du cadre actif du corps opérationnel de la gendarmerie et la loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel du cadre actif de la gendarmerie.

Ce projet de loi s'inscrit dans le cadre de la démilitarisation de la gendarmerie. Il convient de mentionner que le Gouvernement belge, avait, dans sa communication du 5 juin 1990, posé le principe que la gendarmerie devait être désormais déchargée de ses propres missions de guerre et que celle-ci devait à l'avenir se consacrer essentiellement à ses tâches de police judiciaire et de police administrative. Avec cet objectif, la loi de démilitarisation du 18 juillet 1991 disposa que la gendarmerie ne fait plus partie des forces armées, mais est un service de police générale et que l'administration générale de la gendarmerie ne relève désormais plus des attributions du ministre de la Défense nationale mais bien de celles du ministre de l'Intérieur, précision étant apportée qu'une forme de cogestion avec le ministre de la Justice dans les matières judiciaires était réalisée.

La loi du 24 juillet 1992 avait essentiellement pour but de doter la gendarmerie d'un statut disciplinaire adapté à son nouveau caractère civil. Le projet de loi en discussion vise une étape

¹⁴⁹ L'ordonnance-loi numéro 72/032 du 31 juillet 1972 fut publiée au *Moniteur congolais, Journal officiel de la République démocratique du Congo*, journal officiel numéro 15 du 1er août 1972, page 461.

¹⁵⁰ Discuté au Sénat de Belgique au cours de la session de 1993-1994, *Document du Sénat*, 1er juin 1994, 1096-1 (1993-1994), pp. 1-54.

supplémentaire dans l'approfondissement de la démilitarisation du corps de la gendarmerie. Ainsi, les dispositions du chapitre premier concernent les normes qui dissocient la position statutaire des militaires en fonction à la gendarmerie des règles normalement applicables à ce personnel et visent également la suppression de la réserve de la gendarmerie formée de militaires en congé illimité.

En dernier lieu, une dernière modification concerne l'organisation de la structure même de la gendarmerie telle qu'elle figurait dans la loi organique du 2 décembre 1957. En effet, la gendarmerie est organisée selon une structure hiérarchique comportant cinq échelons de commandement dans la gendarmerie territoriale et cinq échelons dans la gendarmerie mobile. En ce qui concerne la gendarmerie territoriale, la hiérarchie part du commandement général vers les régions, qui comportent chacune deux groupes territoriaux (et un seul au Brabant), couvrant chacun une province. En ce qui concerne la gendarmerie mobile, la structure hiérarchique à cinq échelons part du commandement général vers les régions auxquelles se rattachaient les groupes mobiles qui se composent d'un nombre d'escadrons comportant un certain nombre de pelotons. De plus, à côté des unités mobiles susmentionnées qui sont stationnées au chef-lieu de la région à savoir Bruxelles, Anvers, Gand, Liège, Charleroi, la gendarmerie dispose également d'une légion mobile stationnée à Bruxelles et qui en constitue la réserve générale¹⁵¹.

74. Sur le continent européen, il convient également de mentionner que la **République de Saint-Marin** est dotée d'un corps de gendarmerie fondé depuis 1827 (« Corpo della Gendarmeria della Repubblica di San Marino »)¹⁵². De la même manière, la **Cité État du Vatican** est dotée d'un corps de gendarmerie. Par la Loi n° LXVII du 15 décembre 1970, la Commission Pontificale pour l'État de la Cité du Vatican a dissous le Corps de Gendarmerie fondé le 14 Juillet 1816 par le Pape Pie VII suite à la Lettre du 14 septembre 1970 du Pape Paul VI, par laquelle étaient abolis tous les Corps Militaires de l'État de la Cité du Vatican, sauf la Garde Suisse Pontificale¹⁵³.

Un Bureau Central de Vigilance fut alors constitué auprès du Gouvernorat de l'État de la Cité du Vatican. À ce bureau, furent attribués, en plus des fonctions générales de vigilance et de contrôle de l'application des lois, des règlements et des ordonnances des autorités de l'État, le rôle

¹⁵¹ Voir également, le rapport fait au nom de la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique sur le projet de loi portant modification de certaines dispositions relatives à la gendarmerie et au statut de son personnel par M. Vanleenhove, Chambre des Représentants de Belgique, 48^e Législature, session ordinaire 1994-1995, 24 novembre 1994, *Documents parlementaires*, numéro 1518/3-93/94, voir les pages 1-7. Source : La Chambre des Députés du Royaume de Belgique, site institutionnel : <<http://www.lachambre.be/>>

¹⁵² Source : République de Saint-Marin (Repubblica di San Marino), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.sanmarino.sm/>>

¹⁵³ Source : État de la Cité du Vatican, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.vaticanstate.va/>>

de police de sécurité de l'État et des personnes et objets qui s'y trouvent, et ceux de police judiciaire et de police de la circulation routière. La Loi n° CLXVIII du 25 mars 1991, qui modifia de manière partielle la Loi constitutive n° LXVIII du 15 décembre 1970, changea à nouveau l'appellation du Bureau en « Corps de Vigilance de l'État de la Cité du Vatican ». Le 2 janvier 2002, par la Loi n° CCCLXXIV, la Commission Pontificale pour l'État de la Cité du Vatican changea encore l'appellation en celle de « Corps de la Gendarmerie de l'État de la Cité du Vatican ». Enfin, le 16 juillet 2002, par la Loi n° CCCLXXXIV sur le Gouvernement de l'État de la Cité du Vatican, Sa Sainteté le Pape Jean Paul II institua la Direction des Services de Sécurité et Protection Civile dont dépendent le Corps de la Gendarmerie et le Corps des Pompiers, et établit que le Corps de la Gendarmerie s'occupe de la sécurité et de l'ordre public, assume les rôles institutionnels de police, y compris ceux de police judiciaire, pour assurer la sécurité des lieux et des personnes, le maintien de l'ordre public et la prévention et répression des délits. Actuellement, les effectifs du Corps de la Gendarmerie s'élèvent à 130 personnes.

75. La France exporta également son modèle de gendarmerie en **Afrique**, et, en particulier en **République de Djibouti**. Ainsi, la République de Djibouti adopta le modèle de la gendarmerie sur le fondement du décret numéro 79-040/PR/DEF du 10 mai 1979 portant création et organisation de la gendarmerie nationale¹⁵⁴.

76. Au Cambodge, fut créée la Gendarmerie royale Khmère sur le modèle de la gendarmerie française. L'accord établissant une coopération technique dans le domaine de la défense entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement national provisoire du Cambodge fut signé le 6 juillet 1993 par le ministre de la Défense de la République française et par monsieur SIRIVUDDH, ministre cambodgien des Affaires étrangères. En novembre de la même année, fut créée la mission d'assistance militaire (MAM), rebaptisée depuis son rattachement au ministère des Affaires étrangères « mission de coopération militaire et de défense » (MCMD). En février 1994, un accord technique fut conclu. Il précise l'objectif de la coopération qui est de participer à la réorganisation et à la formation des forces armées cambodgiennes.

Pour ce qui a trait à l'institution gendarmique, il s'agit selon les vœux exprimés par les plus hautes autorités du pays et en particulier par le roi Norodom SIHANOUK de créer la « petite sœur » de la gendarmerie nationale française, institution dont le monarque avait pu apprécier l'efficacité et l'utilité. Créée le 14 juillet 1993, la Gendarmerie Royale Khmère est constituée de toutes pièces à partir d'effectifs prélevés sur ceux des Forces Armées Royales Khmères. En juillet 1994, la gendarmerie royale khmère se voit attribuer le site de KAMBOL pour y implanter son école de

¹⁵⁴ Source : site officiel de la République de Djibouti, *Journal officiel*, <<http://www.presidence.dj>>

formation. Très rapidement, les stages vont s'y succéder, la formation des personnels constituant un des volets majeurs de la coopération.

S'agissant de l'organisation de la Gendarmerie Royale Khmère, deux chantiers sont rapidement initiés : le premier concerne l'implantation d'unités territoriales, et le second concerne l'organisation de l'état-major. Pour ce qui concerne les missions dévolues à la gendarmerie royale khmère, dans son article 4, le sous-décret n° 77 portant organisation générale et attributions de la Gendarmerie Royale Khmère dispose que celle-ci a pour missions d'assurer les activités de la police administrative, de maintenir la sécurité et l'ordre public général, de faire assurer le respect de la loi et de tous les règlements, de renseigner et de porter secours aux citoyens.

En outre, la gendarmerie assure les activités de la police judiciaire, à savoir constater les crimes et les délits, établir les procès-verbaux d'infraction, rassembler les preuves, rechercher et interpellier les délinquants pour les déférer devant les autorités judiciaires, et exécuter les délégations des juges d'instruction. Dans ce cadre, la Gendarmerie Royale agit selon les instructions du Ministre de la Justice et des autorités judiciaires compétentes. Dans le domaine de la police judiciaire, il convient par ailleurs de noter que l'article 10 précise que la gendarmerie territoriale est mise en œuvre sur toute l'étendue du Royaume du Cambodge et que sa compétence s'exerce sur tous les citoyens.

De plus, l'institution exerce des missions à caractère spécifiquement militaire, à savoir maintenir la sécurité et rendre les honneurs au profit des institutions gouvernementales et des autorités suprêmes du Royaume du Cambodge ; protéger les installations militaires ; exécuter les missions de police militaire à l'intérieur et à l'extérieur des installations militaires. Dans ce cadre, la Gendarmerie Royale agit selon les instructions du Ministre de la Défense Nationale, du chef de l'état-major général des Forces Armées Royales Khmères et des autorités militaires compétentes.

L'article 12 ajoute que la prévôté militaire est l'une des composantes de la Gendarmerie Royale, qui agit en liaison directe avec les trois autres armées des Forces Armées Royales Khmères. Elle exécute ses missions sous l'autorité définie à l'alinéa « c » de l'article 4 du présent sous-décret. De surcroît, la gendarmerie royale prête son concours aux autres ministères qui en font la demande.

D'un point de vue organisationnel, la gendarmerie royale khmère regroupe plus de 7000 militaires ; elle est placée sous les ordres d'un lieutenant-général ; l'état-major est situé à Phnom-Penh. Elle est organisée en unités territoriales ; initialement, il était effectivement envisagé une implantation d'unités sur le modèle français avec 3 niveaux : commune (brigade), district (compagnie), province (groupement). Depuis 1993, 24 commandements ont été créés à l'échelon des 20 provinces du royaume et dans les villes de Phnom Penh, Pailin, Sihanoukville et Kep.

77. Sur le continent européen, l'Espagne adopta également une force publique duale, à savoir une force publique à statut civil et une force publique à statut militaire. La force publique espagnole est organisée sur le fondement de la loi organique 2/1986, du 13 mars 1986, loi relative aux Forces et Corps de Sécurité¹⁵⁵. La loi organique prescrit en son article premier que la sécurité publique constitue une compétence exclusive de l'État. Le maintien de la sécurité publique appartient au Gouvernement de la Nation (premier alinéa). De plus, l'on doit ici relever pour l'exemple espagnol que les Communautés autonomes participent au maintien de la sécurité publique dans les termes établis par les Statuts respectifs et conformément à la loi (deuxième alinéa). Le maintien de la sécurité publique s'exerce à travers les différentes administrations publiques composées des forces de sécurité. Ainsi, les forces et corps de sécurité de l'État se composent des forces et corps de sécurité qui sont rattachés de manière organique au Gouvernement de la Nation, et des corps de police relevant des Communautés autonomes. Aussi, il convient que les membres des différentes forces et corps de sécurité coordonnent leur action par une coopération réciproque.

La loi organique prévoit expressément les principes fondamentaux d'action des membres des forces et corps de sécurité. La loi prescrit que l'exercice de leurs fonctions s'effectue dans le respect absolu de la Constitution et de l'ordonnancement juridique. Les forces et corps de sécurité agissent avec dignité et intégrité (article 5, premier alinéa, c). Les forces et corps de sécurité de l'État exercent leurs fonctions sur tout le territoire national et sont composées de deux forces principales à savoir le Corps national de police (« Cuerpo Nacional de Policía »), lequel constitue une institution armée de nature civile, qui relève hiérarchiquement du ministère de l'Intérieur. En outre, ils se composent de la Garde civile (« Guardia Civil »), qui constitue une institution armée de nature militaire et qui relève du ministre de l'Intérieur concernant les fonctions que la loi lui attribue en ce domaine, mais également du ministre de la Défense dans l'accomplissement des missions à caractère militaire. (Article neuf, Titre deuxième « Des forces et corps de sécurité de l'État », Chapitre premier, « Dispositions générales »).

Les forces et corps de sécurité de l'État ont pour mission cardinale de protéger le libre exercice des droits et libertés et de garantir la sécurité publique. Ainsi, ils visent au respect des lois et dispositions générales en exécutant les ordres qu'ils reçoivent des autorités ; ils veillent à protéger les personnes et assurent la conservation et la garde des biens ; ils assurent la protection des édifices et installations publiques ; ils veillent à la protection et à la sécurité des hautes personnalités. En

¹⁵⁵ La loi organique 2/1986, du 13 mars 1986, loi relative aux Forces et Corps de Sécurité fut publiée au *Bulletin officiel de l'État espagnol*, numéro 63, du 14 mars 1986, voir les pages 9604 à 9616 ; Section première intitulée « Dispositions générales », référence : BOE-A-1986-6859. Source : Gouvernement de l'Espagne, Ministère de la Présidence, Agence étatique du Bulletin Officiel de l'État, Bulletin Officiel de l'État espagnol (*Boletín Oficial del Estado*), site institutionnel à l'adresse suivante : <<https://www.boe.es/>>

outré, ils maintiennent et rétablissent l'ordre et la sécurité publique.

Il convient aussi de préciser que les différentes fonctions ci-dessus décrites se répartissent territorialement entre le Corps national de police qui exerce des fonctions à l'échelon municipal et à l'échelon des capitales de Province. La Garde civile, quant à elle, est compétente dans le reste du territoire national et sur la mer territoriale. (Article 11, deuxième alinéa). En ce qui concerne la Garde civile, la loi organique susvisée en son Chapitre trois prescrit l'organisation hiérarchique de cette force publique à caractère militaire (article 13, premier alinéa).

En outre, la loi organique 4/2010 du 20 mai 2010, prévoit le régime disciplinaire du corps national de police. La loi organique susvisée détermine également les normes juridiques applicables aux différentes polices des Communautés autonomes (Titre troisième). Ainsi, les Communautés autonomes dont les Statuts le prévoient, pourront instituer des corps de police, en vue de l'accomplissement des fonctions de surveillance et de protection contenues dans l'article 148. 1. 22 de la Constitution espagnole (article 37).

78. Sur le continent américain, il convient de mettre en lumière la gendarmerie nationale argentine. La loi organique de la gendarmerie nationale, loi numéro 19 349, prescrit les normes juridiques applicables à l'institution de la gendarmerie en **Argentine**¹⁵⁶. La loi sur la Gendarmerie nationale, loi numéro 19 349, loi en date du 25 novembre 1971 (la loi numéro 19 349 fut publiée au *Bulletin officiel* daté du 10 janvier 1972), prévoit que la Gendarmerie nationale est une force de sécurité à caractère militaire, qui relève du Commandant en chef de l'Armée, organisée en vue d'accomplir les missions que cette loi précise, dans la Zone de Sécurité des Frontières et des autres lieux déterminés à cet effet (article premier, Titre Ier « Dispositions fondamentales », Chapitre premier intitulé « Définition »).

La mission de la Gendarmerie Nationale est de satisfaire aux nécessités inhérentes au service de police qui appartient au Commandant en chef de l'Armée, dans la Zone de Sécurité des Frontières et des autres lieux déterminés à cet effet, en matière de police de sécurité et de police judiciaire à l'échelon fédéral, dans le domaine de la prévention et de la répression des infractions prévues par les lois et décrets spéciaux, et en matière de police de sécurité dans le domaine de la surveillance des frontières. (Article deux, Titre premier, Chapitre II intitulé « Mission »). Dans sa juridiction, la Gendarmerie Nationale remplit les fonctions suivantes : police de sécurité et police judiciaire à l'échelon fédéral, police auxiliaire douanière, de migrations et sanitaire, où existe une autorité

¹⁵⁶ Cette loi fut modifiée par la loi numéro 26 660, loi du 16 mars 2011, publiée au *Bulletin officiel de la République Argentine*, du 13 avril 2011.

établie pour les administrations respectives et conformément aux heures prévues par celles-ci, police de la prévention et de la répression de la contrebande, de l'immigration clandestine et des infractions sanitaires. (Article trois, Titre premier, Chapitre III intitulé « Fonctions »). L'institution gendarmique laquelle est typiquement française s'exporta aussi au Chili.

79. La gendarmerie du Chili. La loi organique constitutionnelle portant sur les « Carabineros », loi numéro 18 961, en date du 7 mars 1990 (la loi fut promulguée le 27 février 1990 ; et, loi dont l'ultime version date du 15 juillet 2005)¹⁵⁷ régit l'institution de la gendarmerie au Chili. La loi organique constitutionnelle prévoit, en son titre premier, que les « Carabineros » du Chili constituent l'institution policière technique et de caractère militaire, qui fait partie de la force publique et qui existe pour exécuter le droit. En outre, sa finalité est de garantir et de maintenir l'ordre public et la sécurité publique intérieure dans tout le territoire de la République ainsi que d'accomplir les autres fonctions prévues par la Constitution et la loi. Les gendarmes du Chili font partie des forces armées avec la mission de garantir l'ordre institutionnel de la République (article premier, premier alinéa).

D'un point de vue du rattachement organique, il convient de relever que les gendarmes du Chili relèvent directement du ministère de la Défense nationale et sont administrés par le Sous-secrétariat des gendarmes. L'article deux de la loi organique constitutionnelle des gendarmes du Chili prescrit que ceux-ci, agissant comme corps policier armé, est essentiellement obéissant, non délibératif, professionnel, hiérarchisé et discipliné ; son personnel sera assujetti aux normes fondamentales établies dans la présente loi organique, mais également par le Code de justice militaire et la réglementation interne.

Il convient de mettre en exergue que la loi organique constitutionnelle des gendarmes du Chili, loi numéro 18 961, loi en date du 7 mars 1990, (loi dont l'ultime version remonte au 15 juillet 2005), prévoit en son titre premier, article trois que les gendarmes du Chili assurent la protection de la personne du Président de la République ainsi que des Chefs d'État étrangers en visite officielle, et également la sécurité du palais du Gouvernement et de la résidence de ces autorités¹⁵⁸.

De surcroît, les gendarmes du Chili ont l'obligation de prêter leur aide aux autorités judiciaires qui les sollicitent dans l'exercice de leurs attributions. (Article quatre de la loi organique susvisée).

¹⁵⁷ Source : Bibliothèque du Congrès national du Chili, législation chilienne, site institutionnel : <www.bcn.cl>

¹⁵⁸ Ce rôle de protection des Chefs d'États était l'origine de la création de ce corps étatique ; en France, la gendarmerie fut créée pour protéger la famille royale. Ayant exporté son modèle de force publique à statut militaire, on retrouve la mission cardinale de protection des Chefs d'États à travers le monde. De cette manière, sur le continent européen, au **Royaume des Pays-Bas, la Maréchaussée royale (Koninklijke Marechaussee)** garantit la sécurité des membres de la famille royale. La Maréchaussée royale a pour fondement le décret du roi des Pays-Bas, Guillaume Ier, décret du 26 octobre 1814. Source : *Koninklijke Marechaussee*, site électronique institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.kmar.nl/>>

80. Il convient en dernier lieu d'évoquer la **Gendarmerie royale du Canada**. La Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, R.S.C., 1985, c. R-10 L.R.C. (1985), ch. R-10¹⁵⁹ (« Royal Canadian Mounted Police Act ») prévoit en sa Partie I, la constitution et l'organisation de la gendarmerie. Ainsi, est maintenue pour le Canada une force de police composée d'officiers et autres membres, appelée Gendarmerie royale du Canada. (3).

S'agissant du rôle de la Gendarmerie, l'institution peut être employée partout, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada, où le décide le Gouverneur en conseil. (S.R., ch. R-9, art. 4). Le Gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du ministre, a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s'y rapporte. Le commissaire peut déléguer à tout membre les pouvoirs ou fonctions que lui attribue la présente loi. Les officiers comprennent, outre le commissaire et les titulaires des grades désignés par le Gouverneur en conseil : des sous-commissaires, des commissaires adjoints, des surintendants principaux, des surintendants et des inspecteurs. (6, 1).

L'institution de la gendarmerie est une création française qui a essaimé à travers le monde. Force publique intérieure de nature militaire, elle agit dans le cadre français de concert avec le modèle le plus répandu de force publique, à savoir une force publique intérieure de nature civile.

2) La police nationale : « Pro patria vigilant ».

81. La police nationale relève de l'autorité du ministre de l'Intérieur, sous réserve des dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'exercice de la police judiciaire. L'article L. 411-1 du Code de la sécurité intérieure constitue le texte juridique de droit positif qui régit l'institution policière. S'agissant de l'histoire du ministère de l'Intérieur, il convient de préciser qu'exista un Ministère de la Police séparé du ministère susvisé ; son existence varia pendant la période de la Révolution française¹⁶⁰. Ainsi, le Ministère de la Police fut supprimé sur le fondement de l'arrêté du 28 fructidor an X (arrêté portant suppression du Ministère de la Police générale)¹⁶¹ ; puis, il fut à nouveau établi par le décret du 21 messidor an XII, (décret impérial qui rétablit le Ministère de la Police générale). Le décret du 13 fructidor an XV constitue le décret impérial qui règle la compétence des ministres de l'Intérieur, de la Guerre et de la Marine, relativement aux canaux de

¹⁵⁹ Publiée par le ministre de la Justice (CANADA) : <<http://lois-laws.justice.gc.ca>>

¹⁶⁰ Voir *supra*.

¹⁶¹ Source : LALOUETTE (Claude J.), *Classification des lois administratives : depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Paris, Antoine BAVOUX, 1817, 764 pages. M. Lalouette était sous-préfet et député.

navigation, etc.

82. Pour ce qui concerne la Ville de Paris, il est nécessaire de mentionner l'existence de la préfecture de police de Paris, laquelle constitue une spécificité digne d'être remarquée¹⁶². On se réfèrera à l'arrêté du 17 ventôse an VIII qui nomme le préfet de police de Paris (*Bulletin des lois* numéro 10) ; et, historiquement, ce fut l'arrêté du 12 messidor an VIII qui détermina les fonctions du Préfet de police. (*Bulletin des lois* numéro 33). Le rôle du Préfet de police de Paris fut si important que l'arrêté du 3 brumaire an IX étendit son autorité sur tout le département de la Seine, et sur les communes de Saint-Cloud, Meudon et Sèvres ; cet arrêté date du 3 brumaire an IX (publié au *bulletin* numéro 49)¹⁶³.

83. En ce qui concerne la juridiction des commissaires de police, ce fut la loi du 29 septembre 1791 qui vint régir l'établissement des commissaires de police, dans les différentes villes du royaume où ils seront jugés nécessaires. (*Collection des lois de l'Assemblée constituante*). Ceux-ci étaient à l'origine désignés par la voie élective sur le fondement de la loi du 8 juin 1792 relative à l'élection des commissaires de police, dans les lieux ils seront jugés nécessaires. (*Collection des lois de l'assemblée législative*)¹⁶⁴. Suivant les types de régimes politiques que la France a connus, il peut également

¹⁶² Voir sur ce sujet, RENAUDIE (Olivier), *La préfecture de police*, L.G.D.J., collection « Bibliothèque de Droit public », préface de Jacques CHEVALLIER, 2008, 583 p.

¹⁶³ Il convient de se référer à l'ouvrage de Jacques PEUCHET (1758-1830), ancien Administrateur de Police et Garde des Archives de la Préfecture de Police : *Les Mémoires tirés des archives de la police de Paris: pour servir à l'histoire de la morale et de la police, depuis Louis XIV jusqu'à nos jours*.

PEUCHET (Jacques), *Mémoires tirés des Archives de la Police de Paris : pour servir à l'histoire de la morale et de la police depuis Louis XIV jusqu'à nos jours*, tome I, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 350 p. ; tome II, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 415 p. ; tome III, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 384 p. ; tome IV, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 395 p. ; tome V, Bourmancé, Paris, 1838, 384 p. ; tome VI, Bourmancé, Paris, 1838, 336 p.

Avocat Parisien, compilateur de documents et « père » de la statistique, il fut romancier, historien. Remarqué pour sa contribution à l'*Encyclopédie méthodique*, il fut employé par Calonne puis Loménie de Brienne à divers travaux administratifs. En 1789, il fut électeur et joua un rôle important à l'Hôtel de Ville lors du 14 juillet. Membre influent de la nouvelle municipalité que présidait Bailly, il figura parmi les six membres du département de police. De cette expérience il tira en 1789 et en 1791 les deux volumes d'un *Dictionnaire de police*, répertoire commode de la législation de l'époque. Ce philosophe gagné aux Lumières se révéla assez vite comme un modéré qui se rapprocha de la cour. Devenu suspect, Peuchet fut arrêté après le 10 août 1792, puis libéré à la suite d'interventions dont celle de Condorcet. Il se réfugia à Gonesse. Il deviendra administrateur du district mais sera destitué comme royaliste après le 18 fructidor.

Source : TULARD (Jean), « PEUCHET JACQUES (1758-1830) » in *Universalis* ; Jean TULARD est Professeur à l'université de Paris-IV-Sorbonne.

Et, PEUCHET Jacques (1758-1830). Pays : France, langue : français. Naissance : 06-03-1758, Paris. Mort : 28-09-1830, Paris. Sources : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/12462711/jacques_peuchet/> ; World biographical information system, Annuaire prosopographique, Comité des travaux historiques et scientifiques, <<http://db.saur.de/WBIS>>

¹⁶⁴ Voir aussi, l'arrêté du 5 brumaire an IX qui détermine les fonctions des commissaires généraux de police. (*Bulletin des lois* numéro 50) ; et le Décret impérial du 23 fructidor an XIII relatif aux commissaires généraux de police. (*Bulletin des lois* numéro 65). Arrêté qui détermine les fonctions des commissaires généraux de police,

relever du pouvoir exécutif de créer les postes de commissaires de police, à raison d'une appréciation discrétionnaire. Ainsi, à titre d'exemple, le décret impérial du 10 avril 1812 (bulletin 428)¹⁶⁵ porta création de commissaires de police, dans plusieurs communes de l'Empire.

Du point de vue de l'histoire des commissaires de police, Louis-Antoine MACAREL, (*Cours d'administration et de droit administratif professé à la faculté de droit*, premier volume, précité) s'intéressa aux agents administratifs parmi lesquels on dénombre les commissaires de police. Les fonctions des commissaires de police, telles qu'elles existaient au XIXème siècle, se rattachaient à celles des anciens commissaires au Châtelet de Paris, dont l'établissement remontait au commencement du XIVème siècle. Leur création eut pour but de soulager les lieutenants civil et criminel du prévôt de Paris dans l'immense variété de leurs fonctions.

Ces commissaires au Châtelet cumulaient, entre leurs mains, des fonctions judiciaires et des fonctions administratives. À Paris, par l'édit du mois de mars 1667, les fonctions de lieutenant général de police avaient été érigées en titre d'office, pour y exercer la police séparément d'avec la charge de lieutenant civil au Châtelet, lequel était un magistrat spécialement chargé de la justice. Plusieurs offices semblables furent créés dans les provinces et pour y apporter de l'uniformité, un édit du mois d'octobre 1699 créa des lieutenants généraux de police avec les mêmes pouvoirs que ceux du lieutenant général de police de Paris, dans tous les lieux où il y avait un Parlement, des sièges présidiaux, des baillages, et des sénéchaussées. Ces fonctions, comme tant d'autres alors, avaient été érigées en titre d'offices héréditaires. À cet égard, elles furent supprimées à la Révolution française avec tous les offices de judicature. Toutefois, elles ont été promptement rétablies par l'article trois du titre quatre de la loi du 21 mai-27 juin 1790, relative à l'organisation de la municipalité de Paris ; les commissaires de police furent alors placés sous l'autorité du maire et leurs attributions spéciales furent rigoureusement déterminées. Une nouvelle loi en date des 19-22 juillet 1791 fixa les règles de la police municipale qui a pour objet le maintien habituel de l'ordre et de la tranquillité dans chaque commune ; cette loi fixa également les règles relatives à la police dite

l'arrêté est en date du 5 frimaire an IX (*bulletin numéro 50*). Arrêté du 11 germinal an IX qui donne une extension à l'exercice de l'autorité du commissaire général de police, à Lyon (*Bulletin des lois numéro 75*). Arrêté du 9 floréal an XI portant établissement de commissaires généraux de police, à Brest et à Toulon. (*Bulletin des lois numéro 277*). Décret impérial du 23 fructidor an XIII sur les commissaires généraux de police. (*Bulletin des lois numéro 65*).

¹⁶⁵ Voir, Décret impérial contenant l'état des départements du deuxième arrondissement de la police générale, qui sont réunis au premier. (Décret du 21 février 1806, *bulletin des lois*, 75). Décret impérial contenant règlement sur l'organisation de la police de l'empire, décret impérial des 25 mars 1811, *bulletin des lois* numéro 385.

correctionnelle laquelle a pour objet la répression des délits qui, sans mériter une peine afflictive ou infamante, troublent la société et disposent au crime (cette loi détermine les devoirs des commissaires de police). La loi du 21-29 septembre 1791 vint également régir la fonction de commissaire de police. Ainsi, son article premier précise qu' « [i]l sera établi, par le corps législatif, des commissaires de police dans toutes les villes du royaume où on les jugera nécessaires, après l'avis de l'administration du département ».

Ces commissaires veilleront au maintien et à l'exécution des lois de police municipale et correctionnelle, et ils pourront dresser des procès-verbaux en matière criminelle,... (Article deux). La fonction de commissaire de police étant une fonction éminente, plusieurs actes législatifs statuèrent sur cette fonction. Ainsi, l'on doit ici noter que l'on procéda à l'élection des commissaires de police dans les formes déterminées pour l'élection des municipalités (voir les lois des 1er-8 juin 1792). Par la suite, les commissaires de police ont été nommés par le comité de sûreté générale de la Convention d'après la loi du 24 ventôse an III. Il fut ensuite nommé par l'administration municipale en vertu des articles 25 et 26 de la loi du 3 brumaire an IV (livre premier, titre 2). Enfin, l'arrêté du gouvernement du 19 nivôse an VIII avait remis leur nomination ainsi que celles des officiers de paix au premier Consul. En dernier lieu, la loi du 28 pluviôse an VIII sur la division du territoire et l'administration est venue poser les règles qui régissent l'exercice des fonctions de commissaire de police tout au long du XIX^{ème} siècle. La loi du 21 mars 1831 relatif à l'organisation municipale est restée muette quant à la nomination des commissaires de police.

84. S'agissant de l'implantation territoriale, la loi du 28 pluviôse an VIII en son article 14 prévoit que « [d]ans les villes de 10 000 habitants et au-dessus, il y aura de plus un commissaire général de police auquel sont subordonnés les commissaires de police et qui sera subordonné au préfet. » Néanmoins, il exécutera les ordres qu'il recevra immédiatement du ministre chargé de la police. L'organisation de la fonction de commissaire de police¹⁶⁶ dépend du territoire sur lequel leur pouvoir s'exerce ; ainsi, nous pouvons nous fonder sur l'exemple français de l'Empire. Le décret du 24 mars

¹⁶⁶ Voir également, BELLANGER (ancien commissaire de police), *Manuel analytique à l'usage des commissaires de police et autres fonctionnaires...*, A. Guyot et Scribe, Paris, 1859, 2^e édition, 267 p. [In-4°].

Concernant l'histoire des gardiens de la paix, il serait bon de se reporter à l'ouvrage de Messieurs FÉRON (Louis) et REY (Alfred), *Histoire du corps des gardiens de la paix*, Firmin-Didot, Paris, 1896, 735 pages.

Du point de vue de l'histoire de la préfecture de police de Paris et, en particulier, concernant son histoire budgétaire, il est fort intéressant de viser le Décret du Président de la République (Jules Grévy) nommant un commissaire du gouvernement pour la discussion du projet de loi relatif au rattachement au budget de l'État des dépenses de la police dans la ville de Paris (14 janvier 1884), Chambre des Députés, 3^{ème} législature, session 1884, n ° 2546, Chambre des députés (1876-1942), Paris, Imprimerie de A. Quantin, (s. d.), 2 p.

1811 lequel contient le règlement sur l'organisation de la police générale de l'Empire qui avait établi la hiérarchie des pouvoirs de la manière suivante : « article premier. Les fonctionnaires dépendant du ministère de la police sont divisés en quatre classes : la première se compose des directeurs généraux de police ; la deuxième, des commissaires généraux de police ; la troisième, des commissaires spéciaux de police ; la quatrième, des commissaires particuliers des villes. »

Puis, afin de lutter contre une délinquance itinérante, la France décida de l'institution d'une police d'État au début du XXe siècle. Il est fort intéressant de souligner que la création d'une police d'État était un phénomène européen, et l'on peut viser en particulier l'institution de la police d'État au Grand-Duché de Luxembourg. La République française a institué la police d'État pour la première fois, au sein de la ville de Marseille. Le régime de la police d'État fut institué à Marseille, grâce au vote de la loi ouvrant au Ministre de l'Intérieur, sur l'exercice 1908, un crédit extraordinaire de 2 280 000 fr., pour frais de la police marseillaise¹⁶⁷. La France a donc connu, au début du XXe siècle un mouvement d'étatisation de la police sur son territoire. Ce phénomène s'inscrit dans un plus large mouvement d'étatisation des polices dans le cadre des États européens. Sur le continent européen, l'exemple du Grand-Duché de Luxembourg est également topique (loi du 29 juillet 1930 concernant l'étatisation de la police locale¹⁶⁸). Après avoir créé une police d'État au sein de villes qui comptaient une population importante (Lyon¹⁶⁹ par exemple), la France se dota d'une police nationale.

85. La création de la police nationale en France a pour origine la loi du 23 avril 1941 portant organisation général des services de police en France¹⁷⁰. Il convient toujours de ne pas oublier et de

¹⁶⁷ Loi du 13 avril 1908, *Bulletin des lois de la République française*, XIIème série, premier semestre de 1908, partie principale, tome 76ème, numéros 2913 à 2939, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCIV, bulletin des lois numéro 2930, texte numéro 50 515, p. 2163.

Ainsi, l'article premier de la loi du 13 avril 1908 dispose qu'il est ouvert au ministre de l'Intérieur, sur l'exercice 1908, en addition aux crédits alloués par la loi de finances du 31 décembre 1907 et par des lois spéciales, un crédit extraordinaire de deux millions deux cent quatre-vingt mille francs (2 280 000 fr.), qui sera inscrit à un chapitre spécial portant le numéro LI bis et ainsi libellé : « Frais de la police marseillaise ». (Article premier, alinéa premier de la loi susmentionnée). Il sera pourvu à ce crédit au moyen des ressources générales du budget de l'exercice 1908 (article premier, second alinéa de la loi du 13 avril 1908). Ainsi, ces deux dispositions législatives instituent, en France, une police d'État dans la ville phocéenne.

¹⁶⁸ La loi du 29 juillet 1930 concernant l'étatisation de la police locale fut publiée au *Mémorial A* numéro 44 du 6 septembre 1930, pp. 933-937.

¹⁶⁹ Ainsi, fut édicté le décret modifiant les cadres et effectifs de la police d'État de l'agglomération lyonnaise, décret du 10 janvier 1931 publié le 18 janvier 1931 au *Bulletin des lois de la République française*, année 1931, nouvelle série, partie principale, première section, lois et décrets d'intérêt général, bulletin des lois numéro 329, texte numéro 39 153, p. 35.

¹⁷⁰ La loi du 23 avril 1941 fut publiée au *Journal officiel de l'État français*, 6 mai 1941, pp. 1917 – 1918. Et, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'ouvrage de BERLIÈRE (Jean-Marc), LÉVY (René), *Histoire des polices en France, de l'Ancien Régime à nos jours*, éditions Nouveau Monde, Paris, 2011, 768 pages. Jean-Marc

ne pas obombrer les origines de la police nationale ; cela n'est pas faire injure à l'institution policière. **La force publique constitue une philosophie politique en uniforme.** Ainsi, en France, la police nationale fut une création du régime de Vichy qui fut la période la plus sombre de notre Histoire. À l'époque du régime de l'État français, la police nationale obéissait à des ordres qui violaient le droit à la vie d'une partie de la population française (les français juifs). Ayant repris l'institution, la IV^{ème} République et la V^{ème} République donnèrent à la police nationale un caractère démocratique.

Les services de police étaient placés sous l'autorité du ministre secrétaire d'État à l'Intérieur et dirigés par le Secrétaire général pour la police (article premier de la loi étudiée). Ces services étaient constitués par : premièrement, la direction générale de la Police Nationale au ministère de l'Intérieur ; deuxièmement, les services extérieurs de police, placés sous l'autorité des préfets.

La direction générale de la Police Nationale contrôle : premièrement, le cabinet du directeur général de la Police Nationale et la sous-direction des services du cabinet : le secrétariat, le service des voyages officiels, le fichier central et le service automobile ; deuxièmement, les directions administratives ; troisièmement, le contrôle général des services de police ; quatrièmement, le service de la police judiciaire ; cinquièmement, le service de la sécurité publique ; sixièmement, le service des renseignements généraux ; et septièmement, l'école nationale de police. La composition des directions, la répartition des attributions et les effectifs des bureaux seront fixés par décret. Le territoire de la zone non occupée est, pour l'organisation de la police, divisé en régions, districts et circonscriptions. (Article quatre).

Le préfet de département de la région, désigné par décret, est chargé de la police de cette région. Il est assisté d'un intendant de police. Ce nombre pourra être porté à deux lorsque l'importance de la région le nécessitera. Dans ce cas, la résidence et la circonscription territoriale des deux intendants seront fixées par arrêté du ministre secrétaire d'État à l'Intérieur. Les intendants de police sont des fonctionnaires de l'administration préfectorale. Ils sont nommés par arrêté du ministre secrétaire d'État à l'Intérieur, sur la proposition du directeur général de la Police Nationale et du directeur du personnel.

Du point de vue de la compétence territoriale de la police nationale, il convient de mentionner que les régions sont divisées en districts de police à raison en principe d'un district par département. Chaque district est placé sous l'autorité du préfet du département et dirigé par un commissaire chef de district (article sept de la loi sus-mentionnée). En outre, les districts sont

subdivisés en circonscriptions de Police, dirigées par un commissaire central ou un commissaire de police assisté de secrétaires et disposant des personnels de police de la circonscription. (Article huit). Le nombre des régions, districts et circonscriptions, de même que la composition et les effectifs des services extérieurs de police sont fixés par décret contresigné par le ministre secrétaire d'État à l'Intérieur et le ministre secrétaire d'État à l'Économie nationale et aux Finances. (Article 9, premier alinéa de la loi étudiée). Les limites territoriales des districts et circonscriptions, ainsi que la répartition des effectifs sont déterminées par arrêté du ministre secrétaire d'État à l'Intérieur. (Second alinéa de l'article neuf de la loi étudiée).

Les inspecteurs généraux, les contrôleurs généraux, les commissaires de la police nationale et les inspecteurs de la police nationale affectés à la direction générale ou aux régions, ainsi que les commandants de gardien de la paix, sont nommés, affectés et révoqués par arrêté du ministre secrétaire d'État à l'Intérieur.

Il convient en dernier lieu de préciser que la loi prévoit expressément que les maires demeurent investis des pouvoirs de police qui leur sont attribués par l'article 97 de la loi du 6 avril 1884. Ils sont également chargés de manière traditionnelle de la police des foires, marchés et autres lieux publics. La loi n'apporte aucune modification à l'organisation des polices municipales des communes de moins de 10 000 habitants qui prévalait en 1941, à l'exception de celles qui seront déterminées par l'arrêté du ministre secrétaire d'état à l'Intérieur et du ministre secrétaire d'État à l'Économie nationale et aux Finances. (Article 11 de la loi étudiée).

D'un point de vue budgétaire, il convient de mettre en exergue que la loi susvisée prévoit que les dépenses des services de police sont inscrites en totalité au budget du ministère de l'Intérieur. (Article 12). Par la suite, la loi du 23 avril 1941 fixant les effectifs des personnels de la police nationale, loi numéro 1805, fut édictée¹⁷¹. Les effectifs des personnels de la police nationale sont fixés ainsi qu'il suit : « 3 inspecteurs généraux. 10 contrôleurs généraux. 60 commissaires divisionnaires. 300 commissaires principaux : 90 de première classe ; 100 de deuxième classe ; 110 de troisième classe. 1222 commissaires de police : 249 commissaires de première classe ; 381 commissaires de deuxième classe ; 392 commissaires de troisième classe ; 100 commissaires de quatrième classe ; 100 commissaires stagiaires ; 270 inspecteurs principaux police ; 1480 inspecteurs de police, 30 agents spéciaux principaux : 8 de première classe ; 22 de deuxième classe. 170 agents spéciaux. »

¹⁷¹ La loi du 23 avril 1941 fixant les effectifs des personnels de la police nationale, loi numéro 1805, fut publiée au *Journal officiel de l'État français* du 6 mai 1941, page 1918.

86. La **création de l'école nationale de police** date de 1941. La loi du 23 avril 1941 créait une école nationale de police¹⁷², « Il est institué une école nationale de police, destinée à former les cadres de la police française, en donnant à ceux-ci la culture générale et la formation professionnelle indispensable, à l'exercice de leurs fonctions. Cette école prend rang parmi les grandes écoles nationales. (Article premier de la loi étudiée). L'école comprend une école supérieure de police destinée à former les commissaires de police et l'école pratique destinée à former les inspecteurs de police. L'école supérieure et l'école pratique relèvent du secrétaire général de la police au ministère de l'Intérieur. Elles sont placées sous l'autorité d'un directeur assisté d'un sous-directeur, d'un nombre valable de professeurs et de moniteurs, d'un conseil d'administration dont la composition est fixée par arrêté. (Article trois de la loi susvisée).

Pour ce qui concerne l'accès à l'école supérieure de police, la loi prévoit en son article quatre que : « [n]ul ne peut être admis à l'école supérieure de police que par voie de concours ». Un concours public a lieu chaque année en principe, dans les centres désignés par le ministre secrétaire d'État à l'Intérieur, qui fixe en même temps le nombre d'élèves à admettre à l'école. L'enseignement dispensé à l'école comprend : des conférences de culture générale ; des cours techniques ; des exercices pratiques ; des leçons de culture physique. Des conférences d'ordre moral ou professionnel sont faites en outre par de hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur.

À l'évidence et ceci constitue un euphémisme (et le terme n'est pas assez fort au regard de la période historique la plus sombre de l'histoire de France), le régime de Vichy n'avait pas prévu de dispenser des cours de Droits de l'homme et de libertés publiques au sein de son école de police, Droits de l'homme et libertés publiques qui avaient cours sous la IIIe République ; et, si les responsables politiques français ainsi qu'une partie du peuple français avaient été pétris par ces valeurs, les rafles et les arrestations des juifs pour l'unique raison qu'ils étaient juifs ne se seraient pas produites.

87. La loi du 28 pluviôse an VIII prévoyait également l'étatisation de la police des communes de plus de 10 000 habitants. (Abrogée par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995). La loi de 1995 mit fin à l'automatisation de la création de la police en raison du seuil de 10 000 habitants. Le Conseil d'État, dans son arrêt du 30 novembre 2001, (CE, 30 novembre 2001 « M. de COURSON et autres », *RFDA* janvier-février 2002, pp. 172-173), examine que « les chiffres de la délinquance générale, de la délinquance de voie publique et des infractions à forte participation de mineurs relevés sur le territoire de la circonscription de sécurité publique de Vitry-le-François , sont très nettement

¹⁷² La loi du 23 avril 1941, loi numéro 1809 fut publiée au *Journal officiel de l'État français*, 6 mai 1941, voir pp. 1919 – 1920.

inférieurs à la moyenne nationale ainsi qu'aux chiffres enregistrés dans les départements français les plus sensibles. » Et la Haute Juridiction administrative précise que « l'auteur du décret attaqué a pu, sans commettre d'illégalité, estimer au vu de ces éléments que les caractéristiques de la délinquance sur le territoire de la circonscription de sécurité publique de Vitry-le-François, ne sont pas celles des zones urbaines. » Il s'ensuit « dès lors que l'une des conditions posée par l'article R. 2214-2 du Code général des collectivités territoriales n'était pas remplie, le décret attaqué a pu sans méconnaître les dispositions de l'article R. 2214-3 du même code, supprimer le régime de la police d'État sur le territoire de la circonscription de sécurité publique de Vitry-le-François. »

88. Pour ce qui concerne l'histoire juridique récente de la police nationale, il convient de mettre en exergue la très importante loi du 9 juillet 1966. Cette loi cardinale opéra la fusion de la Sûreté nationale et de la police relevant de la Préfecture de police de Paris en vue d'instituer une police d'État.¹⁷³ D'un point de vue comparé et du point de vue de l'histoire du droit comparé, il est intéressant de souligner que la France exporta dans ses anciennes colonies en Afrique son modèle de force publique ; et, de cette manière, l'institution de la Sûreté nationale continue toujours d'exister au Maroc¹⁷⁴.

¹⁷³ Il convient ici de viser la genèse de cette loi majeure pour la police nationale française. Le projet de loi portant organisation de la police d'État fut présenté à l'Assemblée nationale le 2 juin 1966 par M. Roger Frey, ministre de l'Intérieur (projet de loi renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République) numéro 1884 ; rapport le 17 juin 1966 par M. Brousset, numéro 1942. Adoption du projet de loi le 21 juin 1966. Projet de loi numéro 523.

Transmis au Sénat le 22 juin 1966 (renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale), numéro 236 (année 1965-1966) ; rapport le 28 juin 1966 par M. Vignon, numéro 279 (année 1965-1966). Adoption avec modifications le 29 juin 1966. Projet de loi numéro 116 (année 1965-1966).

Transmis à l'Assemblée nationale le 30 juin 1966 (renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République), numéro 2022 ; rapport le 30 juin 1966 par M. Brousset, numéro 2024. Adoption définitive le 30 juin 1966. Projet de loi numéro 555.

Loi numéro 66-492 du 9 juillet 1966, publiée au *Journal officiel de la République française* du 10 juillet 1966, p. 5899. Source : Assemblée nationale, deuxième législature, *Tables générales des documents et débats parlementaires rédigés par le Service des Archives*, 6 décembre 1962-2 avril 1967, première partie, table des matières, tome deux, Lettres E à Z et annexes, Paris, imprimerie de l'Assemblée nationale, 1969, pp. 1009-1011.

¹⁷⁴ La France implanta le modèle de sa force publique policière (« Sûreté nationale»), dans l'empire chérifien. À titre d'exemple, le Dahir numéro 1-56-115 du 5 chaoual 1875 (16 mai 1956) vint régir la direction générale de la Sûreté nationale. L'article premier du texte juridique étudié précisa qu'« il est créé une direction générale de la Sûreté nationale qui est rattachée au ministère de l'Intérieur. » Ce texte juridique fut publié au *Bulletin officiel de l'empire chérifien*, 45e année, numéro 2274, 25 mai 1956, voir les pages 476-477.

En outre, dans le domaine de la formation de la police, l'arrêté du directeur général de la Sûreté nationale numéro 873-99 du 20 moharrem 1420 (7 mai 1999) modifia et compléta l'arrêté numéro 522-76 du 16 rabii 1396 (18 mars 1976) qui fixait les conditions, les formes et le programme du concours professionnel de

89. Enfin, le Code de la sécurité intérieure¹⁷⁵ qui a pour fondement l'Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012, précise les catégories qui composent l'institution de la police nationale. Ainsi, la police nationale comprend des personnels actifs, ainsi que des personnels administratifs, techniques et scientifiques. Les sujétions et obligations particulières applicables aux personnels actifs de la police nationale sont définies à l'article 19 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. (Article L. 411-2 du code susvisé).

90. La police nationale constitue une force publique de nature civile, laquelle est le modèle de force publique intérieure le plus commun à travers le monde. Après avoir forgé une typologie de la force publique policière à travers le monde, il convient de mettre en lumière que la police n'agit que pour garantir les droits et libertés. Telle est sa mission cardinale : assurer le bonheur public.

L'on s'aperçoit en étudiant les différentes forces publiques à l'échelon mondial que le modèle le plus répandu consiste en une force publique à caractère civil, laquelle relève du ministère de l'Intérieur, des Affaires intérieures, de la Police, selon les appellations retenues par les différents gouvernements.

91. Dans les **Caraïbes**¹⁷⁶, la force de police royale des **Bahamas** est régie par la loi sur la force de police de 2009 (Police force Act, 2009, « Royal Bahamas police force »)¹⁷⁷. La loi, dans sa deuxième partie, traite des fonctions et de la responsabilité de la police royale des Bahamas. La loi datée de 2009 prévoit en sa partie II, 3, (1), qu'il sera établi une police dénommée « force de police royale des Bahamas ». La force sera employée dans et à travers les Bahamas pour le maintien de l'ordre public, la préservation de la paix¹⁷⁸, la prévention et la recherche du crime, l'appréhension des auteurs d'infractions et l'exécution de toutes les lois dont elle a la charge. Afin de remplir ses devoirs, les

commissaire de police de la Sûreté nationale. Cet arrêté fut publié au *Bulletin officiel du royaume du Maroc*, 88e année, numéro 4708, 1^{er} rabii II (15 juillet 1999), page 552.

¹⁷⁵ Le Code de la sécurité intérieure fut créé sur le fondement de l'Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure, NOR: IOCD1129997R, *JORF* n°0062 du 13 mars 2012, page 4533, texte n° 16.

¹⁷⁶ Pour une étude sur le Droit public dans la Région caraïbe, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'ouvrage de FIADJOE (Albert), *Commonwealth caribbean public law*, Cavendish, London et Sidney, Collection « Commonwealth caribbean law series », 2nd ed., 1999, 320 p.

FIADJOE, Albert *forme internationale*. Langue : anglais. Avocat, il fut Professeur de droit public, Faculty of law, University of the West Indies, Bridgetown, La Barbade (en 1999) ; puis Professeur de droit à la Florida state university, Tallahassee, et à la Howard law school, Howard university, Washington, D.C.

¹⁷⁷ Source : Gouvernement des Bahamas, Bureau de l'Attorney General et du Ministre des affaires juridiques, base de données des lois du Bahamas, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://laws.bahamas.gov.bs/>>

¹⁷⁸ Pour des représentations allégoriques de la Paix en histoire de l'art occidental, voir *Annexe* pp. 219-274.

officiers de police seront autorisés à porter les armes et munitions déterminées par le Commissaire (Loi sur la force de la police royale des Bahamas, loi de 2009, partie deuxième, « Fonctions et responsabilités », 4, (1)). Le Commissaire de police commande, exerce les pouvoirs de direction et de contrôle sur la force de police royale des Bahamas (loi de 2009, troisième partie, 6, (1)).

Du point de vue de la responsabilité disciplinaire, les Bahamas prévoient, dans la loi de 2009 sur la force de police royale des Bahamas, la responsabilité disciplinaire des membres de la police. (Septième partie intitulée « Discipline », 61 et suivants). De cette manière, toute plainte pour une infraction à l'encontre de la police énumérée dans la loi susvisée ou toute autre mauvaise conduite dont se serait rendu coupable un officier de police du rang au maximum d'inspecteur et qui ne le conduit pas devant une cour criminelle, sera le sujet d'une enquête diligentée par le Commissaire conformément à la présente loi. (61, 1). À l'issue de son enquête interne, tout officier de police du rang d'inspecteur au maximum, qui sera reconnu coupable d'une des infractions ou d'une mauvaise conduite sera puni par le Gouverneur général des Bahamas sur l'avis de la Commission du service de police, en appliquant l'une des sanctions voire une combinaison des sanctions qui suivent : la démission, la rétrogradation de grade, une amende qui n'excède pas un mois de salaire, une réprimande sévère (62, 2).

92. Sur le **continent américain**, aux **États-Unis du Mexique**, la nouvelle loi de la police fédérale (21 octobre 2008)¹⁷⁹, prévoit en son chapitre cinquième, le régime disciplinaire applicable à la police fédérale mexicaine. Ainsi, le législateur mexicain détermine la discipline comme étant la base du fonctionnement et de l'organisation de la police fédérale, discipline par laquelle les membres de la police devront agir conformément aux ordres qui émanent de la hiérarchie. Ainsi, l'obéissance constitue une qualité policière. Le régime disciplinaire se fonde sur les principes reconnus dans la constitution fédérale, par la présente loi ainsi que par les textes juridiques applicables en la matière (article 17). Constituent les devoirs des membres de la police : la bonne conduite à savoir se conduire toujours avec discipline et dévouement, dans le respect de l'ordre juridique ainsi que dans le respect des droits de l'homme ; prêter assistance aux personnes menacées par un danger quelconque, ou qui ont été victimes d'une infraction quelconque ; veiller à la protection de leurs biens et de leurs droits.

93. Aux **États-Unis d'Amérique**, les États fédérés connaissent une organisation similaire de leur force publique. Celle-ci relève du Département de la sécurité publique (« Department of Public Safety »). Ainsi, par exemple, dans l'**État du Texas**, la mission dévolue au Département de la Sécurité

¹⁷⁹ Source : Chambre des députés (Congrès de l'Union) des États-Unis du Mexique (*Cámara de Diputados [Congreso de la Unión] de los Estados Unidos de Mexico*), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.diputados.gob.mx/>>

publique est de : premièrement, superviser le trafic sur les routes et autoroutes ; deuxièmement, de superviser et de réguler le trafic commercial ; troisièmement, de préserver la paix, d'enquêter sur les crimes, et d'arrêter les criminels ; quatrièmement, d'administrer les programmes relatifs au permis de conduire, à l'inspection des véhicules à moteur ; et cinquièmement, d'exécuter les programmes relatifs aux activités susvisées. (Code administratif du Texas [Texas Administrative Code], Titre 37 intitulé « Sécurité publique et Prisons », Première partie « Département de la Sécurité publique du Texas », Chapitre premier « Organisation et administration », Sous-chapitre A « Objectif, mission, et programme », règle § 1.2 : Mission)¹⁸⁰.

Dans l'**État de Virginie** (nom officiel « **Commonwealth of Virginia** »), la police d'État de Virginie (« Virginia State Police » ou « Trooper State Police ») possède un serment officiel prêté par chaque membre. Il est particulièrement intéressant de mentionner le texte de ce serment, lequel reflète de manière topique les missions cardinales qui incombent à la force publique policière. Ainsi, dès le premier paragraphe, il est précisé que le Département de la police d'État constitue « une organisation dédiée à la préservation de la vie humaine et de la propriété ». Aussi, les membres de la force publique policière prêtent le serment d'accomplir leur devoir honnêtement et fidèlement. De surcroît, au deuxième paragraphe, est mentionné le devoir primordial de porter assistance à ceux qui sont en danger ou en détresse. Enfin, le troisième paragraphe du serment vise le principe de la légalité que doit respecter impérativement le policier d'État : « Je devrai obéir aux lois des États-Unis d'Amérique et du Commonwealth de Virginie, et je devrai soutenir et défendre leurs constitutions contre tous leurs ennemis quels qu'ils soient, au dehors ou au-dedans »¹⁸¹.

94. En outre, en **Océanie**, dans les **îles Tonga**, la loi sur la police, loi du 20 décembre 1968, chapitre 35, modifiée par la loi numéro 12 de 1968, par la loi numéro 11 de 1969 et par la loi numéro 46 de 1988, régit la police de Tonga. La loi sur la police de Tonga prévoit, dans sa deuxième partie (4), que sera établie dans le royaume une force de police dénommée « Tonga police force », force de police de Tonga. La force de police sera employée dans et à travers le royaume pour le maintien de l'ordre public, la préservation de la paix, la protection de la vie et de la propriété, la prévention et la constatation des crimes et l'exécution de toutes les lois et tous les règlements dont elle est directement chargée (loi sur la police de Tonga, deuxième partie « Constitution et Administration », les fonctions de la force, 6).

¹⁸⁰ Source : Bureau du Secrétaire d'État du Texas (*Office of the Secretary of State*), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://info.sos.state.tx.us/>>

¹⁸¹ Source : Police d'État de Virginie (*Virginia State Police*), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.vsp.state.va.us/>>

La loi sur la police de Tonga prévoit, de manière expresse, que tous les membres de la force de police seront, en approbation avec le Premier ministre, armés en vue d'accomplir leur devoir (Deuxième partie « Constitution et Administration », port d'armes, 7). La force de police du royaume de Tonga relève organiquement du ministre de la Police, lequel exerce les pouvoirs de commandement et de direction de la force (loi sur la police de Tonga, deuxième partie, « Constitution et Administration », pouvoir du ministre de la Police, 8, (1)). L'administration de la force, sous l'autorité du ministre de la Police, est assurée par le « Superintendent » qui exerce cette responsabilité au nom du ministre. (Deuxième partie, administration de la force, 9)¹⁸².

95. Aux îles Fidji, la loi sur la police de Fidji (Police Act, chapitre 85) prévoit la création d'une force royale de police des Fidji, « Royal Fiji police force » (Deuxième partie « Constitution et Administration », établissement de la force, 3). La force de police sera employée, selon une même formulation retenue dans différents États du Commonwealth, dans et à travers les Fidji pour le maintien de l'ordre public, la préservation de la paix, la protection de la vie et de la propriété, la prévention et la constatation du crime et l'exécution de toutes les lois et de tous les règlements dont elle est directement chargée ; à cette fin, la force de police des Fidji est autorisée à porter des armes (Deuxième partie « Constitution et Administration », les fonctions de la force, 5).

La force de police royale des Fidji est dirigée par un commissaire, lequel exerce des pouvoirs de commandement ainsi que de direction sur la force conformément aux directives du ministre. (Deuxième partie « Constitution et Administration », les pouvoirs généraux du Commissaire, 7, (1)).

Pour ce qui concerne la responsabilité disciplinaire, la loi sur la police des Fidji prévoit, dans sa cinquième partie, les règles disciplinaires applicables aux membres de la force de police. Ainsi, un officier de police reconnu coupable d'une infraction à savoir débiter, exciter ou causer une mutinerie ou une sédition contre la force de police, ou bien désertier ou pousser à la désertion d'officiers de police, se mettre en grève ou occasionner des violences à un officier supérieur, être présent à un attroupement, pourra être reconnu coupable d'une infraction et encourra cinq ans d'emprisonnement. D'un point de vue disciplinaire, tout officier de police qui commettrait une infraction contre la discipline pourra se voir infliger par le commissaire soit l'une soit plusieurs des sanctions qui suivent : pour un officier inspecteur, l'admonestation, la réprimande, la réprimande sévère, une amende n'excédant pas sept jours de paye, la rétrogradation de grade, et enfin la démission. S'agissant des officiers subordonnés, le commissaire pourra infliger l'avertissement, la réprimande, la sévère réprimande, le confinement dans un quartier pour une période n'excédant pas

¹⁸² Source : Institut d'information légale des îles du Pacifique, Faculté de droit de l'Université du Pacifique du Sud, <<http://www.pacli.org/>>

14 jours, une amende n'excédant pas sept jours de paye, la rétrogradation de grade, une démission. (Loi sur la police des Fidji, cinquième partie « discipline », 32, (1))¹⁸³.

96. Aux îles Salomon, la loi sur la police des îles Salomon (*Solomon Island*) de 1996, Chapitre 110, prévoit en sa deuxième partie intitulée « Constitution et Administration » que sera établie une force de police dénommée la force de police des îles Salomon (« Solomon Island Police Force ») (deuxième partie, 3). La loi sur la police des îles Salomon prévoit en sa deuxième partie, les fonctions de la force, laquelle sera employée dans et à travers les îles Salomon pour le maintien de l'ordre public, la préservation de la paix, la protection de la vie et de la propriété, la prévention et la constatation des crimes, l'appréhension des auteurs d'infractions ; et, pour atteindre ses devoirs, la force sera armée (deuxième partie, 5)¹⁸⁴.

97. Sur le continent européen, en Irlande, la police (*Garda Síochána*) fut régie par différentes lois depuis le XIXe siècle comme la loi sur la police irlandaise du 20 novembre 1919 (« Constabulary and Police (Ireland) Act 1919 », chapitre 68)¹⁸⁵. La loi sur les forces de police de 1925 (« Police Forces Amalgamation Act, 1925 ») détermine le territoire métropolitain de la ville de Dublin. De cette manière, le territoire connu sous le nom d'ère métropolitaine de Dublin sera régi par la police de district de la métropole de Dublin (« Police District of Dublin Metropolis », Dublin Police Act, 1924).

À l'aune de la loi sur la police irlandaise de 2003 (« *Number 19 of Garda Síochána (Police Co-Operation) Act 2003* », 2, (1)), il convient de mettre en lumière que le gouvernement irlandais peut nommer des membres de la police nord-irlandaise au sein de la Garda Síochána mais pas au-dessus du rang de « Superintendent ».

98. Sur le continent africain, au Burkina Faso, ce fut par la loi du 04 septembre 1947 que la colonie fut reconstituée dans son intégralité territoriale d'antan. Ce fut sur la base du dispositif héritier de la Côte d'Ivoire et comprenant le corps des agents, que la « nouvelle » Haute - Volta entreprit d'organiser ses propres structures locales. Toutefois, avant la création du corps des assistants de police en 1949, il y avait déjà sur place trois éléments entièrement recrutés à

¹⁸³ Source : Institut d'information légale des îles du Pacifique, Faculté de droit de l'Université du Pacifique du Sud, <<http://www.paclii.org/>>

¹⁸⁴ Source : Institut d'information légale des îles du Pacifique, Faculté de droit de l'Université du Pacifique du Sud, <<http://www.paclii.org/>>

¹⁸⁵ Source : Bureau de l'Attorney General (Ministre de la Justice) de l'Eire (République d'Irlande), <<http://www.irishstatutebook.ie/1919/en/act/pub/0068/print.html>> ; et, voir le site institutionnel du Service de la Police Nationale d'Irlande (Garda Síochána), <<http://www.garda.ie/>>

Ouagadougou par la colonie du Niger voisin, et qui attendaient du jour au lendemain leur mise en route pour Niamey. Mais, du fait qu'ils étaient d'authentiques voltaïques, ils se virent intégrés par la Haute-Volta dans le corps qu'elle venait elle-même de fonder. Ils avaient pour noms : Michel COMPAORÉ, Casimir OUEDOUDA et Alexis ROUAMBA. En plus de ces trois jeunes cadres subalternes autochtones ravis au Niger vinrent s'ajouter huit autres assistants, les tous premiers qu'elle recruta elle-même par le biais d'un concours organisé le 12 janvier 1950. Ces derniers prirent leur service entre le 21 et le 31 du même mois.

Bien que la ville de Ouagadougou fût demeurée la capitale, ce fut à Bobo-Dioulasso qu'on préféra installer la direction territoriale de la Sûreté, coiffée par le commissaire Sauveur CANALE. Ce fut lui qui jeta les bases de la police burkinabé en 1948. Le 28 décembre 1949, fut édicté un arrêté local n°498/SU portant organisation du service de police du territoire de la Haute-Volta. Ce texte juridique constitue l'acte de naissance de la police de la Haute-Volta pré-indépendance et post-indépendance.

Le 1er août 1958, fut pris un autre arrêté N° 403 portant création des services dits « police territoriale » et qui institua une direction de la police territoriale dont le siège était à Ouagadougou. Ce ne fut qu'en 1959 que fut édicté le Décret N°132/VPI/CAB du 13 mai 1959 portant création d'une direction des services de sécurité de la République de Haute-Volta. Ce texte évolua au rythme de l'histoire du pays. À partir de 1960, date de l'avènement de la première République, la création des Compagnies Républicaines de Sécurité (CRS) fut opérée par le biais du décret N°407/PRES/DSS du 17 octobre 1960. L'adoption du décret N°549/PRES/T/FP du 31 décembre 1960 porta statut particulier des corps du personnel du cadre des fonctionnaires des services de sécurité. En 1961, s'opéra le départ du premier directeur français de la police nationale, le Commissaire divisionnaire LEFUEL et intervint la nomination du premier policier voltaïque à ce poste, en l'occurrence, Michel COMPAORÉ, officier de police adjoint.

En 1960-1961, furent mis en place les premiers commissariats de district de Ouahigouya, Koudougou, Fada, Tenkodogo, Pô, Kaya, Dori, puis Banfora, Gaoua et Nouna. Et, en 1961, intervint l'adhésion à Copenhague de la Haute-Volta à l'OIPC-Interpol.

La police nationale ou ses équivalents à travers le monde ont vocation à assurer la garantie des droits et libertés à l'échelon national. Historiquement, les premières polices étaient municipales.

3) La police municipale : la première force publique à l'échelon local

99. La définition de la police municipale a été donnée pour la première fois par la loi (ou le décret) du 24 décembre 1789¹⁸⁶ : l'autorité municipale, énonce l'article 50, doit faire jouir les habitants « de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ». Cette définition assez lacunaire a été développée par des textes juridiques ultérieurs, lesquels ont été codifiés par la loi du 16-24 août 1790 dans le titre XI encore en vigueur en 1894. L'énumération des « objets de police » comprend : la sûreté et la commodité du passage dans les rues, le nettoyage, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, le soin de réprimer et punir les délits contre la tranquillité publique ; le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes ; l'inspection sur la fidélité du débit des denrées, sur la salubrité, le soin de prévenir ou de faire cesser les fléaux calamiteux, incendies, épidémies, le soin de remédier aux dommages que peuvent causer les fous en liberté, les animaux malfaisants, la surveillance des spectacles, etc. Au cours de la période révolutionnaire, la police municipale fut régie par le décret qui organise une police municipale et correctionnelle, décret du 19-22 juillet 1791¹⁸⁷. Sous la Révolution française, la Police intérieure des communes fut régie par Loi du 10 vendémiaire an IV, loi sur la police intérieure des communes¹⁸⁸. (Loi publiée au Bulletin des lois numéro 188.)

100. Du point de vue du droit positif, le pouvoir de police du maire est défini aux chapitres II et III du titre 1er du livre II de la deuxième partie du Code général des collectivités territoriales, sous réserve à Paris des dispositions de l'article L. 2512-13 du même code. Pour les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, ce pouvoir est défini à la première section du chapitre II du titre IV du livre V de la deuxième partie du même code. (Article L. 131-1 Code de la sécurité intérieure, livre 1er : Principes généraux et organisation de la sécurité intérieure, titre III : compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en matière de sécurité publique,

¹⁸⁶ BLOCK (Maurice), « La police et l'autorité municipale » in *Revue politique et parlementaire*, 1894, première année, tome premier, pp. 353-375.

¹⁸⁷ Source : *Bulletin annoté des lois, décrets et ordonnances, depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830* ; 16 volumes IN-8°, avec des notices, par MM. Odilon BARROT, VATIMESNIL, YMBERT ; mis en ordre et annoté par M. LEPEC, avocat à la cour royale de Paris ; publié avec l'approbation et sous le patronage de MM. Pairs de France : PORTALIS, de Ségur...- Députés : BOISSY D'ANGLAS, CORMENIN, DIDOT (Firmin), Odilon BARROT,... ; TOME SECOND, Paris, Paul Dupont, éditeur, 1834, 668 p.

¹⁸⁸ Voir également, l'Arrêté du 12 vendémiaire an XI relatif à la formation d'une garde municipale, pour Paris. *Bulletin des lois* numéro 221 ; le Décret impérial portant création d'une garde municipale, à Bordeaux : décret impérial du 17 mai 1809 publié au *bulletin des lois* numéro 237 ; et la Loi du 15 ventôse an XIII relative à l'organisation de l'administration municipale, dans les villes de Lyon, Marseille et Bordeaux publiée au *bulletin des lois* numéro 56.

Chapitre Ier : Exercice des pouvoirs de police, Section 1 : Pouvoirs de police du maire).

101. À Paris, le préfet de police exerce les pouvoirs de police définis aux articles L. 2512-13 et L. 2512-14 du Code général des collectivités territoriales. (Article L. 131-2). Dans la commune de Paris, le préfet de police exerce les pouvoirs et attributions qui lui sont conférés par l'arrêté des consuls du 12 messidor an VIII qui détermine les fonctions du préfet de police à Paris et par les textes qui l'ont modifié ainsi que par les articles L. 2512-7, L. 2512-14 et L. 2512-17.

Toutefois, dans les conditions définies par le présent code et le Code de la santé publique, le maire de Paris est chargé de la police municipale en matière de salubrité sur la voie publique, des bruits de voisinage ainsi que du maintien du bon ordre dans les foires et marchés. Les services correspondant à ces missions sont mis à la disposition de la mairie de Paris par l'État.

En outre, dans les conditions définies au présent code, au 3° de l'article L. 2215-1 et aux articles L. 3221-4 et L. 3221-5, le maire est chargé de la police de la conservation dans les dépendances domaniales incorporées au domaine public de la commune de Paris. Par ailleurs, le maire de Paris assure, dans les conditions définies par le présent code, les mesures de sûreté sur les monuments funéraires exigées en cas de danger grave ou imminent et prescrit, dans les conditions définies par l'article L. 511-4-1 du Code de la construction et de l'habitation, la réparation ou la démolition des monuments funéraires menaçant ruine.

Pour l'application des deuxième, troisième et quatrième alinéas du présent article, le pouvoir de substitution conféré au représentant de l'État dans le département est exercé, à Paris, par le préfet de police. (Article L. 2512-13 CGCT)¹⁸⁹. Le maire concourt par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique et de prévention de la délinquance, sauf application des dispositions des articles L. 742-2 à L. 742-7. (Article L. 132-1 Code de la sécurité intérieure)¹⁹⁰.

102. Conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 40 du Code de procédure pénale, le maire est tenu de signaler sans délai au procureur de la République les crimes ou les délits dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Le maire est avisé des suites données conformément aux dispositions de l'article 40-2 du même code. Le procureur de la République peut porter à la connaissance du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale toutes les mesures ou décisions de justice, civiles ou pénales, dont la

¹⁸⁹ Deuxième partie : La commune, Livre V : Dispositions particulières, Titre Ier : Paris, Marseille et Lyon, Chapitre II : Dispositions spécifiques à la commune de Paris, Section 2 : Attributions, Sous-section 1 : Police.

¹⁹⁰ Livre Ier : Principes généraux et organisation de la sécurité intérieure, Titre III : Compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en matière de sécurité publique, Chapitre II : prévention de la délinquance, Section 1 : rôle du maire.

communication paraît nécessaire à la mise en œuvre d'actions de prévention, de suivi et de soutien, engagées ou coordonnées par l'autorité municipale ou intercommunale. Le maire est informé sans délai par les responsables locaux de la police ou de la gendarmerie nationales des infractions causant un trouble à l'ordre public commises sur le territoire de sa commune.

Sans préjudice de la compétence générale de la police nationale et de la gendarmerie nationale, les agents de police municipale exécutent, dans la limite de leurs attributions et sous son autorité, les tâches relevant de la compétence du maire que celui-ci leur confie en matière de prévention et de surveillance du bon ordre, de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques. Ils sont chargés d'assurer l'exécution des arrêtés de police du maire et de constater par procès-verbaux les contraventions auxdits arrêtés. Sans préjudice des compétences qui leur sont dévolues par des lois spéciales, ils constatent également par procès-verbaux les contraventions aux dispositions du Code de la route dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État ainsi que les contraventions mentionnées au livre VI du Code pénal dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, dès lors qu'elles ne nécessitent pas de leur part d'actes d'enquête et à l'exclusion de celles réprimant des atteintes à l'intégrité des personnes. Ils peuvent également constater par rapport le délit prévu par l'article L. 126-3 du Code de la construction et de l'habitation. Ils exercent leurs fonctions sur le territoire communal, dans les conditions prévues au 2° de l'article 21 du Code de procédure pénale. Affectés sur décision du maire à la sécurité d'une manifestation sportive, récréative ou culturelle mentionnée à l'article L. 613-3, ils peuvent procéder à l'inspection visuelle des bagages à main et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille. (Article L. 511-1 du Code de la sécurité intérieure).

103. S'agissant de la nomination et de l'agrément des agents de police municipaux, l'article L. 511-2 du code susvisé prescrit que les fonctions d'agent de police municipale ne peuvent être exercées que par des fonctionnaires territoriaux recrutés à cet effet dans les conditions fixées par les statuts particuliers prévus à l'article 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Ils sont nommés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, agréés par le représentant de l'État dans le département et le procureur de la République, puis assermentés. Cet agrément et cette assermentation restent valables tant qu'ils continuent d'exercer des fonctions d'agents de police municipale. En cas de recrutement par une commune ou un établissement de coopération intercommunale situé sur le ressort d'un autre tribunal de grande instance, les procureurs de la République compétents au titre de l'ancien et du nouveau lieu d'exercice des fonctions sont avisés sans délai. L'agrément peut être retiré ou suspendu par le représentant de l'État ou le procureur de la République après consultation du maire ou du

président de l'établissement public de coopération intercommunale. Toutefois, en cas d'urgence, l'agrément peut être suspendu par le procureur de la République sans qu'il soit procédé à cette consultation.

L'agrément mentionné à l'article L. 511-2 peut aussi être accordé à des agents titulaires de la commune habituellement affectés à des emplois autres que ceux de la police municipale ou non titulaires, chargés d'assister temporairement les agents de la police municipale dans les communes touristiques et stations classées relevant de la section 2 du chapitre III du titre III du livre Ier du Code du tourisme. Ces agents ne peuvent porter aucune arme. (Article L. 511-3).

104. Pour agir de manière légale dans l'exercice de leurs fonctions, les agents de police municipaux doivent se soumettre au principe dit de légitimation. En effet, afin d'être identifiés par les usagers du service public policier, ils doivent arborer des signes distinctifs. Ainsi, l'article L. 511-4 du code précité prescrit que la carte professionnelle, la tenue, la signalisation des véhicules de service et les types d'équipement dont sont dotés les agents de police municipale font l'objet d'une identification commune à tous les services de police municipale et de nature à n'entraîner aucune confusion avec ceux utilisés par la police nationale et la gendarmerie nationale. Les caractéristiques de la carte professionnelle, les caractéristiques ainsi que les catégories et les normes techniques des autres équipements sont fixées par arrêté du ministre de l'Intérieur après avis de la commission consultative des polices municipales prévue à l'article L. 514-1. Le port de la carte professionnelle et celui de la tenue sont obligatoires pendant le service.

105. Enfin, l'administration territoriale de la République française en ce qu'elle concerne les communes de moins de 20 000 habitants formant un ensemble de moins de 50 000 habitants d'un seul tenant peut engendrer la mise en commun d'un ou plusieurs agents de police municipale, compétents sur le territoire de chacune d'entre elles. Pendant l'exercice de leurs fonctions sur le territoire d'une commune, ces agents sont placés sous l'autorité du maire de cette commune. Chaque agent de police municipale est de plein droit mis à disposition des autres communes par la commune qui l'emploie dans des conditions prévues par une convention transmise au représentant de l'État dans le département. Cette convention, conclue entre l'ensemble des communes intéressées, précise les modalités d'organisation et de financement de la mise en commun des agents et de leurs équipements. Ces communes se dotent d'une convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État dans les formes prévues par la section 2 du présent chapitre. Le cas échéant, la demande de port d'arme prévue par l'article L. 511-5 est établie conjointement par l'ensemble des maires de ces communes. Ceux-ci désignent parmi eux l'autorité qui sera autorisée par le représentant de l'État dans le département à acquérir et détenir les armes. Une commune appartenant à un établissement public de coopération intercommunale à

fiscalité propre ne peut mettre en commun des agents de police municipale lorsque cet établissement met des agents à disposition des communes dans les conditions prévues à l'article L. 512-2. (Article L. 512-1 du Code de la sécurité intérieure).

En ce qui concerne l'agrément en qualité de policier municipal, l'article L. 412-49 du Code des communes prescrivait que les fonctions d'agent de police municipale ne peuvent être exercées que par des fonctionnaires territoriaux recrutés à cet effet dans les conditions fixées par les décrets en Conseil d'État prévus à l'article 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Ils sont nommés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, agréés par le représentant de l'État dans le département et le procureur de la République, puis assermentés. L'agrément peut être retiré ou suspendu par le représentant de l'État ou le procureur de la République après consultation du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale (...).

L'agrément accordé à un policier municipal sur le fondement de ces dispositions peut légalement être retiré lorsque l'agent ne présente plus les garanties d'honorabilité auxquelles est subordonnée la délivrance de l'agrément. L'honorabilité d'un agent de police municipale, nécessaire à l'exercice de ses fonctions, dépend notamment de la confiance qu'il peut inspirer, de sa fiabilité et de son crédit¹⁹¹. De plus, dans le domaine des sanctions disciplinaires relativement à la conduite du service public municipal de police, le Conseil d'État avait estimé au XIX^{ème} siècle que la décision par laquelle un maire prononçait la suspension d'un agent de police temporairement avec privation de traitement pour infraction aux instructions qu'il lui avait données, n'était pas susceptible d'être annulée ou suspendue par arrêté préfectoral. Le maire avait agi dans l'exercice du droit qu'il tenait de l'article 105 de la loi du 5 avril 1884. (C.E. 13 juillet 1883, « Ville de Bourges », p. 642 et les observations de M. Le Vasseur de Précourt dans la *Revue d'administration*, tome 45, septembre 1892).

Depuis la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, le Législateur s'était engagé à élaborer un statut des polices municipales et avait donné une définition générale des compétences des agents de police municipale en modifiant l'article L. 131-5 du Code des communes devenu l'article L. 2212-5 du Code général des collectivités territoriales. « Sans préjudice de la compétence générale de la police nationale et de la gendarmerie nationale, les agents de police municipale exécutent, dans la limite de leurs attributions et sous son autorité, les tâches relevant de la compétence du maire que celui-ci leur confie en matière de prévention et de surveillance du bon ordre, de la tranquillité, de la sécurité

¹⁹¹ Cour Administrative d'Appel de Nantes, 4^{ème} chambre, 07/12/2012, « M. Bertrand A. c. Préfet du Calvados », N° 11NT01427, *inédit au recueil Lebon*, M. LAINE, président, M. Jean-Francis VILLAIN, rapporteur, M. MARTIN, rapporteur public. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

et de la salubrité publiques.... » La loi n° 99-291 du 15 avril 1999 édicte un véritable statut de la police municipale « celle que l'on n'attendait plus »¹⁹².

106. Dans le domaine des relations qui existent entre la police nationale et la police municipale, il convient de relever que le Code des communes¹⁹³ prévoyait en son article L. 412-50 que les agents de la police municipale de la commune où le régime de la police d'État est institué en application des articles L. 132-6 et L. 132-9 peuvent être intégrés dans les cadres de la police nationale dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État. Cette coopération s'inscrit en droit positif sur le fondement de l'article L. 512-4 du Code de la sécurité intérieure à travers le dispositif de la convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État.

Celui-ci prévoit que dès lors qu'un service de police municipale comporte au moins cinq emplois d'agent de police municipale, y compris d'agent mis à disposition de la commune par un établissement public de coopération intercommunale dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 512-2, une convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État est conclue entre le maire de la commune, le président de l'établissement public de coopération intercommunale le cas échéant, et le représentant de l'État dans le département, après avis du procureur de la République. Cette convention peut également être conclue, à la demande du maire, lorsqu'un service de police municipale compte moins de cinq emplois d'agent de police municipale.

Lorsque les agents de police municipale sont mis à disposition de plusieurs communes par un établissement public de coopération intercommunale en application du premier alinéa de l'article L. 512-2, une convention intercommunale de coordination peut être conclue, à la demande de l'ensemble des maires concernés, en substitution des conventions prévues à l'article L. 512-4. L'acte est signé par les maires, le président de l'établissement et le ou les représentants de l'État dans le département, après avis du ou des procureurs de la République territorialement compétents. (Article L. 512-5).

La convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État précise la nature et les lieux des interventions des agents de police municipale. Elle détermine les modalités selon lesquelles ces interventions sont coordonnées avec celles de la police

¹⁹² PONTIER (Jean-Marie), « Celle que l'on attendait plus : la loi sur les polices municipales », *Revue administrative* n° 310, pp. 416-424.

¹⁹³ Code des communes, Partie législative, Livre IV : Personnel communal, Titre I : Agents nommés dans des emplois permanents à temps complet, Chapitre 2 : Recrutement, formation et promotion sociale, Section 5 : Dispositions applicables à certains personnels, Sous-section 1 : Dispositions applicables aux gardes champêtres et aux agents de la police municipale.

et de la gendarmerie nationales. L'accord du président de l'établissement public de coopération intercommunale prévu aux articles L. 512-4 et L. 512-5 ne porte que sur la mise à disposition des agents de police municipale et leurs équipements. À défaut de convention, les missions de police municipale ne peuvent s'exercer qu'entre 6 heures et 23 heures, à l'exception des gardes statiques des bâtiments communaux et de la surveillance des cérémonies, fêtes et réjouissances organisées par la commune ou par l'établissement public de coopération intercommunale.

L'État doit assurer la sécurité des personnes qui vivent sur son territoire ; la force publique déploie donc sa contrainte en vue de rechercher les auteurs d'infractions. Les normes juridiques violées par les *malevolens*¹⁹⁴ peuvent être de différente nature (pénales, douanières)

4) La douane : une force publique économique.

107. Les douanes françaises puisent leur fondement juridique dans la loi concernant l'établissement et l'organisation des corps de finances, loi du 1er juin 1791. Puis, intervint la loi du 23 germinal an V, loi relative à l'organisation du service des douanes¹⁹⁵. Il convient ici de mettre en lumière la figure particulièrement importante pour le service des douanes que représente le directeur général. Sa création remonte à l'arrêté du 19 fructidor an IX. (Arrêté portant création d'un directeur général, et de quatre administrateurs des douanes : arrêté du 19 fructidor an IX)¹⁹⁶. Le directeur général des douanes constitue toujours de nos jours la figure centrale d'un point de vue

¹⁹⁴ L'expression est de l'Abbé Sieyès au cours des débats qui eurent lieu à l'Assemblée Nationale Constituante de 1789, voir *Archives parlementaires, Assemblée nationale constituante, séance du 9 juillet 1789, archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises imprimé par ordre de l'assemblée nationale sous la direction de M. J. MAVIDAL, chef du bureau des procès-verbaux, de l'expédition des lois, des pétitions, des impressions et distributions de l'assemblée nationale et de MM. E. LAURENT et E. CLAVEL, sous-bibliothécaires de l'assemblée nationale, première série (1789 à 1799), tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), librairie administrative de Paul DUPONT, Paris, 1875, 731 p. ;*

¹⁹⁵ PALLAIN (Georges), *Les Douanes françaises, régime général, organisation, fonctionnement*, [Nouvelle édition], Librairie administrative P. Dupont, Paris, 1913. 4 volumes in-4°. Comprend : Volume 1. Régime des douanes, régime général et régimes spéciaux, 783 p. ; Volume 2. Navigation, Sels et pêches. Statistiques commerciale, Organisation et fonctionnement du service ; 3. Comptabilité. Masse des brigades. Matériel contentieux ; 4. Lois et décrets concernant le service des douanes. Tableau des droits.

Notice d'autorité personne de la Bibliothèque nationale de France.

PALLAIN, Georges (1847-1923) *forme internationale* Naissance : 1847-03-20, Liancourt (Oise) Mort : 1923-05-12, Paris. Avocat au barreau de Paris, il fut Sous-préfet de Sceaux puis Directeur général des douanes (1885), puis, Gouverneur de la Banque de France.

¹⁹⁶ BOYÉ (Michel) et COUDIER (Nelly), *Dictionnaire des directeurs et des directions des douanes : 1791-1945*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, 2002 [Neuilly-sur-Seine] (74 Bd Bourdon, 92202), Imprimerie La Nef Chastrusse, Bordeaux, 317 p.

DELANDRE (A.), *Traité pratique des douanes*, Cagniard, Rouen, 4^{ème} édition, 1897 et 5^{ème} édition, 1903 par E. Doussin, Directeur honoraire des douanes, tome premier, 699 p. A. Delandre fut Directeur des douanes.

hiérarchique au sein de l'organisation des douanes.

108. De plus, il est bon de préciser que la France napoléonienne exporta le modèle français douanier sur le territoire italien par l'édiction du décret impérial du 22 octobre 1808 concernant l'organisation des douanes en Toscane. Enfin, d'un point de vue organisationnel, l'on doit ici évoquer ce que l'on appelait originellement la régie des douanes qui constituait l'essence même du service douanier. (Décret sur l'organisation de la régie des douanes, et qui fixe sa dépense. Décret du 23 avril-1er mai 1791).

109. L'organisation des douanes s'est fondée sur des textes juridiques révolutionnaires à valeur réglementaire lesquels prévoyaient l'institution de bureaux établis aux frontières de l'État. De cette manière, fut constitué le terrain d'intervention des douanes, que l'on dénomme le rayon des douanes¹⁹⁷. Par exemple, le décret du 23 avril-1er mai 1791 prévoit en son article quatre que les bureaux établis sur les côtes et frontières du royaume, seront au nombre de 714 ; savoir 94 bureaux principaux, et 620 bureaux particuliers. Les brigades, au nombre de dix-sept cent soixante-quinze, seront distribuées sur les côtes et frontières, pour assurer la perception, et s'opposer aux importations et aux exportations en fraude des droits. (Article cinq)¹⁹⁸.

110. D'un point de vue de la tutelle hiérarchique, les douanes sont soumises à la compétence du ministre des Finances sur le fondement de l'article premier de l'arrêté du 28 ventôse an XII (19 mars 1804) qui attribue exclusivement au ministre des Finances l'exécution des lois sur les douanes. En outre, sous le prisme de l'organisation intérieure du ministère des Finances, il convient de relever que l'ordonnance du 17-27 mai 1814 supprima la direction générale des douanes et des droits réunis, pour les confondre sous le titre de direction des contributions indirectes¹⁹⁹. En dernier lieu, la France

¹⁹⁷ BOYÉ (Michel), *La Douane à Bordeaux*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Imprimerie de l'École des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1983, 73 p. Notice d'autorité personne de la Bibliothèque nationale de France, BOYÉ, Michel (1946-....) *forme internationale*, naissance : 1946-04-11. Il fut Conservateur du Musée des douanes de Bordeaux (en 1987). Musée des douanes (Bordeaux) 1 Place de la Bourse, 33000.

¹⁹⁸ HAMON (Bruno), *La douane des frontières de terre, il y a cent ans*. Volume 1, Les missions civiles et militaires des douaniers, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Imprimerie de l'École nationale des brigades des douanes, La Rochelle, 2009, 114 p.

Et, HAMON (Bruno), *La douane des ports et des côtes il y a cent ans*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, La Rochelle, DL 2007, 101 p.

¹⁹⁹ Source : LALOUETTE (Claude J.), *Classification des lois administratives : depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Paris, Antoine BAVOUX, 1817, 764 pages.

Pour une histoire des douanes, l'on pourra se reporter avec un grand profit aux ouvrages de CLINQUART (Jean), *L'Administration des douanes en France sous le Consulat et l'Empire : 1800-1815*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1979, 429 p. *L'Administration des douanes en France sous la Restauration et la Monarchie de Juillet : 1815-1848*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1981, 521 p. *L'Administration des douanes en France de la*

est l'idéal-type de l'État unitaire. Il est donc intéressant de comparer l'organisation de la force publique douanière dans un État fédéral. En effet, dans le cadre d'un tel type d'État, les douanes sont du domaine exclusif de l'État fédéral, eu égard au caractère primordial de la perception des impôts pour l'État. À titre d'exemple, concernant la **République Argentine**²⁰⁰, l'article neuf de la Constitution de la Nation argentine prévoit que dans toutes les parties du territoire de la Nation, il ne devra être instituées que les douanes nationales, lesquelles régissent les tarifs que sanctionne le Congrès.

La force publique douanière vise à garantir à l'État ses ressources fiscales. Afin de protéger ses ressources naturelles, la figure étatique dispose de forces publiques spécialisées à l'instar des gardes champêtres.

5) Les forces publiques spécialisées : l'exemple des gardes champêtres.

111. En vertu de l'article L. 521-1 du Code de la sécurité intérieure, les gardes champêtres concourent à la police des campagnes. Ils sont chargés de rechercher, chacun dans le territoire pour lequel il est assermenté, les contraventions aux règlements et arrêtés de police municipale. Ils dressent des procès-verbaux pour constater ces contraventions. Les gardes champêtres sont également autorisés à constater par procès-verbal les contraventions aux dispositions du Code de la route dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État. À cette occasion, ils sont habilités à procéder aux épreuves de dépistage mentionnées à l'article L. 234-3 du Code de la route, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 234-4 du même code. Ils constatent également les contraventions mentionnées au livre VI du Code pénal, dont la liste est fixée par décret en Conseil

Révolution de 1848 à la Commune : 1848-1871, Association pour l'histoire de l'administration des Douanes, Neuilly-sur-Seine, 1983, 675 p. *L'Administration des douanes en France sous la Troisième République : 1871-1914*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1986, 741 p.

Notice d'autorité personne de la Bibliothèque nationale de France
CLINQUART, Jean, *forme internationale*. Secrétaire général de l'Association pour l'histoire de l'administration des douanes (en 1989).

²⁰⁰ En droit international public, l'État peut-être un État fédéral. Ainsi, sur le continent américain, et plus particulièrement en Amérique latine, l'Argentine revêt la forme d'un État fédéral. La République Argentine se compose d'États fédérés dénommés « Provincias ». On peut prendre l'exemple de la Provincia de Catamarca.

La Constitution de la Nation argentine (22 août 1994) prévoit en son article premier que « la Nation argentine adopte pour gouvernement la forme représentative, républicaine, fédérale, selon la forme établie par la présente Constitution. » L'article 5 de la Constitution de la Nation argentine prévoit que chaque « Provincia » déterminera pour elle-même une Constitution sous le système représentatif républicain, en accord avec les principes, déclarations et garanties de la Constitution nationale et que chaque « Provincia » assurera son administration de justice, son régime municipal et l'éducation primaire. Sous ces conditions, le gouvernement fédéral garantit à chaque « Provincia » la jouissance et l'exercice de ses institutions.

d'État, dès lors qu'elles ne nécessitent pas de leur part d'actes d'enquête et à l'exclusion de celles réprimant des atteintes à l'intégrité des personnes.

Les gardes champêtres sont nommés par le maire, agréés par le procureur de la République et assermentés. (Article L. 522-1 du Code de la sécurité intérieure). Toute commune peut avoir un ou plusieurs gardes champêtres. Plusieurs communes peuvent avoir un ou plusieurs gardes champêtres en commun. Une région, un département ou un établissement public chargé de la gestion d'un parc naturel régional peut recruter un ou plusieurs gardes champêtres compétents dans chacune des communes concernées. Dans ces cas, leur nomination est prononcée conjointement par le maire de chacune des communes et, respectivement, par le président du Conseil régional, le président du Conseil général ou le président de l'établissement public, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Un établissement public de coopération intercommunale peut recruter un ou plusieurs gardes champêtres compétents dans chacune des communes concernées. Leur nomination est prononcée conjointement par le maire de chacune des communes membres et le président de l'établissement public de coopération intercommunale. Leur nomination en qualité de fonctionnaires stagiaires ne fait pas obstacle à leur mise à disposition. Les gardes champêtres ainsi recrutés exercent les compétences mentionnées à l'article L. 521-1, sans préjudice des compétences qui leur sont dévolues par le Code de procédure pénale et par des lois spéciales. Pendant l'exercice de leurs fonctions sur le territoire d'une commune, ils sont placés sous l'autorité du maire de cette commune. (Article L. 522-2 du code précité).

Dans les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, il y a au moins un garde champêtre par commune. La commune juge de la nécessité d'en établir davantage. Un groupement de collectivités peut avoir en commun un ou plusieurs gardes champêtres compétents sur l'ensemble du territoire des communes instituant ce groupement. (Article L. 523-1). Dans les communes de 25 000 habitants et plus ainsi que les communes assimilées, le maire nomme seul les gardes champêtres.

112. La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par voie réglementaire, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes. (Code de la sécurité intérieure en

son article L. 111-1). Pour atteindre ce but d'intérêt général, la force publique agit sur le territoire national à l'aune d'une répartition de compétences.

§ 2. La compétence *ratione loci* de la force publique : les circonscriptions territoriales.

113. L'action de la force publique s'exerce sur un territoire donné. La notion de territoire, dans son acception la plus ancienne, renvoie à la localisation d'un effet de pouvoir. « Le territoire est une portion de l'espace géographique qui coïncide avec l'extension spatiale d'une juridiction gouvernementale. »²⁰¹

Il convient donc de déterminer juridiquement le concept de territoire (A), avant d'étudier l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique d'un point de vue territorial (B).

A. La détermination du concept de territoire.

114. Le concept de territoire selon Raymond Carré de Malberg²⁰². Raymond Carré de Malberg considère que le territoire envisagé en lui-même n'est aucunement un objet de maîtrise pour l'État ; mais son étendue détermine simplement le cadre dans lequel est capable de s'exercer la puissance étatique ou *imperium*, laquelle n'est de par nature qu'un pouvoir sur les personnes. Par souveraineté territoriale, il ne faut donc pas entendre une branche à part du pouvoir de l'État, comportant à son profit un ensemble particulier de droits territoriaux. La territorialité n'est pas une partie spéciale du contenu de la puissance étatique, mais uniquement une condition et une qualité de cette puissance²⁰³.

²⁰¹ GOTTMANN (Jean), « The evolution of the concept of territory » in *Social Science Information*, 1975, n° 2-4, pp. 27-29. Jean GOTTMANN fut un éminent géographe du XXème siècle. Il naquit en 1915 en Ukraine à Kharkov et mourut en 1994. L'on pourra se référer avec profit à l'ouvrage de GOTTMANN (Jean), *La politique des États et leur géographie*, Éditions du CTHS, Paris, 2007, 263 p.

Source : SOCIÉTÉ DE GÉOGRAPHIE, « L'orbite de la géographie de Jean Gottmann », *La Géographie*, janvier 2007, n° spécial hors-série, 309 p. ; Jean Bastié, Président de la Société de Géographie.

²⁰² Raymond CARRÉ DE MALBERG (1861-1935). Pays : France, langue : français, naissance : 01-11-1861, Strasbourg, mort : 21-03-1935, Strasbourg. Spécialiste en droit public, il fut Professeur à l'Université de Strasbourg. Source : <http://data.bnf.fr/12373526/raymond_carre_de_malberg/>

²⁰³ Voir en ce sens, MICHOU, Léon (1855-1916), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1932, Première partie, 525 p. ; Deuxième partie, 540 p. ; 3ème édition mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, par Louis TROTABAS (1898-1985). Première partie : Notion de personnalité morale. Classification et création des personnes morales. Deuxième partie : la Vie des personnes morales. Leur suppression et ses conséquences. JELLINEK (Georg), *L'État moderne et son droit*, A. Fontemoing, Paris, 1904, 223 p. ; l'on pourra également se reporter à la réédition d'une traduction datant du début du XXème siècle. *L'État moderne et son droit*,

Dans cet ordre d'idées, il convient également de préciser que le cadre d'exercice de la puissance de l'État ne se restreint pas au territoire, c'est-à-dire à la surface ou au tréfonds du sol national : mais il comprend aussi la couche atmosphérique située au-dessus de ce sol et les portions de mer qui baignent le territoire de l'État, du moins dans la mesure où l'État peut en réalité exercer sur ces portions atmosphériques ou maritimes son action dominante. La véritable idée à laquelle il faut s'arrêter à cet égard est donc que la sphère de puissance de l'État coïncide avec l'espace sur lequel s'étendent ses moyens de domination. En d'autres termes, l'État exerce sa puissance non pas seulement sur un territoire, mais sur un espace qui, il est vrai, a pour base de détermination le territoire lui-même²⁰⁴.

115. La consécration constitutionnelle du territoire. Une constitution peut prévoir expressément la détermination du territoire étatique. Ainsi, sur le **continent américain, l'État fédéré de Guanajuato**²⁰⁵ « est constitué par la réunion de ses habitants et par son territoire ; et, il est libre, souverain et indépendant dans son administration et gouvernement intérieurs ». (Article 28 de la Constitution de l'État de Guanajuato). Tous les pouvoirs publics émanent du peuple et ils sont institués pour son bénéfice (article 30 de la Constitution précitée). Le gouvernement de l'État est républicain, représentatif et démocratique (article 32 de la Constitution susvisée).

La Constitution de l'État de Guanajuato prévoit de manière expresse en son Titre quatre, Chapitre unique intitulé « Du territoire de l'État » la détermination du territoire de l'État de Guanajuato. Ainsi, l'article 33 procède à l'énumération limitative des différentes municipalités qui composent le territoire de l'État (cet article fut réformé par la révision constitutionnelle du 20

Collection « Les Introuvables », préface Olivier JOUANJAN, EPA - Editions Panthéon Assas, Paris, 2005, tome 1, première partie : *Théorie générale de l'Etat*, 655 pages, tome 2, deuxième partie : *Théorie juridique de l'Etat*, 600 pages. Comme l'écrit Olivier JOUANJAN, dans sa préface, cette œuvre constitue l'un des grands monuments de la science juridique allemande. Georg JELLINEK (1851-1911) ; Pays : Autriche, langue : allemand, naissance : 16-06-1851, mort : 12-01-1911. Source : <http://data.bnf.fr/12284375/georg_jellinek/>

²⁰⁴ CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, tome premier, Léon Tenin, librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1920, 837 p. ; voir en particulier, les éléments constitutifs de l'État, préliminaires, pp. 4-5.

²⁰⁵ L'État de GUANAJUATO est l'un des États fédérés des États-Unis du Mexique selon les termes de la Constitution politique de la Nation et par son incorporation au pacte fédéral (article 28 de la Constitution de l'État de Guanajuato). L'État de GUANAJUATO est régi par la Constitution politique du 18 octobre 1917 (Constitution publiée au *Journal officiel du gouvernement de l'État de Guanajuato* du 18 octobre 1917). La ville de Guanajuato est la capitale de l'État et la résidence de ses pouvoirs ; ceux-ci ne pourront se transférer en un autre lieu sauf pour une cause grave et lorsque les deux tiers des membres du Congrès l'auront approuvé. (Article 35 de la Constitution susvisée).

Source : Congreso del Estado de Guanajuato [Congrès de l'État de Guanajuato], Poder Legislativo de Guanajuato [Pouvoir Législatif de Guanajuato], <<http://www.congresogto.gob.mx/>>

décembre 2005). Par ailleurs, s'agissant de la compétence territoriale de la force publique, il convient de relever que la Constitution de l'État de Guanajuato consacre les règles régissant l'érection d'une nouvelle municipalité. L'article 34 de la Constitution susvisée prescrit plusieurs critères qui doivent être remplis pour la constitution d'une nouvelle municipalité.

En premier lieu, la superficie territoriale ne devra pas être inférieure à 150 km² ; en deuxième lieu, la population qui habite sur la superficie devra excéder 60 000 habitants ; en troisième lieu, il conviendra de recueillir l'opinion des citoyens de la municipalité dans les termes que la loi prévoit ; il sera nécessaire que la population jouisse des services publics municipaux indispensables pour sa ville; enfin, il sera obligatoire que les études économiques et fiscales démontrent que le probable revenu fiscal sera suffisant pour financer les coûts de l'administration municipale. La ville libre, base de la division territoriale de l'État et de son organisation politique et administrative, est une institution à caractère public, constituée par une communauté de personnes, établie sur un territoire délimité, avec une personnalité juridique et un patrimoine propre, autonome dans son gouvernement intérieur et libre dans l'administration de ses biens (article 106 de la constitution précitée). Les villes seront gouvernées par un conseil municipal. La compétence des conseils municipaux s'exercera de manière exclusive et il n'existera aucune autorité intermédiaire entre les conseils municipaux et le gouvernement de l'État. (Article 107 de la Constitution précitée)²⁰⁶.

²⁰⁶ Concernant les aspects de droit comparé, nous considérons que ceux-ci sont fondamentaux dans l'étude du droit. Aussi, nous nous fonderons sur les ouvrages qui suivent pour ce qui concerne l'ensemble de nos travaux.

DAVID (René), *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Précis Dalloz, Paris, 1964, 630 p.

DAVID (René) (1906-1990), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Collection « Précis Dalloz », Paris, 10ème édition, 1992, 523 p.

Nous tenons à mettre en exergue la figure de René DAVID qui a fait rayonner le Droit comparé. L'on pourra se reporter à l'article de TUNC (André), « René David (1906-1990) » in *Revue internationale de droit comparé*, Volume 42 N°3, Juillet-septembre 1990, pp. 865-868.

René David (1906-1990). Pays : France, langue : français, naissance : 12-01-1906, Paris, mort : 26-05-1990, Aix-en-Provence (Bouches-du-Rhône). Il fut Professeur agrégé de droit. Source : Bibliothèque Nationale de France ; <http://data.bnf.fr/11898810/rene_david/>

Voir également, LEGEAIS (Raymond), *Les grands systèmes de droit contemporains : une approche comparative*, Litec, Paris, 2004, 457 p. LEGEAIS, Raymond. Naissance : 1930-04-21. Professeur de droit à l'Université de Poitiers. Source : Notice d'autorité personne de la Bibliothèque Nationale de France.

S'agissant du très grand intérêt que représente le Droit comparé, on se reportera à l'ouvrage de BLANC-JOUVAN (X.), KÖTZ (H.), SALERNO (M.-U.) et alii, *L'avenir du droit comparé : un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000, 347 p. ; (28 rue Saint-Guillaume, 75007).

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Le droit comparé aujourd'hui et demain*, colloque organisé par le Centre français de droit comparé au Conseil d'État à Paris le 1er décembre 1995, Société de législation comparée, Paris, 1996, 160 p.

SACCO (Rodolfo), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Collection : Études juridiques comparatives, Paris, 1991, 175 p.

SACCO, Rodolfo. Naissance : 1923-11-21, nationalité : Italie, langue : italien ; Professeur de droit civil, puis de

116. Le territoire de la République française comprend également l'Outre-mer. L'île Saint-paul, l'île Amsterdam, l'archipel Crozet, l'archipel Kerguelen et la terre Adélie forment un territoire d'Outre-mer possédant l'autonomie administrative et financière qui prend le nom de Terres australes et antarctiques françaises. (Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 portant organisation des pouvoirs publics dans les Terres australes et antarctiques françaises)²⁰⁷. En matière d'organisation des pouvoirs publics, le décret n° 56-935 du 18 septembre 1956 fixa cette organisation dans les Terres australes et antarctiques françaises²⁰⁸. Ce décret fut pris en application de l'article 7 de la loi n° 55-1052 du 06 août 1955. Il concerne l'organisation administrative des Terres australes et antarctiques françaises. Le décret n° 2004-438 du 21 mai 2004 modifia le décret n° 56-935 du 18 septembre 1956 portant organisation administrative des Terres australes et antarctiques françaises²⁰⁹.

Mayotte constitue une collectivité territoriale de la République²¹⁰. L'article 1er de la Loi

droit privé comparé à Trieste, Pavie et Turin (en 1991), il fut Professeur à la Faculté internationale de droit comparé, Strasbourg (en 1991) et Correspondant de l'Académie des sciences morales et politiques, section morale et sociologie (élu en 1994). Source : Notice d'autorité personne Bnf ; et Académie des sciences morales et politiques : <<http://www.asmp.fr>>

Concernant le Droit comparé, l'on se référera avec un très grand profit au Traité de CONSTANTINESCO (Léontin-Jean), *Traité de droit comparé*, premier volume, Introduction au droit comparé, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1972, 245 p. ; *Traité de droit comparé*, deuxième volume, La Méthode comparative, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1974, 412 p. ; *Traité de droit comparé*, troisième volume, La Science des droits comparés, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1983, 511 p.

²⁰⁷ JORF du 9 août 1955 page 7979.

²⁰⁸ JORF du 20 septembre 1956 page 8901.

²⁰⁹ NOR: DOMC0400021D, JORF n° 120 du 25 mai 2004, page 9210, texte n° 23. **Le siège de l'administration du territoire.** Par application de l'article 37 (alinéa 2) de la Constitution, de l'article 21 (avant dernier alinéa) du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, et la loi n° 55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises, le siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises est fixé dans le département de la Réunion par un arrêté du Premier ministre. (Article 2 du décret n° 96-200 du 14 mars 1996 relatif au siège de l'administration des Terres australes et antarctiques françaises, NOR: DOMX9500003D, JORF n° 65 du 16 mars 1996, page 4087). Par voie de conséquence, l'article 6 de la loi du 6 août 1955 susvisée est abrogé. (Article 1^{er}).

L'arrêté du Premier ministre et du ministre délégué à l'Outre-mer, en date du 27 février 1997 pris pour l'application de l'article 2 du décret n° 96-200 du 14 mars 1996 et fixant le siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises (NOR: DOMP9700016A) précise que le siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises est fixé à compter du 2 avril 1997 dans la commune de Saint-Pierre, département de la Réunion. (Article 1^{er}). Le texte juridique de droit positif est l'arrêté du 20 mars 2000 qui fixe le siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises, NOR: INTM0000005A, JORF n° 68 du 21 mars 2000, page 4376, texte n° 18. L'article 1^{er} précise que « [l]e siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises est fixé, à compter du 1er avril 2000, dans la commune de Saint-Pierre (département de la Réunion) ». L'arrêté du 27 février 1997 fixant le siège de l'administration du territoire des Terres australes et antarctiques françaises est abrogé à compter du 1er avril 2000. (Article 2 de l'arrêté du 20 mars 2000).

²¹⁰ Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte, JORF du 28 décembre 1976, page

n° 79-1113 du 22 décembre 1979 relative à Mayotte précise que l'île de Mayotte fait partie de la République française et ne peut cesser d'y appartenir sans le consentement de sa population. Le territoire de Mayotte est déterminé par l'article 1^{er} de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte²¹¹. Celle-ci comprend la Grande-Terre, la Petite-Terre ainsi que les autres îles et îlots situés dans le récif les entourant. (Alinéa 1^{er}). Mayotte constitue, conformément à l'article 72 de la Constitution du 04 octobre 1958, une collectivité territoriale qui prend le nom de « collectivité départementale de Mayotte ». (Troisième alinéa).

La Guyane et la Martinique sont régies par la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique²¹² et la Nouvelle-Calédonie par la loi organique n° 2011-870 du 25 juillet 2011 modifiant l'article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie²¹³. La Polynésie française se voit appliquer la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française²¹⁴.

7493 ; Ordonnance n°77-450 du 29 avril 1977 portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du Code des communes ; Décret n° 94-41 du 13 janvier 1994 modifiant le décret n° 77-509 du 18 mai 1977 portant organisation administrative de la collectivité territoriale de Mayotte.

²¹¹ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, NOR: INTX0000187L, *JORF* n°161 du 13 juillet 2001, page 11199, texte n° 1. Travaux préparatoires : Assemblée nationale : Projet de loi n° 2932 ; Rapport de M. Jacques Floch, au nom de la Commission des lois, n° 2967 ; Discussion et adoption, après déclaration d'urgence, le 4 avril 2001.

Sénat : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 262 (2000-2001) ; Rapport de M. José Balarello, au nom de la Commission des lois, n° 361 (2000-2001) ; Discussion et adoption le 13 juin 2001.

Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 3147 ; Rapport de M. Jacques Floch, au nom de la Commission des lois, n° 3176 ; Discussion et adoption le 26 juin 2001.

²¹² Loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, NOR: IOCX1031502L, *JORF* n° 0173 du 28 juillet 2011, page 12818, texte n° 1.

Loi organique n° 2011-883. — Travaux préparatoires : **Sénat** : Projet de loi organique n° 264 (2010-2011) ; Rapport de M. Christian Cointat, au nom de la commission des lois, n° 467 (2010-2011) ; Texte de la commission n° 468 (2010-2011) ; Discussion et adoption, après engagement de la procédure accélérée, le 12 mai 2011 (TA n° 113, 2010-2011).

Assemblée nationale : Projet de loi organique, adopté par le Sénat, n° 3436 ; Rapport de M. Philippe Gosselin, au nom de la commission des lois, n° 3554 ; Discussion et adoption le 28 juin 2011 (TA n° 697).

Sénat : Projet de loi organique, modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 690 (2010-2011) ; Rapport de M. Christian Cointat, au nom de la commission mixte paritaire, n° 715 (2010-2011) ; Texte de la commission n° 716 (2010-2011) ; Discussion et adoption le 11 juillet 2011 (TA n° 167, 2010-2011).

Assemblée nationale : Rapport de M. Philippe Gosselin, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3619 ; Discussion et adoption le 12 juillet 2011 (TA n° 718). — Conseil constitutionnel : Décision n° 2011-636 DC du 21 juillet 2011 publiée au Journal officiel de ce jour.

²¹³ NOR: IOCX1111823LJORF, *JORF* n° 0171 du 26 juillet 2011 page 12705, texte n° 1.

²¹⁴ NOR: DOMX0300087L, *JORF* n° 52 du 2 mars 2004, pp. 4213-4220, texte n° 2.

Loi n° 2004-193 - Travaux préparatoires : **Sénat** : Projet de loi n° 39 (2003-2004) ; Rapport de M. Lucien Lanier, au nom de la commission des lois, n° 107 (2003-2004) ; Discussion et adoption, après déclaration d'urgence, le 18 décembre 2003.

Assemblée nationale : Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 1324 ; Rapport de M. Jérôme Bignon, au nom de la commission des lois, n° 1336 ; Discussion les 13 et 14 janvier 2004 et adoption le 14 janvier 2004.

Sénat : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 151 (2003-2004) ; Rapport de

Aux îles Wallis et Futuna s'applique la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna²¹⁵ le statut de territoire d'outre-mer. L'article 1^{er} prescrit que les îles Wallis, Futuna, Alofi et les îlots qui en dépendent constituent, sous la dénomination de « Territoire des îles Wallis et Futuna », un territoire d'outre-mer doté de la personnalité morale et de l'autonomie administrative et financière.

Selon la loi n° 78-1018 du 18 octobre 1978 portant organisation des pouvoirs publics dans les îles Wallis et Futuna²¹⁶, le territoire des îles Wallis et Futuna est désormais régi par les lois de la République et par les décrets applicables, en raison de leur objet, à l'ensemble du territoire national et, dès leur promulgation dans le territoire, par les lois, décrets et arrêtés ministériels déclarés expressément applicables aux territoires d'outre-mer ou au territoire des îles Wallis et Futuna.

Le territoire des îles Wallis et Futuna est divisé en trois circonscriptions territoriales : celle d'Uvea, celle d'Alo, et celle de Sigave, dans leurs limites actuelles. (Article 17, Titre IV : Circonscriptions territoriales, de la loi n° 78-1018 du 18 octobre 1978).

Après avoir déterminé la notion juridique de territoire, il convient d'examiner le concept en tant qu'il constitue un élément qui encadre l'action de la force publique, laquelle ne peut recourir à la contrainte que dans un ressort bien défini.

M. Lucien Lanier, au nom de la commission mixte paritaire, n° 170 (2003-2004) ; Discussion et adoption le 29 janvier 2004.

Assemblée nationale : Rapport de M. Jérôme Bignon, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1374 ; Discussion et adoption le 29 janvier 2004.

Conseil constitutionnel : Décision n° 2004-491 DC du 12 février 2004 publiée au Journal officiel de ce jour.

²¹⁵ *JORF* du 30 juillet 1961 page 7019.

Travaux préparatoires : loi n° 61-814 ; **Sénat** : Projet de loi n° 103 (1960-1961) ; Rapport de M. Boulanger au nom de la commission des lois, n° 186 (1960-1961) ; Discussion et adoption le 18 mai 1961.

Assemblée nationale : Projet de loi adopté par le Sénat (n° 1207) ; Rapport de M. Laurelli, au nom de la commission des lois constitutionnelles (n° 1312) ; Discussion les 11 et 18 juillet 1961 ; Adoption le 18 juillet 1961. **Sénat** : Projet de loi modifié par l'Assemblée nationale, n° 325 (1960-1961) ; Rapport de M. Zussy, au nom de la commission des lois, n° 329 (1960-1961) ; Discussion et adoption le 21 juillet 1961.

²¹⁶ *JORF* du 20 octobre 1978, page 3626.

B. L'encadrement territorial de l'action de la force publique.

117. Apprécier la légalité d'un acte de police suppose que soient tranchées deux questions, à savoir celle de l'agent qui est l'auteur de l'acte et celle de l'enquête au sein de laquelle cet acte a été pris²¹⁷. La première question qui est relative à la personne qui est l'auteur de l'acte de police sous-tend la solution de la seconde question relative au type d'enquête menée, car les pouvoirs contenus dans les enquêtes de police sont répartis en fonction de la compétence dévolue à chaque agent. Cette question revêt donc une importance certaine. Toutefois, il convient de souligner que cette question se révèle d'une complexité relativement grande car, à côté des agents, policier ou gendarme, dont la matière policière constitue la compétence de droit commun, le Code de procédure pénale prévoit, en la matière, l'intervention de « fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire » (article 22 et suivants du Code de procédure pénale). De surcroît, des lois spéciales sont venues multiplier le nombre d'agents habilités à intervenir dans le domaine policier, dans des domaines techniques où la force publique n'intervient pas naturellement. Aussi, il est bon d'étudier la compétence des agents de la force publique, ainsi que celle des agents auxiliaires.

118. La compétence des agents de la force publique constitue une question juridique souvent délaissée et pourtant d'une importance capitale, puisque la compétence est, en principe, d'ordre public. Subséquemment, une violation des règles qui la régissent devraient entraîner la nullité de la procédure, sans qu'il soit besoin de caractériser une atteinte aux droits de la défense. Sous l'angle de la technique juridique, le Code de procédure pénale a réglé le problème de la compétence par la création de capacités de police judiciaire ainsi que par l'utilisation des cadres administratifs existants.

Ainsi, le législateur, au lieu d'énumérer pour chaque acte la liste des agents capables de l'exécuter, a créé plusieurs capacités judiciaires, entre lesquelles il a réparti les divers actes de police judiciaire qui constituent la compétence matérielle des agents. De surcroît, le législateur s'est fondé sur les qualités administratives des fonctionnaires et des militaires investis de pouvoirs de police judiciaire pour attribuer ces diverses capacités ; le législateur s'est, de la même manière, fondé sur les circonscriptions administratives des divers services de l'État afin de déterminer leur compétence territoriale. Enfin, le monde s'étant considérablement internationalisé, il conviendra de traiter la

²¹⁷ DECOCQ (André), MONTREUIL (Jean) et BUISSON (Jacques), *Le Droit de la police*, LITEC, Paris, deuxième édition, 1998, 868 p.

question de la compétence policière du point de vue de l'extradition des criminels.

D'un point de vue organisationnel, il est vrai que la dichotomie policière entre la police nationale et la gendarmerie nationale a pu constituer un obstacle à la bonne compréhension de la compétence territoriale de la force publique. En effet, seul le Code de procédure pénale a prévu des règles précises en la matière. Aussi, certains juristes ne l'ont traitée que pour la seule police judiciaire, laissant à penser que cette question de compétence ne se posait pas dans le domaine de la police administrative. Enfin, il est vrai également que cette question n'est guère soulevée dans les prétoires, les défenseurs ne songent pas à l'examiner et, encore moins, à soulever l'exception d'incompétence, alors même qu'ils n'oublient pas de discuter de la compétence des juridictions. Il convient de préciser que la question de la compétence territoriale s'est complexifiée depuis les réformes intervenues suite au vote de la loi du 1er février 1994 ; l'examen de cette loi nécessite d'exposer la distinction entre, d'une part, la compétence territoriale ordinaire, et d'autre part, les extensions de compétence territoriale.

119. La compétence territoriale ordinaire. « La compétence territoriale détermine l'espace dans les limites duquel une autorité peut exercer ses attributions »²¹⁸. Si l'on se place du point de vue des libertés publiques, l'intérêt du sujet est considérable, intérêt mis en exergue par des auteurs en matière de police judiciaire²¹⁹. Ainsi, il s'avère indispensable d'envisager la compétence territoriale à l'égard de toute la force publique, à partir d'une réflexion de fond sur les mécanismes de la compétence territoriale. Cette compétence a pour point de départ la constatation qu'une autorité n'est en principe compétente que dans un espace délimité par les lois et règlements. Cette analyse prévaut également pour l'étude de la force publique. Ainsi, elle répond à ce que l'on nomme le principe de territorialité, principe qui appelle conséquemment la question de la détermination des circonscriptions de police.

120. Le principe de territorialité de la force publique. Quelle que soit la nature d'une autorité (administrative ou judiciaire), celle-ci s'inscrit dans le respect du principe de territorialité. Sa compétence territoriale est déterminée par les deux éléments que sont la délimitation d'une portion du territoire, portion que l'on désigne sous le nom de « circonscription » ou bien « ressort territorial », et le lien de rattachement à une circonscription de police ou de gendarmerie.

²¹⁸ Voir DELVOLVÉ (Pierre), *L'acte administratif*, Sirey, collection « droit public », Paris, 1983, 294 p. ; voir, p. 138.

²¹⁹ BAUDRY (H.), « Petit essai sur la compétence territoriale des commissaires de police » in *Revue des sciences criminelles* 1952, 123, numéros 3 à 8 ; PATIN (M.) et CAULLET (M.), « Sur la compétence territoriale des commissaires de police » in *Revue des sciences criminelles* 1953, p. 251 et p. 253. L'on pourra également se référer à la note de CHAMBON sous l'arrêt de la Cour d'appel de Reims, 18 mai 1984, *JCP* 85, II, 20 422.

1) La détermination de la notion de circonscriptions.

121. La querelle qui eut lieu paraît aujourd'hui être dépassée, querelle qui portait sur l'étendue de la compétence territoriale des policiers²²⁰. Il convient de souligner que la gendarmerie rencontrait moins de difficultés en la matière, car la compétence territoriale de ces unités se trouvait être calquée sur les subdivisions administratives du territoire français. Après avoir hésité, le législateur français a définitivement exprimé sa volonté pour l'ensemble de la force publique lorsque, dans l'article 18 du Code de procédure pénale, il prescrit que : « Les officiers de police judiciaire ont compétence dans les limites territoriales où ils exercent leurs fonctions habituelles ». Cette dernière expression se réfère, de manière directe, à la notion de circonscription. L'esprit de l'article 18 a calqué la compétence territoriale pour l'exercice des pouvoirs de police judiciaire sur l'infrastructure administrative existante. Les initiateurs du Code de procédure pénale abondaient en ce sens lorsqu'ils écrivaient : « La compétence territoriale des officiers de police judiciaire s'étend en principe à tous les lieux compris dans l'exercice de leurs fonctions habituelles, c'est-à-dire à la circonscription administrative dévolue à chacun d'eux »²²¹. En d'autres termes, la compétence territoriale des officiers de police judiciaire s'articule sur la circonscription administrative des gendarmes et des policiers²²². Ainsi, un officier de police judiciaire ne peut-il valablement procéder au constat d'une infraction que dans sa circonscription.

L'instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale précisait bien que : « La Cour de cassation avait déjà décidé que cette compétence s'étendait à toute la circonscription dans laquelle la loi ou les règlements permettent aux officiers de police judiciaire d'exercer leurs fonctions habituelles » (article C. 49). L'article C. 51 reprend une formule identique à l'égard des officiers et gradés de la gendarmerie²²³. Au-delà de la règle selon laquelle la police

²²⁰ Cette querelle est généralement traitée dans le domaine de la police judiciaire ; voir, par exemple, LE CLÈRE (Marcel), *La police métropolitaine et d'outre-mer*, Charles-Lavauzelle, Paris, 1951, 204 p.

²²¹ Voir BESSON (Antonin), VOUIN (Robert), ARPAILLANGE (Pierre), *Code annoté de procédure pénale (titre préliminaire, livre premier)*, Litec, Paris, 1958, 314 p. ; voir p. 20.

²²² Voir LE CLÈRE (Marcel), « La nouvelle compétence territoriale des officiers de police judiciaire » in *Revue des sciences criminelles* 1959, p. 353 et suivantes.

²²³ D'un point de vue prétorien, il convient de mentionner les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation : Cour de Cassation, chambre criminelle, 31 janvier 1952, *bulletin criminel*, numéro 35 ; Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 novembre 1952, *bulletin criminel* numéro 253 ; Cour de Cassation, chambre

judiciaire ne peut s'exercer que dans le cadre d'une circonscription ou d'un ressort territorial qui commande la validité de ses actes, le législateur a souhaité exprimer une autre règle, à savoir celle que les membres de la force publique ne peuvent agir qu'en vertu du principe de territorialité. Une telle position ne fait d'ailleurs que prendre en considération l'existence d'une force publique dotée d'un pouvoir propre de contrainte ; effectivement, une force publique purement manœuvrière n'impliquait pas que son action fût enfermée dans une circonscription. Aussi, Laferrière pouvait soutenir justement « qu'aucun texte de loi ne limite la compétence territoriale des agents de la force publique »²²⁴.

Puisque celle-ci était conçue comme un instrument passif destiné à exécuter la volonté d'une autorité, elle pouvait emprunter la compétence territoriale de ladite autorité. L'illustre comte de Guibert, dans son ouvrage cardinal qui traite de la force publique²²⁵, force publique dont il envisage tous les problèmes, ne fait pas mention de la compétence territoriale. Cependant, dès lors que cette force publique se voyait attribuer un pouvoir propre de contrainte, il fallait limiter son champ d'action à une portion précise du territoire national. L'on peut ici se référer à la loi du 18 novembre 1985, loi qui a étendu à tous les agents de la force publique les règles de la compétence territoriale jusque-là applicables aux seuls officiers de police judiciaire²²⁶. Cette solution répond bien à la logique dictée par les fondements de la compétence territoriale de la force publique.

122. La compétence territoriale repose, en effet, sur deux fondements : le premier fondement est d'ordre politique, à savoir la protection des libertés publiques ; le second fondement est davantage pragmatique, et ce fondement concerne la gestion des forces de police et de gendarmerie. La compétence territoriale est particulièrement importante en ce sens qu'elle vise à protéger la liberté des êtres humains vivant au sein du territoire de la République française. À cette fin, il était particulièrement souhaitable que le pouvoir coercitif dont jouissent les fonctionnaires de police et les militaires de la gendarmerie fût strictement encadré dans le cadre d'un ressort territorial. En outre, la compétence territoriale vise également à une gestion plus rationnelle des forces de police et de gendarmerie, à l'instar des autres administrations de l'État. Le Professeur Charles Eisenmann remarquait que, « hormis le cas d'un État lilliputien, il devient pratiquement nécessaire de faire

criminelle, 17 février 1953, *bulletin criminel*, numéro 57 ; Cour de Cassation, chambre criminelle, 19 janvier 1956, *bulletin criminel* numéro 81.

²²⁴ LAFERRIÈRE, *Le gendarme dans l'exercice de la police judiciaire*, thèse soutenue à l'Université de Dijon, 1932, C. Leblond, Moulins, 133 p. ; voir p. 60.

²²⁵ GUIBERT (Jacques Antoine Hippolyte, comte de), *De la force publique considérée dans tous ses rapports*, (1790), Economica, Paris, 2005, 92 p.

²²⁶ Loi numéro 85-1196, *Journal officiel de la République française* du 19 novembre 1985, p. 13398 ; cette loi fut complétée par la loi en date 31 décembre 1987, loi numéro 87-1130.

accomplir une partie des actes de ces tâches (assignées à une administration d'État) par des organes de circonscriptions »²²⁷. « Il est impossible de (les) laisser confiées uniquement à des organes centraux, sans spécialisation géographique ».

La nécessité d'assurer le « maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu », selon la formule de nos illustres Révolutionnaires (formule qui est tirée du Code du 3 brumaire an IV, en son article 19), impliquait de manière effective, pour la police matérielle aussi bien que pour la police normative, une répartition de la force publique entre diverses circonscriptions. Dans cette optique, la gestion rationnelle de la force publique constitue bien le moyen de la sécurité que l'État a l'impérieux devoir d'assurer à tout être humain vivant en son sein.

123. Aussi méconnue que la question de la compétence territoriale puisse encore l'être au sein des tribunaux, cette question est d'une importance majeure, eu égard à ses fondements, mais eu égard également à la sanction qui s'y attache. Effectivement, en matière de police judiciaire à l'instar de l'ensemble de la procédure pénale, les violations des règles relatives à la compétence sont, en principe, sanctionnées d'une nullité d'ordre public. « Toute compétence est d'ordre public et d'intérêt général en matière pénale », écrivait le Professeur Garraud²²⁸. La seule constatation d'une violation des règles de compétence doit, subséquemment, engendrer la sanction de la nullité, de manière automatique puisque celle-ci échappe à la condition du grief²²⁹.

La réforme de la loi du 4 janvier 1993 bouleversa ce schéma en organisant des cas de nullités textuelles automatiques et des nullités virtuelles à grief ; cette loi fut abrogée par la loi du 24 août 1993. (Voir Code de procédure pénale en ses articles 171 et 802.) Une telle nullité devrait d'ailleurs pouvoir être invoquée d'office et à tout moment de la procédure (voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 24 février 1982, *JCP* 82, II, 19906, note Chambon.) Cependant, la Cour de Cassation paraît, de manière implicite, avoir adopté une solution différente, en affirmant que doit être invoquée *in limine litis* la prétendue nullité tenant aux conditions dans lesquelles les agents de

²²⁷ EISENMANN (Charles), *Cours de droit administratif*, tome 1er, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982, 786 p. ; voir spécialement, p. 211.

EISENMANN, Charles (1903-1980). Pays : France, langue : français, naissance : 1903, mort : 1980. Biographie : Il fut Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg ; Source : Bibliothèque Nationale de France. <http://data.bnf.fr/11901615/charles_eisenmann/>

²²⁸ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, Paris, 1912, tome troisième, 630 p.

²²⁹ Voir, en ce sens, ANGEVIN (H.), *Pratique de la chambre d'accusation, traité formulaire*, Litec, Paris, 1994, pp. 115 et suivantes ; PRADEL (Jean), *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 17ème édition, 976 p. ; RASSAT (Michèle-Laure), *Procédure pénale*, Presses universitaires de France, collection « droit fondamental », deuxième édition, pp. 664 et suivantes. S'agissant de la jurisprudence, voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 novembre 1976, *bulletin criminel* numéro 334 ; Cour de Cassation, chambre criminelle, 26 juin 1979, *bulletin criminel* numéro 230.

police judiciaire auraient procédé aux constatations de l'enquête préliminaire (voir, l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 novembre 1996, « Pinon », Juris-Data numéro 005172). La Cour considère que cette règle de l'invocation d'une nullité *in limine litis* « s'applique à toutes les nullités mêmes substantielles touchant à l'ordre public, sauf celles qui affectent la compétence juridictionnelle... ». Cette question est donc d'importance. Pour la défense, cette question peut lui permettre d'obtenir l'annulation du procès-verbal qui pourra, si celui-ci fonde les poursuites, provoquer par voie de conséquences la nullité de toute la procédure.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que la défense semble apparaître plus attentive qu'autrefois à cette question, même si celle-ci demeure encore l'ignorer. Ainsi, a-t-il été rappelé que la compétence territoriale d'une brigade de recherches de gendarmerie implantée au chef-lieu du département s'étend à l'ensemble de cette circonscription par l'application de l'article 18, alinéa premier, du Code de procédure pénale²³⁰. En l'occurrence, la personne qui était soumise à une enquête, demandait l'annulation du procès-verbal d'audition du témoin, au motif que ce dernier avait été entendu par les gendarmes d'une brigade des recherches sans l'assistance d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. De la même manière, la chambre criminelle de la Cour de Cassation admit que les officiers de police judiciaire puissent rechercher des renseignements hors de leur circonscription par le biais du téléphone ou bien encore de la télécopie²³¹.

Enfin, la juridiction judiciaire suprême a également rappelé aux juges du fond que les fonctionnaires de la direction régionale de la police judiciaire de Paris « exercent leurs fonctions dans toute l'étendue du ressort de cette direction qui comprend la ville de Paris et les départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, et qu'ils peuvent donc y agir en enquête préliminaire comme en flagrance »²³². En l'occurrence, dans le cadre d'une affaire de trafic de stupéfiants, les fonctionnaires de police parisiens avaient eu une information dans la ville de Pantin, où ils avaient effectué une opération d'achat, avant de se transporter à Paris, sur le lieu du rendez-vous. Enfin, la Cour de Cassation a également eu l'occasion de statuer sur la compétence territoriale d'officiers et agents de police judiciaire constatant une contravention, un prévenu ayant soulevé l'incompétence territoriale de ceux-ci, et partant, la nullité de leur procès-verbal de constatations

²³⁰ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juillet 1994, « Besson », *bulletin criminel* numéro 279 et *JCP* 94, IV, 2442.

²³¹ Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 10 janvier 1995, « Benetier », *bulletin criminel* numéro 13.

²³² Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 29 juin 1993, « Alemany et autres », *bulletin criminel* numéro 228.

d'un refus de priorité²³³. En l'occurrence, la Cour de Cassation refuse d'y faire droit, car l'endroit où a été constatée la contravention entre dans le pouvoir souverain d'appréciation des faits et circonstances de la cause contradictoirement débattus. Le demandeur soutenait que la constatation avait été effectuée hors circonscription.

La compétence territoriale permet donc à la fois une meilleure protection des libertés publiques ainsi qu'une plus forte garantie de la sécurité. Autrement dit, cette compétence leur garantit une double protection à la fois juridique mais également matérielle. Ces deux fondements qui la gouvernent, permettent de conclure que la compétence territoriale doit trouver application dans l'ensemble de la matière policière à savoir dans le cadre de la police judiciaire et de la police administrative.

124. Le lien de rattachement. La connaissance du ressort territorial d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie constitue une condition préalable en vue de définir leur compétence territoriale. Toutefois, il convient également de connaître quelles matières ressortissent de leurs compétences. Cette dernière considération exprime le concept du lien de rattachement entre une situation juridique et un service de police ou de gendarmerie. La question de ce lien de rattachement s'applique à la force publique mais également à d'autres institutions administratives. Selon le Professeur Charles Eisenmann, chacun des organes administratifs connaît « des actes intéressant spécialement la circonscription à laquelle il est, pour ainsi dire, attaché, [...] pour une des raisons suivantes : lien direct ou lien indirect ».

Pour le Professeur Eisenmann, le premier lien consiste dans « la relation entre la personne elle-même et le territoire, [...] relation de droit telle que le domicile..., ou relation de pur fait, physique, la simple présence sur le territoire, indépendamment du domicile ou de l'habitation ». Le lien indirect s'opère, quant à lui, par « l'intermédiaire d'un bien », la règle prenant « pour critères la situation du bien », tout en faisant « à travers lui [...], les personnes qui sont en effet les seuls sujets des règles de droit »²³⁴. Dans cette acception, police et gendarmerie sont donc compétentes dès lors qu'existe une relation, quelle qu'elle soit, entre telle situation juridique et le service. Ils pourraient se considérer comme étant valablement saisis, dès lors que la victime réside dans leur circonscription d'affectation ou bien qu'elle y dépose plainte.

²³³ Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 10 janvier 1995, « Benoît », requête numéro H 92-80. 782.

²³⁴ EISENMANN (Charles), *Cours de droit administratif*, tome premier, précité, voir p. 211 et pp. 502-503.

S'attachant à la compétence des tribunaux, les pénalistes ont mis en lumière trois critères, à savoir le critère du lieu de commission de l'infraction, le critère de l'arrestation de l'auteur présumé et enfin, le critère du domicile de l'auteur présumé. Il convient ici de mentionner, sous l'angle du droit pénal international, que le droit français a adopté le principe de la territorialité ; l'infraction est « réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » (Code pénal, article 113-2) ; pour ce qui concerne les navires qui battent pavillon français ou encore les aéronefs immatriculés en France, ceux-ci sont considérés comme étant une parcelle du territoire de la République française (Code pénal, article 113-3 et 113-4).

Toutefois, s'agissant des infractions commises à l'étranger, le droit français applique également les principes de la personnalité active (Code pénal, article 113-6), les principes de la personnalité passive (Code pénal, article 113-7) ou bien de la compétence universelle (Code de procédure pénale, article 698). La loi édicte alors que la juridiction compétente est celle du lieu de résidence du prévenu, celle de sa dernière résidence connue, celle du lieu où il a été trouvé, celle du lieu de résidence de la victime ou bien encore celle du lieu d'atterrissage de l'aéronef lorsque l'infraction a été commise à bord de celui-ci ou à son encontre ; enfin, quand aucun de ces liens de rattachement ne peut trouver application, c'est la juridiction de Paris qui est compétente (Code de procédure pénale, article 193).

La question relative au lien de rattachement autorise à affirmer qu'est compétent tout service de police ou de gendarmerie dans la circonscription duquel se déroule un trouble à l'ordre public, que ce trouble soit le fait d'une personne ou d'une chose. Il reste à déterminer quel est le service compétent entre celui de la gendarmerie ou celui de la police. Cette question constitue un problème qui n'a jamais été tranché par la législation française, car les deux paraissent avoir une compétence concurrente. La règle souvent présentée consiste en ce que la gendarmerie jouirait d'une compétence dans les campagnes et la police nationale dans les villes. Cette règle ne repose sur aucun fondement juridique expressément écrit. Cette règle était tirée d'une interprétation de la loi datée du 23 avril 1941 (loi abrogée par la loi numéro 95-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, loi datée du 21 janvier 1995).

Quant à l'article trois de la loi du 28 germinal an VIII, celui-ci édicte seulement que le service de la gendarmerie est « particulièrement destiné à la sûreté des campagnes... ». La loi précitée du 21 janvier 1995 a notamment pour but de régler cette difficulté de répartition des compétences entre les deux grands services de l'État en matière de sécurité publique²³⁵. Les décrets numéro 96-74 et

²³⁵ Voir l'annexe de la loi contenant le rapport sur les orientations de la politique de sécurité qui concerne les « moyens de l'État », *Journal officiel de la République française* du 24 janvier 1995, p. 1954.

numéro 96-828 aménagèrent la collaboration entre les forces de police et les forces de gendarmerie (Code de procédure pénale, article D. 5 et article D.6.). La question de la compétence entre les services de la police nationale et les services de la gendarmerie nationale répond aux préoccupations des auteurs du Code d'instruction criminelle pour qui « il importait [...] d'empêcher que les parties puissent se soustraire au commissaire de police auquel elle devait naturellement s'adresser, pour aller plus loin en chercher un autre... »²³⁶.

Cette règle précise également la territorialité du droit étudiée par Jean-Louis Berger, évoquant la nécessité de l'existence des circonscriptions pour des raisons relevant de l'ordre et d'une bonne administration. Il conclut que « [...] les personnes rattachées à ce ressort le sont aux autorités correspondantes. Ce rattachement revêt une importance toute particulière en matière judiciaire...»²³⁷.

125. Le lien de rattachement judiciaire : une interprétation stricte. En matière de police judiciaire, le lien de rattachement doit être caractérisé par les critères de compétence du tribunal de grande instance dont dépendent les services de police et de gendarmerie en charge des enquêtes de police judiciaire. En effet, l'officier de police judiciaire ne peut traiter, pour attirer les auteurs devant le tribunal de rattachement, que des affaires pour lesquelles ce dernier est territorialement compétent. De manière corrélatrice, le procureur de la République ne peut donner des instructions aux officiers de police judiciaire que s'il est compétent d'un point de vue territorial.

Dans cette optique, l'officier de police judiciaire n'est compétent que dans la mesure où il peut caractériser entre l'affaire donnée et sa circonscription de rattachement, un des liens exprimés à l'article 382 du Code de procédure pénale, à savoir le critère relatif au lieu de commission de l'infraction, le critère qui se rapporte au lieu d'arrestation de l'auteur de l'acte et le critère qui concerne le lieu du domicile de celui-ci.

Dans le domaine contraventionnel, il conviendra également de se référer au critère du lieu de commission ou de constatation de l'infraction, ou bien encore du lieu de la résidence du prévenu, voire du lieu du siège de l'entreprise pour certaines infractions de nature économique. L'officier de police judiciaire pourra également caractériser la relation entre une affaire donnée et sa circonscription d'affectation en se fondant sur l'un des liens visés à l'article 193 du Code de

²³⁶ Déclaration de CAMBACÉRÈS, au cours de la discussion du Code d'instruction criminelle, séance du 21 fructidor an XII, *LOCRÉ (Jean-Guillaume), La législation civile, commerciale, et criminelle de la France*, tome XXIV, p. 139.

²³⁷ BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, collection « les méthodes du droit », 2003, 374 p.

procédure pénale. L'officier de police judiciaire emprunte donc la compétence du tribunal de grande instance duquel il dépend.

126. Le lien de rattachement judiciaire : l'extension jurisprudentielle. Force est cependant de constater que la logique juridique peut se trouver parfois bousculée, par une approche pragmatique de la Cour de Cassation laquelle, dans deux arrêts, semble avoir examiné différemment la compétence territoriale des officiers de police judiciaire.

Dans la première affaire étudiée, un officier de police judiciaire avait enregistré les déclarations de la concubine d'une personne, victime de violences avec armes commises dans une circonscription voisine, circonscription qui était située dans le ressort de leur tribunal de rattachement. Le fonctionnaire de police avait entendu deux témoins et celui-ci avait rendu compte au procureur de la République qui lui avait prescrit de se transporter sur les lieux de l'agression, d'y effectuer les investigations nécessaires, une information étant ensuite ouverte contre personne dénommée, information pour chef d'assassinat. La Cour de Cassation censura la chambre d'accusation laquelle avait conclu à la violation des règles de la compétence territoriale en considérant que « les dispositions de l'alinéa deux de l'article 18 du Code de procédure pénale [...] n'exige pas que l'infraction portée à la connaissance de l'officier de police judiciaire ait été commise dans la circonscription où il exerce ses fonctions habituelles... »²³⁸.

La chambre d'accusation de la Cour d'appel de Rouen avait, sur le fondement de l'incompétence territoriale, annulé l'enquête de flagrance et l'instruction consécutive, à l'exception de la dénonciation. Sans se pencher sur l'évolution relative à l'extension de compétences, il convient de mentionner que, s'agissant de la compétence ordinaire, la chambre criminelle admet qu'un officier de police judiciaire puisse se saisir valablement de faits alors que n'était caractérisé aucun des critères de rattachement, dans une hypothèse où le parquet compétent était son parquet de rattachement.

Dans la seconde affaire, les officiers de police judiciaire qui n'étaient pas compétents *ab initio* avaient usé d'une extension de compétence territoriale. En l'espèce, une personne victime d'un viol était venue déposer plainte dans leur commissariat, alors que les faits avaient été commis dans un ressort judiciaire limitrophe. Les enquêteurs avaient aussitôt ouvert l'enquête, requis un médecin à l'effet de procéder à l'examen de la victime, avaient convoqué l'auteur domicilié dans ledit ressort, auteur qui fut placé en garde à vue, avaient confronté les intéressés, avant de se rendre sur les lieux des faits, puis de présenter l'auteur au procureur du lieu des faits. Répondant à l'argumentation de l'auteur des faits criminels, qui soutenait l'incompétence territoriale des enquêteurs, la Cour de

²³⁸ Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 25 juillet 1990, *bulletin criminel* numéro 293.

Cassation a affirmé « qu'il ne résulte ni de l'article 18, alinéa un et alinéa trois, ni de l'article 54 du Code de procédure pénale que la compétence des officiers de police judiciaire en matière de crime ou de délit flagrant soit limitée aux seuls faits commis dans les limites territoriales où ils exercent leurs fonctions habituelles » (Cour de Cassation, chambre criminelle, 26 février 1991, « X... », *bulletin criminel* numéro 96).

La juridiction judiciaire suprême a souligné que ceux-ci ont procédé aux premières constatations et investigations utiles dans leur circonscription d'affectation, puis ceux-ci ont usé d'une extension de compétence dans le ressort du tribunal de grande instance limitrophe, ce qu'il pouvait valablement faire dans le cadre d'une enquête de flagrance. Cet arrêt emporte ainsi deux conséquences importantes. En premier lieu, les officiers de police judiciaire peuvent se considérer comme étant valablement saisis d'une plainte pour des faits commis dans leur circonscription et entreprendre toutes investigations utiles dans leur circonscription, voire user d'une extension spontanée. Ensuite, ils peuvent solliciter des instructions du parquet compétent, autre que le leur, afin de lui présenter le ou les auteurs. Par hypothèse, une telle solution semble pouvoir n'être pratiquée que dans le cadre d'une enquête de flagrance, le policier pouvant agir de manière spontanée. En effet, dans le cadre d'une enquête préliminaire, l'officier de police judiciaire devrait solliciter une instruction de son parquet. Or ce dernier, radicalement incompétent pour cette affaire, ne pourrait valablement donner la réquisition nécessaire. La compétence territoriale des officiers de police judiciaire paraît donc, aux yeux de la Cour de Cassation, ne pas être nécessairement calquée sur celle du procureur de la République dont il relève.

En outre, les mécanismes de la connexité et de l'indivisibilité permettent d'étendre la compétence territoriale d'un procureur de la République ou d'un juge d'instruction, et, partant, de l'officier de police judiciaire qui agit sous leur direction, respectivement dans le cadre d'une enquête de police ou d'une commission rogatoire. La juridiction judiciaire suprême a rappelé « qu'en vertu des dispositions combinées des articles 45, 52 et 203 du Code de procédure pénale, applicables même en cas d'indivisibilité, la compétence du procureur de la République et du juge d'instruction, à raison du lieu de commission d'un crime ou d'un délit quelconque, s'étend aux infractions connexes de toute nature commises en dehors de leur circonscription »²³⁹.

En l'occurrence, il s'agissait du rejet du pourvoi et de la confirmation de l'arrêt de la chambre d'accusation qui avait refusé d'annuler le réquisitoire introductif et la procédure subséquente pour s'être déclarée compétente de faits, alors qualifiés en tant que crimes, de soustraction d'enlèvement des pièces par un dépositaire public commis dans un autre arrondissement judiciaire. Pour être

²³⁹ Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 2 mai 1994, « Payet », *bulletin criminel* numéro 59.

précis, il convient de mentionner que la technologie moderne permet une extension de la compétence territoriale.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a pu considérer que « [...] si, selon l'article 18, alinéa premier, du Code de procédure pénale, les officiers de police judiciaire n'ont, en principe, compétence que dans les limites territoriales où ils exercent leurs fonctions habituelles, rien ne leur interdit de recueillir des renseignements en dehors de leur circonscription par téléphone, télécopie ou tout autre moyen de communication, la valeur des renseignements ainsi obtenus étant soumise à la discussion contradictoire des parties et à l'appréciation des juges ». De cette manière, ce « procédé exclusif de tout déplacement » autorise l'officier de police judiciaire à conduire des enquêtes à distance, hors de sa circonscription, telle qu'elle est définie par les textes (Cour de Cassation, chambre criminelle, 10 janvier 1995, « Benetier », *Bulletin criminel*, n° 13).

Enfin, peut se poser le cas dans lequel le lieu de commission de l'infraction s'avère être inconnu, et aucun critère de rattachement ne peut dès lors être mis en œuvre. Par exemple, s'agissant de la découverte du cadavre d'une personne non identifiée, tuée par un ou plusieurs autres également non identifiés, la Cour de Cassation considère que le lieu de la découverte est le « lieu présumé de l'infraction en l'absence de tout élément sur l'identité de la victime de l'auteur.»²⁴⁰

L'auteur présumé s'était dessaisi au profit de son collègue du domicile du mis en examen et du lieu de l'interpellation de celui-ci. La juridiction judiciaire suprême prit soin de préciser que ce dessaisissement n'impliquait « aucunement que le juge d'instruction ait perdu tout critère de compétence, dès lors que le lieu du décès de la victime n'est toujours pas connu ». L'arrêt attaqué avait précisé que « les critères de compétence territoriale ne sont pas exclusifs les uns des autres, mais cumulatifs ».

127. Détermination des circonscriptions de police. La définition des circonscriptions de police, comprises au sens large de circonscriptions de la force publique, a connu une évolution de ses règles en raison du partage de la compétence, autrefois réservée au pouvoir exécutif. C'est dans ce cadre juridique nouveau que doivent être créées les circonscriptions de police et de gendarmerie.

128. Règles de détermination. La compétence partagée. À la différence de l'exercice par la force publique de ses pouvoirs tirés du droit public, la mise en œuvre de ses moyens puisés dans le droit pénal, parce qu'elles aboutissent à saisir les juridictions judiciaires, a posé le problème de savoir qui, de l'autorité judiciaire ou du pouvoir exécutif, doit déterminer les circonscriptions de police ou de gendarmerie. Le législateur est revenu sur le principe dont l'application a été laissée au décret.

²⁴⁰ Cour de Cassation, chambre criminelle, 25 juin 1996, « Amhaz », *Juris-Data* numéro 003417 ; *Revue des procédures*, octobre 1996.

129. Le principe de la compétence partagée. Le législateur avait confié au pouvoir exécutif le soin exclusif de déterminer les limites des circonscriptions de la force publique. L'autorité judiciaire se contentait alors d'enregistrer leur existence et de les utiliser dans l'exercice de la police judiciaire. Qu'il s'agisse de créer ou de modifier une circonscription, le pouvoir exécutif était seul compétent, le ministre de l'Intérieur pour la police nationale, le ministre de la Défense pour la gendarmerie nationale. À cet état du droit, la loi du 1er février 1994²⁴¹ est venue apporter une modification importante en associant l'autorité judiciaire au pouvoir décisionnel, par le canal du garde des Sceaux. En effet, il est désormais prévu que les modalités de création des services ou unités de police judiciaire ainsi que leurs critères de compétence territoriale sont fixés par décret en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre de la Justice et du ministre intéressé (Code de procédure pénale, article 15-1). Le législateur a également associé l'autorité judiciaire au ministre de tutelle concerné pour la détermination des catégories de services ou unités œuvrant à la police judiciaire (ibidem).

Tout en confiant à l'autorité judiciaire un pouvoir que, jusqu'alors, il lui avait refusé en ce qui concerne la détermination de la compétence territoriale de la force publique agissant dans le domaine de la police judiciaire, le législateur de 1994 n'a pas modifié ce que l'on pourrait appeler le système de la circonscription, système dans lequel les agents voient leur compétence territoriale attribuée en fonction de leur rattachement à une portion du territoire, sans qu'il soit possible de leur en accorder une en considération de leur grade ou de leurs services.

Ainsi, les arrêtés ministériels qui étendaient la compétence des officiers de police judiciaire de certaines sûretés urbaines à l'instar de celle de Lyon à des communes dans lesquelles le régime de la police d'État n'avait pas été institué, ne présentaient pas une très grande orthodoxie juridique. La loi continue, en principe, à prohiber ce que l'on pourrait dénommer le système de la compétence territoriale personnalisée, système dans lequel la compétence territoriale est fixée en se fondant sur les corps de policiers ou de gendarmes. Le décret daté du 28 mars 1852 étendait la compétence territoriale des commissaires de police au canton dans lequel était située leur circonscription et le décret du 7 juillet 1941 qui, en application de la loi du 23 avril 1941, accordait compétence sur toute l'étendue de la région au commissaire de police de sécurité publique, aux officiers, aux gradés et gardiens de la paix, et sur tout le territoire, aux commissaires et inspecteurs de la police judiciaire et des renseignements généraux. Encore que l'on ait pu découvrir une entorse à ce principe dans une autre disposition législative de la loi du 1er février 1994 susvisée, disposition au terme de laquelle « les officiers de police judiciaire des circonscriptions de sécurité publique ont compétence dans l'étendue de la circonscription où ils exercent leurs fonctions habituelles et des autres

²⁴¹ Loi numéro 94-89, *Journal officiel de la République française* du 2 février 1994, p. 1803.

circonscriptions de sécurité publique sises dans l'ensemble du ressort du tribunal de grande instance » (article 4-II) qui instaurait cette règle dès l'entrée en vigueur de la loi et jusqu'à celle du décret prévu à l'article premier de ladite loi. Cette disposition fut reprise par l'article R. 15-20 du Code de procédure pénale. Il aboutit évidemment, dans les départements où n'existe qu'un seul tribunal de grande instance, à donner aux officiers de police judiciaire une compétence pour l'ensemble des circonscriptions de police d'État du département et non pas, selon une interprétation erronée, à tout le territoire du département.

Effectivement, cette règle ne peut guère se concevoir dans un système dans lequel la compétence territoriale est attribuée en considération d'une circonscription, sauf à considérer qu'elle revient à aménager une extension permanente de compétence territoriale, ce qu'il eût mieux valu d'affirmer clairement du point de vue du droit.

130. Application du principe : l'acte créant ou modifiant les circonscriptions de police. La loi en date du 1er février 1994 avait prévu, dans son article 4-I, un régime transitoire selon lequel les services de police judiciaire alors existants conservaient leurs attributions et leurs limites territoriales jusqu'à l'entrée en vigueur du décret pris en application de l'article 15-1 du Code de procédure pénale. Le décret daté du 9 mai 1995 est venu mettre un terme à cet état transitoire²⁴².

Le décret du 9 mai 1995 a introduit dans la partie réglementaire du Code de procédure pénale une section consacrée aux services et unités de police judiciaire et une autre relative aux officiers et agents de police judiciaire qui exercent leur mission dans des véhicules affectés au transport collectif de voyageurs (se référer aux articles R. 15-18 à 15-33 dudit code). Conformément aux dispositions légales, ce texte détermine les catégories de services de la police nationale et de la gendarmerie nationale dans lesquels les officiers et agents de police judiciaire exercent leurs fonctions habituelles tout en édictant les modalités de leur création et leurs critères de compétence territoriale (article R. 15-18 et suivants du Code de procédure pénale).

En application de la loi du 1er février 1994 précitée, le décret édicté sur le rapport du ministre de la Justice ainsi que des ministres de la Défense et de l'Intérieur fixe les critères de création ou de suppression des services et unités de police judiciaire ainsi que de délimitation des ressorts territoriaux de police judiciaire.

²⁴² Décret numéro 95-161 modifiant le Code de procédure pénale, Deuxième partie : décrets en Conseil d'État et relatifs à la police judiciaire, décret publié au *Journal officiel de la République française* du 10 mai 1995, p. 7713.

Du point de vue de la création des services et unités de police judiciaire, donc du point de vue de la détermination des circonscriptions, ledit décret ne détermine en principe pas sauf exception, l'étendue des circonscriptions de police ou de gendarmerie, mais il se contente de fournir les critères de leur délimitation, notamment en vue d'indiquer les extensions de compétence territoriale possible à certains services. Le décret susvisé n'est pas parvenu à calquer les circonscriptions de police ou de gendarmerie sur le ressort des juridictions répressives, afin de permettre aux autorités visées aux articles 12 et 13 du Code de procédure pénale, et plus particulièrement au procureur de la République, d'exercer les missions de direction, de surveillance et de contrôle qui leur sont légalement imparties.

S'agissant de l'acte juridique de création des services, le décret susvisé prévoit que celle-ci résulte d'un décret si la compétence territoriale de ceux-ci excède les limites d'un département et, dans le cas contraire, d'un arrêté du ministre intéressé, à savoir le ministre de l'Intérieur ou de la Défense (sur le fondement de l'article R. 15-21 du Code de procédure pénale pour la police, et sur le fondement de l'article R. 15-26 pour la gendarmerie nationale). À ce principe sont apportées, pour la police nationale comme pour la gendarmerie nationale, quelques exceptions sur le fondement du Code de procédure pénale en son article R. 15-21 alinéa troisième et en son article R. 15-26 alinéa troisième. Sous le prisme de la modification de la compétence territoriale, le décret du 9 mai 1995 prévoit simplement l'application des règles du parallélisme des formes (Code de procédure pénale, article R. 15-21, alinéa deux et R. 15-26, alinéa deux). Toutes autres dispositions contraires antérieurement existantes doivent donc être considérées comme étant abrogées. Il en va ainsi de l'article trois du décret du 10 septembre 1935 relatif à la gendarmerie qui prévoyait que les modifications apportées à l'assiette des brigades sont prononcées par le ministre des Armées.

L'autorité judiciaire a, par la loi du 1er février 1994, obtenu trois pouvoirs dans le domaine de la compétence territoriale. Tout d'abord, elle participe à l'édiction des critères de détermination des circonscriptions de police ou de gendarmerie, objet du décret du 9 mai 1995. L'autorité judiciaire voit sa compétence consacrée pour créer les services et unités de police judiciaire dont la compétence territoriale excède les limites d'un département, donc pour fixer les circonscriptions de police ou de gendarmerie. Enfin, l'autorité judiciaire est compétente pour modifier la compétence territoriale des services de police judiciaire lorsque celle-ci excède les limites d'un département à savoir à l'égard des services à compétence nationale, interrégionale, régionale et interdépartementale.

Corrélativement, chacun des ministres concernés, à savoir le ministre de la Défense et le ministre de l'Intérieur, ont conservé le pouvoir de décider des limites territoriales des circonscriptions de gendarmerie et de police lorsque la compétence territoriale des services intéressés s'exerce à l'intérieur d'un département sous la réserve, en ce qui concerne la police

nationale, des sûretés départementales situées dans un département où existent plusieurs tribunaux de grande instance (création par décret : Code de procédure pénale, article R. 15-21, alinéa troisième). Pour ce qui concerne la gendarmerie nationale, des unités de gendarmerie spécialisées peuvent être créées (création par voie d'arrêté sur le fondement de l'article R. 15-26, alinéa trois du Code de procédure pénale). Dans le cadre de cette réglementation sont déterminées les circonscriptions de police et de gendarmerie.

131. Les circonscriptions de police et de gendarmerie. Après avoir prévu les règles qui, à l'avenir, régiront la détermination des circonscriptions, le décret du 9 mai 1995 a édicté, en son article trois, que les services et unités de police judiciaire existants à son entrée en vigueur conservent ou acquièrent la compétence territoriale qu'il définit. C'est dire que les services actuellement existants conservent la compétence territoriale qu'ils avaient jusqu'alors, dès lors que le décret du 9 mai 1995 n'apporte à cette compétence territoriale aucune modification par une disposition immédiatement applicable. À l'analyse, aucun changement ne pourra intervenir dans cet ordonnancement, autrement que par la voie d'un acte créateur ou modificatif prévu par la loi. Fondée sur le système de la circonscription, la compétence territoriale ordinaire telle qu'elle ressort du décret du 9 mai 1995 prend d'abord en considération une distinction entre les services territoriaux traditionnels et ceux qui exerçant leur mission dans les transports collectifs de voyageurs, impliquent nécessairement la mise en œuvre d'une compétence territoriale spéciale dénommée la compétence territoriale linéaire.

2) La compétence territoriale traditionnelle.

132. Le décret du 9 mai 1995 répartit la compétence territoriale traditionnelle en cinq groupes: la compétence nationale, la compétence sur le ressort d'une ou de plusieurs cours d'appel, la compétence sur le ressort d'un ou de plusieurs tribunaux de grande instance, la compétence sur le ressort d'un seul tribunal de grande instance, la compétence sur le ressort d'une partie de celui-ci. Si l'application de règles fixées par ce décret entraîne l'extension de la compétence territoriale des services et unités actuellement existants, les officiers de police judiciaire qui y sont affectés ne pourront mettre en œuvre cette nouvelle compétence qu'après modification de l'arrêté d'habilitation, à moins que ce dernier ne se soit borné à indiquer que la compétence territoriale de l'officier de police judiciaire était celle de son service d'affectation (circulaires du ministre de la Justice S. L. 1540-1-C et circulaire S. L. 1538-22 du 12 mai 1995, p. 3.).

133. Compétence nationale. Avant même que le décret du 9 mai 1995 ne vienne l'édicter, le pouvoir exécutif pouvait, dans le but de lutter contre certaines formes de criminalité, créer des offices, dont la compétence est nationale, au sein de la direction centrale de la police judiciaire. (Voir les instructions du ministre de l'Intérieur des 29 décembre 1967 et 5 mars 1968). On considérait, plus généralement, que tous les agents des divers services de cette direction jouissaient d'une compétence nationale²⁴³.

En effet, cette compétence nationale se trouvait justifiée par la dangerosité des comportements qu'ils combattent. Le décret en date du 9 mai 1995 a donc affirmé de manière expresse la compétence nationale de divers services de police et de gendarmerie pour des hypothèses similaires et pour d'autres également dictées par les nécessités de la sécurité. Ainsi, dans la police nationale, l'on peut citer l'exemple de la direction centrale de la police judiciaire. Il en va de même de la direction de la surveillance du territoire, de la sous-direction des courses et jeux (au sein de la direction centrale des renseignements généraux), dont la compétence était déjà reconnue implicitement ; il en va également du détachement de la police nationale auprès de la direction nationale des enquêtes douanières et de l'inspection générale de la police nationale (Code de procédure pénale article R. 15-18). Tel est le cas notamment des offices existants au sein de la direction centrale de la police judiciaire²⁴⁴.

Il en va de même, dans la gendarmerie nationale, de l'inspection technique de la gendarmerie nationale, de la section judiciaire de la gendarmerie de l'air (principalement pour les accidents d'avions militaires), de la brigade de recherches du groupement de gendarmerie maritime de l'Atlantique à Brest chargée des événements majeurs touchant la Marine nationale et de la brigade des recherches du groupement de la gendarmerie des transports aériens de Paris-Orly sur le fondement de l'article R. 15-22 du Code de procédure pénale.

134. La modification de circonscription. Les contours des circonscriptions des compagnies de gendarmerie départementale peuvent évoluer en fonction des nécessités d'adaptabilité du service public de la gendarmerie. Ainsi, la direction générale de la gendarmerie nationale peut édicter un arrêté portant modification des circonscriptions des compagnies de gendarmerie départementale. À

²⁴³ Voir, en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 24 avril 1975, *bulletin criminel* numéro 107.

²⁴⁴ Voir par exemple, l'Office central pour la répression de l'immigration irrégulière et de l'emploi d'étrangers sans titre créé par le décret numéro 96-691 du 6 août 1996 (*Journal officiel de la République française* daté du 7 août 1996, p. 11 971. Voir le décret numéro 96-694 du 6 août 1996 modifiant le Code de procédure pénale (article D. 3, D. 4, D. 8, D. 12), décret publié au *Journal officiel de la République française* du 9 août 1996, p. 12096.

titre d'exemple, la direction générale de la gendarmerie nationale édicta, le 28 juin 2003, un arrêté portant modification des circonscriptions des compagnies de gendarmerie départementale de Pau, Orthez et Oloron-Sainte-Marie (Pyrénées-Atlantiques)²⁴⁵.

L'arrêté procéda donc à un redécoupage des circonscriptions en prévoyant de manière précise le rattachement de villes à la compagnie de gendarmerie départementale compétente. Ainsi, la ville d'Arzacq-Arraziguet qui dépendait de la circonscription dévolue à la compagnie de gendarmerie départementale de la ville d'Orthez relève depuis le 1er décembre 2003 de la circonscription dévolue à la compagnie de gendarmerie départementale de Pau.

La puissance publique a pu également décider à travers la direction de la gendarmerie nationale, le 29 septembre 2003, de la dissolution de la compagnie de gendarmerie départementale de Versailles (Yvelines) et des modifications de la compagnie de gendarmerie départementale de Saint-Germain-en-Laye (Yvelines)²⁴⁶.

L'arrêté susvisé procède purement et simplement à la dissolution totale de la compagnie de gendarmerie départementale de Versailles. Par voie de conséquence, les brigades territoriales qui dépendaient organiquement de la compagnie départementale de Versailles sont rattachées à compter du 1er août 2003 à la compagnie de gendarmerie départementale de Saint-Germain-en-Laye. La circonscription de la compagnie de gendarmerie départementale de Versailles est donc dissoute.

Dans le cadre de la réorganisation des compagnies de gendarmerie départementale, les brigades territoriales qui composent la compagnie de gendarmerie départementale dissoute²⁴⁷ peuvent relever organiquement dans leur totalité à une autre compagnie de gendarmerie départementale (cas de la compagnie de gendarmerie départementale de Versailles) ou bien ces brigades territoriales peuvent être éclatées et, celles-ci dépendent donc dans le cadre de la circonscription nouvelle créée de plusieurs compagnies de gendarmerie départementale. Tel fut le

²⁴⁵ Cet arrêté fut publié au *Bulletin officiel des armées*, BOC/PP du 23 février 2004 numéro neuf, pp. 1241-1242.

²⁴⁶ Cet arrêté (NOR DEFG 0352712 A) fut publié au *Bulletin officiel des armées*, BOC/PP du 10 novembre 2003 numéro 46, p. 7158.

²⁴⁷ Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 8 juin 2005, « Commune de Belesta c. Ministre de la Défense », N° 265941, mentionné dans les tables du *recueil Lebon* ; Mme Hagelsteen, président, M. Alain Christnacht, rapporteur, M. Boulouis, commissaire du gouvernement. La décision de dissoudre une brigade territoriale de gendarmerie implantée dans une commune, qui se traduit par une modification du service rendu aux usagers du service public de la gendarmerie nationale dans cette commune, entre ainsi dans le champ des dispositions de l'article 24-1, introduit par le décret du 20 octobre 1999, du décret du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des préfets et à l'action des services et organismes publics de l'État dans les départements. Conformément à ces dispositions, une telle dissolution ne peut avoir lieu qu'après que le préfet a organisé une concertation locale à partir d'une étude d'impact réalisée par l'autorité qui est à l'origine du projet.

cas des brigades territoriales qui dépendaient de manière organique de la compagnie de gendarmerie départementale d'Embrun (Hautes-Alpes). La compagnie de gendarmerie départementale d'Embrun (Hautes-Alpes) fut dissoute à compter du 1er octobre 2003. Corrélativement, les brigades territoriales de cette formation furent rattachées à la même date aux compagnies de gendarmerie départementale de Gap et de Briançon. (Article premier de l'arrêté portant dissolution de la compagnie de gendarmerie départementale d'Embrun (Hautes-Alpes) et modifications des compagnies de gendarmerie départementale de Gap et de Briançon²⁴⁸).

Dans le domaine autoroutier, la direction générale de la gendarmerie nationale créa un peloton d'autoroute de saint-Romain-sur-Cher (Loir-et-Cher) par l'édiction de l'arrêté en date du 28 novembre 2003 (NOR DEFG 0353186 A)²⁴⁹. « Le peloton d'autoroute de Saint-Romain-sur-Cher (Loir-et-Cher) est créé le 1er décembre 2003 » (article premier de l'arrêté précité).

L'article deux de l'arrêté susmentionné prévoit une stricte compétence territoriale en précisant que les gradés gendarmes du peloton d'autoroute de Saint-Romain-sur-Cher exercent leurs attributions attachées à leur qualité d'officiers et d'agents de police judiciaire sur les autoroutes A 71 et A 85 ainsi que sur leurs voies d'accès implantées dans le ressort de la Cour d'appel d'Orléans dans les conditions fixées aux articles R. 13 à R.15-2 et R. 15-23 alinéa deuxième du Code de procédure pénale.

135. L'indispensable coopération entre la police nationale et la gendarmerie nationale. Les forces de police étant composées de quatre catégories dont les deux principales sont la police nationale et la gendarmerie nationale, il convient d'effectuer la meilleure répartition possible de leurs attributions et d'assurer leur coopération. C'est l'objet du décret n° 96-828 du 19 septembre 1996 qui prévoit en son article 2 que : « Dans les communes placées sous le régime de police d'État, la police nationale assure seule la responsabilité de l'exécution des missions de sécurité et de paix publiques. Dans les autres communes, la gendarmerie nationale assure seule la responsabilité de l'exécution de ces mêmes missions. »²⁵⁰

²⁴⁸ Cet arrêté (NOR DEFG 0352707 A) fut édicté par la direction générale de la gendarmerie nationale le 24 septembre 2003. Cet arrêté fut publié au *Bulletin officiel des armées*, BOC/PP du 10 novembre 2003, numéro 46, p. 7146.

²⁴⁹ Cet arrêté fut publié au *Bulletin officiel des armées*, BOC/PP du 1er janvier 2004 numéro un, p. 32.

²⁵⁰ Décret n° 96-828 du 19 septembre 1996 relatif à la répartition des attributions et à l'organisation de la coopération entre la police nationale et la gendarmerie nationale, NOR: INTC9600248D, *JORF* n°221 du 21 septembre 1996.

Dans les communes placées sous le régime de police d'État, la police nationale assure seule la responsabilité de l'exécution des missions de sécurité et de paix publiques. Dans les autres communes, la gendarmerie nationale assure seule la responsabilité de l'exécution de ces mêmes missions. (Article 2).

De plus, le décret n° 2010-770 du 8 juillet 2010 relatif à l'organisation de la coopération entre la police nationale et la gendarmerie nationale²⁵¹ prévoit qu'en application de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale qui rattache la gendarmerie nationale au ministère de l'Intérieur, le dispositif réglementaire relatif à l'organisation de la coopération entre la police et la gendarmerie nationales est modifié notamment pour attribuer une compétence exclusive au ministre de l'Intérieur dans l'exécution des missions de sécurité et de paix publiques. Par ailleurs, le contreseing du ministre de la Défense est supprimé de l'acte réglementaire nécessaire à l'établissement du régime de police d'État dans une commune ou un ensemble de communes.

De plus, il convient de mettre en lumière que pour permettre la continuité de l'exécution des missions de sécurité et de paix publiques sur un territoire urbain, il peut être créé par décret une circonscription interdépartementale de sécurité publique dont les limites excèdent celles d'un département. La circonscription est placée sous l'autorité du directeur de la sécurité publique de celui des départements auquel elle se rattache principalement. Ainsi, le décret n° 2005-1642 du 26 décembre 2005 relatif à la création de circonscriptions interdépartementales de sécurité publique²⁵² énonce que le directeur en charge d'une circonscription interdépartementale de sécurité publique est placé sous l'autorité du préfet de chacun des départements qu'elle couvre, pour la part de l'activité de cette circonscription ne relevant pas de la direction du procureur de la République, qui s'exerce dans les limites du département. » (Article 9.)

Enfin, il convient de mentionner le cas particulier de Paris. La direction de la Préfecture de police chargée des missions de sécurité et de paix publiques est compétente à Paris et dans les départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne. (Alinéa premier). La direction de la Préfecture de police chargée du maintien de l'ordre public et de la régulation de la circulation est chargée des opérations de maintien de l'ordre public à Paris et dans les départements

²⁵¹ NOR: IOCJ1008725D, *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2010, texte n° 12 ; voir par exemple l'arrêté du 24 octobre 2005 portant répartition des missions de sécurité et de paix publiques entre la police nationale et la gendarmerie nationale sur la zone d'activités commerciales (ZAC) de la commune de Jaux (Oise), NOR: INTC0500762A, *JORF* n° 262 du 10 novembre 2005, page 17633, texte n° 4.

²⁵² NOR: INTC0500357D, *JORF* n° 301 du 28 décembre 2005, texte n° 2 ; on pourra également se référer au décret n° 93-1031 du 31 août 1993 portant création et organisation de directions départementales de la sécurité publique (NOR: INTC9300491D) : « Il est créé dans chaque département, à l'exception de Paris, une direction départementale de la sécurité publique, service déconcentré du ministère chargé de l'intérieur, placé sous l'autorité du préfet ». (Article 1^{er}).

des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne. Elle est chargée, en outre, des opérations de régulation de la circulation et de missions de sécurité routière sur les routes dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'Intérieur. Par dérogation à l'article 3 du décret, le directeur de la direction chargée du maintien de l'ordre public et de la régulation de la circulation détermine l'emploi des compagnies républicaines de sécurité autoroutières implantées dans la zone de défense de Paris et, dans le cadre des opérations et missions définies au précédent alinéa, dirige leur action. Elle assure le contrôle du respect de l'application de la réglementation relative aux taxis et aux autres catégories de véhicules de transport particulier de personnes à titre onéreux dans la zone de compétence du préfet de police définie pour l'exercice des attributions énumérées à l'article 1er de la loi du 13 mars 1937 susvisée.

La force publique ne peut agir qu'en fonction des normes juridiques qui régissent son action ; ces normes fondent la compétence *ratione personae* et la compétence *ratione loci* de l'organe étatique qui jouit du monopole de la violence physique légitime. Agissant en vertu de ces deux compétences, la force publique peut ainsi épouser ses ailes protectrices²⁵³ en vue de rechercher les auteurs d'infractions.

II. Les contrôles pénaux opérés par la force publique : la recherche des auteurs d'infractions.

136. Pour sauvegarder la liberté individuelle, l'État peut agir avant l'exercice de la force publique, en édictant des garanties visant à la prévenir de toute atteinte. L'État forge de cette manière un encadrement *a priori* de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique. Ainsi, pour que l'action de la force publique s'inscrive dans un cadre démocratique, un Code de Déontologie de la Police nationale a été édicté. La place accordée aux libertés et au respect de la personne y est importante. En effet, dès son article 1^{er}, est évoquée en premier lieu la garantie des libertés. Son article 2 prescrit que « la police nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration de l'Homme et du Citoyen, de la Constitution, des conventions internationales et des lois. » Au sein du titre 1^{er}, traitant des devoirs généraux des fonctionnaires de la police, l'article 7 énonce que « placé au service du public, le fonctionnaire de police se comporte envers celui-ci d'une manière

²⁵³ La force publique gendarmique ou policière se place sous le symbolisme animal pour exprimer ses qualités. De cette manière, l'Écusson des unités de peloton de surveillance et d'intervention de la Gendarmerie (PSIG) représente un aigle avec les ailes déployées, aigle qui fond sur sa proie (en l'occurrence, les auteurs d'infractions qui ont violé les lois pénales votées de manière démocratique, lois qui constituent les fondements de toute société humaine. Voir *Annexe*, p. 362.

exemplaire. Il a le respect absolu des personnes, quelles que soient leur nationalité ou leur origine, leurs conditions sociales ou leurs convictions politiques, religieuses ou philosophiques. ». Le recours à la déontologie sert-il à rassurer les citoyens ? Telle est l'opinion de Sébastien GOUHIER²⁵⁴ qui considère que la difficulté à assujettir les forces de sécurité au droit strict confirme la tendance à recourir sciemment à la notion de déontologie plutôt qu'à celle de règle. Nous ne partageons pas entièrement cet avis, en ce sens que les agissements illégaux des forces de l'ordre engagent leur responsabilité. Mais, il est vrai que la réparation des dommages subis par les citoyens n'élimine pas l'atteinte à leur liberté. Se doter d'une déontologie qui prévoit les règles de comportement à suivre dans l'exercice de leur profession peut tenter de prévenir les abus.

La déontologie n'est pas sanctionnée de la même manière que la règle juridique. Selon le dictionnaire *Le petit Robert*²⁵⁵, le terme « déontologie » vient du mot grec « deon, ontos » qui signifie « devoir ». Les devoirs envisagés dans le Code de déontologie de la Police nationale et dans celui des agents de Police municipale ne bénéficient pas de la même sanction que celle de la règle juridique. C'est la loi qui crée l'obligation formelle par sa source. « Car quoi que qu'elle ne doive point être établie sans de bonnes raisons, ce n'est pas proprement en vue de ces raisons qu'on lui obéit, mais à cause de l'autorité du supérieur, de qui elle émane. »²⁵⁶ PUFENDORF prévoit que cette obligation fondée sur l'autorité déclarée a besoin des moyens de coercition pour s'accomplir.²⁵⁷ En effet, l'obligation reçoit une effectivité que si la force vient la sanctionner. « Ce qui achève donc de donner du poids aux obligations, c'est la force : c'est-à-dire que, pour être en état de les faire valoir et d'en exiger avec succès l'accomplissement, il faut avoir en main un pouvoir ou propre, ou conféré par autrui, de causer quelque mal fâcheux à ceux qui refuseront d'obéir. »²⁵⁸ Ainsi, la déontologie prévoit certes des devoirs louables, mais ceux-ci ne reçoivent pas la même effectivité juridique que la règle juridique.

137. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique consiste donc en un encadrement *a priori*. Cet encadrement est également réalisé d'un point de vue organique par le Conseil constitutionnel français qui vise à faire respecter la conciliation entre les

²⁵⁴ GOUHIER (Sébastien) « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens » in *RFDA*, mars-avril 2002, pp. 384-392.

²⁵⁵ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Le Robert, Paris, 2015, 2837 p.

²⁵⁶ PUFENDORF (Samuel), *Le Droit de la Nature et des Gens*, tome I, traduction Jean BARBEYRAC, Édition de Bâle, 1732, (réimpression, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de CAEN, 1987), 613 p. ; voir spécialement p. 87.

²⁵⁷ JAUME (Lucien), *La liberté et la loi, Les origines philosophiques du libéralisme*, FAYARD, Paris, 2000, 389 p.

²⁵⁸ PUFENDORF (Samuel), *Le Droit de la Nature et des Gens*, précité, voir spécialement p. 100.

libertés constitutionnellement garanties et la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions (§ 1).

Cette nécessaire conciliation est opérée en particulier dans le domaine des contrôles d'identité lesquels sont particulièrement nécessaires à la force publique dans son action visant à rechercher les auteurs d'infractions. Le maintien de l'ordre public consiste à prévenir les atteintes aux personnes et aux biens. Par conséquent, des contrôles doivent être effectués pour remplir cette mission. L'ordre représente l'essence même de la police et plus généralement de l'État. De cette manière, Hélène L'HEUILLET a pu affirmer que « le maintien de l'ordre est plus qu'une fonction de la police, c'est une idée de la politique. S'il existe une finalité de la police, c'est l'ordre. Si la police est un savoir et une intelligence de l'État, c'est en vue de l'ordre : le secret de l'État est celui du maintien de l'ordre. »²⁵⁹ Il convient ici de diaprer cette vision hémiplogique du maintien de l'ordre puisque l'ordre doit être assuré dans le cadre des sociétés humaines afin d'assurer la jouissance pleine et entière des droits et des libertés des personnes vivant sur le territoire étatique, autrement dit le bonheur public.

La loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure prévoit un accroissement des pouvoirs des forces de l'ordre dans le domaine du contrôle portant sur les personnes. De plus, de nouvelles prérogatives leur sont attribuées en ce qui concerne la fouille des véhicules. Ces contrôles peuvent aboutir à la mise en garde à vue. Dans cette phase de recherche des preuves, des garanties sont accordées à la personne dont la liberté d'aller et de venir est de cette façon entravée (§ 2).

§1. L'encadrement *a priori* des contrôles pénaux opérés par la force publique en droit constitutionnel.

138. L'encadrement *a priori* de l'emploi de la contrainte consiste dans l'œuvre remarquable de protection des droits et libertés réalisée par le Conseil constitutionnel français dont il convient de retracer l'évolution en tant qu'organe protecteur des droits et libertés (A). Muant son rôle d'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics en un rôle d'organe protecteur des droits et libertés, les Sages du Palais Royal purent ainsi consacrer la liberté individuelle au rang constitutionnel de l'ordonnement juridique français (B).

²⁵⁹ L'HEUILLET (Hélène), *Basse politique, haute police (une approche historique et philosophique de la police)*, FAYARD, Paris, 2001, 434 p.

A. Le Conseil constitutionnel français : d'un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics à un organe protecteur des libertés constitutionnellement garanties vis-à-vis du législateur.

139. Le Conseil constitutionnel français s'inscrit dans la notion de justice constitutionnelle laquelle date du début du XXème siècle (1). Télémon chrysoléphantin des droits et libertés en France, le Conseil constitutionnel donna une valeur juridique remarquable à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, laquelle sert de fondement smaragdine à la liberté d'aller et de venir (2).

1) La notion de justice constitutionnelle.

140. La notion de justice constitutionnelle fut élaborée en Autriche par Hans Kelsen²⁶⁰. Cet éminent penseur juridique élaborait la Constitution autrichienne de 1920. L'expérience de la justice constitutionnelle se propagea sur le continent européen en Italie, dans la constitution 1947 et en Allemagne, dans la Loi fondamentale de 1949. En France, la Constitution du 4 octobre 1958 procéda à la création d'un Conseil constitutionnel. Toutefois, cette institution n'était pas calquée sur le modèle de justice constitutionnelle que l'on vient d'évoquer. En effet, le Conseil constitutionnel avait pour tâche d'assurer le net départ entre les normes relevant du pouvoir législatif et les règles

²⁶⁰ Hans Kelsen (1881-1973). Hans Kelsen naquit dans la ville de Prague au sein d'une famille juive de langue allemande. Après ses études à la faculté de droit de Vienne (première thèse soutenue en 1905 sur la théorie de l'État de Dante), Kelsen partit pour Heidelberg afin de suivre l'enseignement de Jellinek, tout en préférant parallèlement assister aux séminaires de Max Weber. De retour dans la ville de Vienne, il fut nommé *Privatdozent* en 1911 après la soutenance de sa thèse d'habilitation en droit public et en philosophie du droit, intitulée « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », puis il fut nommé professeur titulaire au cours de l'année 1918. Six ans plus tard, il siégea à la Cour constitutionnelle, institution qu'il avait élaborée dans son projet de Constitution de l'Autriche que lui avait confiée le chancelier Karl Renner en 1918. Avec l'avènement de la majorité chrétienne – sociale, Kelsen quitta l'Autriche au cours de l'année 1929, et il accepta une chaire à l'Université de Cologne, puis, à partir de 1933, à l'Institut des hautes études internationales de Genève. De 1936 à 1938, il résida à Prague où, sur l'invitation du gouvernement tchèque, il enseigna à l'Université allemande où il subit les brimades des étudiants nazis. Au début de la Seconde Guerre mondiale, il émigra pour les États-Unis d'Amérique, commençant une nouvelle carrière universitaire à Harvard, puis à Berkeley.

Et, voir la base de données « data » de la Bibliothèque Nationale de France. Pays : États-Unis d'Amérique, langue : anglais, naissance : 11-10-1881, Prague, mort : 19-04-1973, Berkeley, Californie (USA). Biographie : Hans Kelsen était Philosophe du droit. Source : Bibliothèque Nationale de France, Catalogue général ; <http://data.bnf.fr/11909571/hans_kelsen/>

Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'ouvrage de CHAGNOLLAUD (Dominique) [sous la direction de], *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècles* : actes du colloque, Paris, 22-23 juin 2000 organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques, Éditions Panthéon Assas (Université Panthéon-Assas), LGDJ, Paris, 2003, 216 p.

relevant du pouvoir exécutif (articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958)²⁶¹. En d'autres termes, il s'agissait d'imposer à l'institution parlementaire le strict respect des dispositions de l'article 34 et de l'article 37 de la Constitution instituant la Ve République afin de limiter son champ de compétence, et, partant, de mettre en place un parlementarisme rationalisé. Aussi, dans les premières années de son activité, le Conseil constitutionnel se cantonna à vérifier que le législateur n'empiétait pas sur les prérogatives du gouvernement.

Dans sa décision du 6 novembre 1962²⁶², le Conseil constitutionnel qui avait été saisi par le Président du Sénat au sujet de la loi référendaire modifiant les dispositions constitutionnelles relatives à l'élection du Président de la République déclina sa compétence pour ce qui concerne la loi référendaire, après avoir noté que la Constitution a fait de lui « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». La compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci. Le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes (1er considérant). Si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le Peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale (2ème considérant)²⁶³.

²⁶¹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* du 9 novembre 1958, pp. 10129-10131.

²⁶² Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, « Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 », *Journal officiel de la République française* du 7 novembre 1962, p. 10778 ; *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 27. Voir également, FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2007, 1035 p. ; Grande décision du Conseil constitutionnel, n° 13, pp. 162-174.

²⁶³ Cette interprétation résulte également des dispositions expresses de la Constitution et notamment de son article 60 qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum et de l'article 11 qui ne prévoit aucune formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le Peuple et sa promulgation par le Président de la République. Enfin, cette même interprétation est encore expressément confirmée par les dispositions de l'article 17 de la loi organique susmentionnée du 7 novembre 1958 qui ne fait état que des « lois adoptées par le Parlement » ainsi que par celles de l'article 23 de ladite loi qui prévoit que « dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans

Il résulte de ce qui précède qu'aucune des dispositions de la Constitution ni de la loi organique précitée prise en vue de son application ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée par laquelle le Président du Sénat lui a déféré aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution le projet de loi adopté par le Peuple français par voie de référendum le 28 octobre 1962. (5ème Considérant). Le Conseil s'attache donc à examiner les relations entre le Parlement et le gouvernement. C'est par sa décision du 16 juillet 1971²⁶⁴ que le Conseil constitutionnel va se muer en un véritable protecteur des libertés constitutionnellement garanties vis-à-vis du législateur. Le Conseil constitutionnel, saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, considéra qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association (2ème considérant) . Ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. En vertu de ce principe, les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable. Son rôle éminemment important dans le domaine des droits de l'homme s'accroîtra par la révision constitutionnelle de 1974²⁶⁵, révision qui permet sa saisine par 60 députés ou 60 sénateurs et donc par l'opposition parlementaire.

141. Le Conseil constitutionnel fut saisi le 19 décembre 1974²⁶⁶ par le Premier Ministre conformément aux dispositions des articles 46 et 61 de la Constitution, du texte de la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Ce texte avait pour objet de substituer aux dispositions de l'article 18 de

constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture ».

²⁶⁴ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 « Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association », *Journal officiel de la République française* du 18 juillet 1971, p. 7114 ; *Recueil*, p. 29. L'on se reportera avec profit aux articles suivants : HAMON (Léo), « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels » in *Dalloz* 1974, chronique, pp. 83-90 ; ROBERT (Jacques), « Propos sur le sauvetage d'une liberté » in *Revue du droit public* 1971, pp. 1171-1204. Voir aussi, les commentaires de FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc) à propos de la décision « Liberté d'association », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, quatorzième édition, n° 18, pp. 235-252.

²⁶⁵ Loi n° 74-1101 du 26 décembre 1974 relative à la modification de l'article 18 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* du 27 décembre 1974, p. 13068.

²⁶⁶ Décision n° 74-52 DC du 23 décembre 1974, « Loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel », *Journal officiel de la République française* du 23 décembre 1974, p. 13097 ; *Recueil*, p. 19.

l'ordonnance susvisée du 7 novembre 1958 de nouvelles dispositions tendant, d'une part, à prévoir les modalités de la saisine du Conseil constitutionnel lorsqu'une loi lui est déférée par au moins soixante députés ou soixante sénateurs et, d'autre part, à préciser les notifications et informations qui incombent respectivement au Conseil constitutionnel et aux présidents des assemblées lorsque le Conseil est saisi conformément aux articles 54 ou 61, alinéa 2, de la Constitution. Les Sages considèrent que la loi organique dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, pris dans la forme exigée à l'article 63 de la Constitution et dans le respect de la procédure prévue à l'article 46, n'était contraire à aucune disposition de la Constitution²⁶⁷.

2) Le Conseil constitutionnel français et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.²⁶⁸

142. Le Conseil constitutionnel français se fonde sur des bases juridiques en vue de protéger les droits fondamentaux dont sont titulaires les êtres humains vivant sur le territoire de la République française. Ces bases juridiques peuvent remonter à plus de deux siècles. Ainsi, jusqu'à l'institution de la Vème République, ces bases juridiques ne revêtaient qu'une portée morale et politique ; elles ne pouvaient donc pas être invoquées à l'appui d'une protection juridique des droits fondamentaux, au moins lorsqu'elles étaient visées contre un acte du pouvoir législatif, et non du pouvoir gouvernemental. En effet, si l'on étudie les divers régimes politiques qui se sont succédé depuis la Révolution française, on notera que les lois constitutionnelles instaurant la IIIème République, adoptées en 1875, ne proclamaient aucun principe. Ces lois constitutionnelles n'étaient qu'un catalogue de procédures et de dispositions qui concernaient le mode de désignation des pouvoirs publics et les rapports entre ceux-ci. Ainsi, sous la IIIème République, aucune protection des droits et libertés des citoyens contre les atteintes provenant du pouvoir législatif n'existait. À rebours, une

²⁶⁷ Source : FAVOREU (Louis), [sous la direction de], *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, préface d'André TUNC, Economica, Paris, et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, collection « droit public positif » dirigée par Louis Favoreu, Président de l'Université d'Aix-Marseille III, nouveau tirage, 1987, 540 pages. Cet ouvrage constitue la publication des actes du deuxième colloque d'Aix-en-Provence, tenu les 19-20 et 21 février 1981, et le Professeur Louis Favoreu dédie ce colloque international consacré à la justice constitutionnelle à la mémoire du Professeur Charles Eisenmann.

²⁶⁸ GOGUEL (François), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, conseil constitutionnel français » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, sous la direction de Louis Favoreu, préface d'André Tunc, Economica, Paris, et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, collection droit public positif dirigée par Louis Favoreu, Président de l'Université d'Aix-Marseille III, nouveau tirage, 1987, 540 pages ; voir spécialement, pp. 225-239. François GOGUEL est un ancien membre du Conseil constitutionnel français, et, il fut secrétaire général honoraire du Sénat ; enfin, il fut le Président de la fondation nationale des sciences politiques.

protection particulièrement efficace des droits et libertés des citoyens fut forgée grâce au développement de la jurisprudence du Conseil d'État pour ce qui concernait les atteintes qui émanaient du pouvoir gouvernemental.

143. En 1946, lors de l'établissement de la Constitution instituant la IV^{ème} République, et au contraire de ce qui s'était produit en 1875, les constituants énoncèrent au sein d'un Préambule la philosophie politique et sociale dont ils considéraient au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, que l'action étatique devrait s'inspirer. Ce Préambule « réaffirme solennellement les droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de 1789 ». Il ajoute également « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », et il proclame comme « particulièrement nécessaires à notre temps », un certain nombre de « principes politiques, économiques et sociaux ». Certains auteurs mettent en exergue le manque de cohérence attachée à ce Préambule puisque celui-ci instaure des principes dont la compatibilité avec les principes énoncés par la Déclaration du 26 août 1789 ne s'avère pas toujours être évidente. De cette manière, les propriétés sont considérées comme étant « un droit inviolable et sacré » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, alors que le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit en son septième alinéa que « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». En vertu du texte constitutionnel de 1946, la complexité voire les contradictions éventuelles d'un système qui combine la Déclaration de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps n'avait dans la réalité que fort peu d'inconvénients. En effet, dans le système embryonnaire de contrôle de conformité à la Constitution qui avait alors été établi pour protéger la seconde Chambre, aux pouvoirs assez faibles, contre des empiétements éventuels de l'Assemblée nationale, il avait été expressément exclu toute référence au Préambule de la Constitution.

144. Du point de vue du contrôle de la constitutionnalité des lois, la situation change de manière radicale par l'avènement de la Ve République. En effet, la Constitution du 4 octobre 1958 se réfère, en son Préambule, aux droits de l'Homme tels qu'ils ont été définis par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, Déclaration confirmée et complétée par le Préambule de 1946. La Constitution instaurant la Ve République ne comporte aucune disposition analogue à celle qui, en 1946, avait exclu tout contrôle de constitutionnalité prenant comme critère les dispositions du Préambule. En outre, la norme juridique fondamentale instaurant la Ve République institue à l'égard de toutes les lois organiques l'obligation, et, pour les lois ordinaires, la possibilité d'un contrôle de conformité à la Constitution ; ce contrôle est confié à un nouvel organisme : le Conseil constitutionnel. Ce contrôle s'exerce entre le vote définitif de la loi par le Parlement et sa

promulgation par le Président de la République. L'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce que toute disposition de nature législative déclarée comme étant inconstitutionnelle ne peut être promulguée.

Ainsi, depuis 1958, les critères de la conformité des lois à la Constitution ne sont plus seulement, comme en 1946, les procédures selon lesquelles cette loi a été adoptée. Le Conseil constitutionnel français se fondera donc sur les règles de valeur constitutionnelle qui figurent dans le texte même de la Constitution du 4 octobre 1958 (par exemple, l'article deux qui vise le principe de l'égalité devant la loi) ; les Sages du Conseil constitutionnel pourront également avoir recours à des critères dont le siège se trouve au sein de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, au sein du Préambule de la Constitution 1946, et donc au titre de ce Préambule, sur les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Cette dernière formule juridique mérite un commentaire particulier. Effectivement, elle a pour origine un amendement parlementaire déposé par le M.R.P., à savoir un parti démocrate-chrétien. Les parlementaires qui avaient déposé à l'Assemblée nationale leur amendement, pensaient à un article de la loi de finances en date du 31 mars 1931 lequel affirmait de manière expresse que « la liberté d'enseignement est un principe fondamental reconnu par les lois de la République ». L'identité de formulation ne peut pas être due au hasard, mais les termes introduits dans le Préambule de 1946 ne signifiaient pas que les seuls principes fondamentaux reconnus par les lois de la République soient ceux qui ont fait l'objet dans une de ces lois d'une reconnaissance expresse. Au contraire, le pluriel « les principes fondamentaux... » implique qu'il ne s'agisse pas seulement du principe de la liberté d'enseignement.

Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est trouvé habilité en vertu d'une phrase du Préambule de 1946 à rechercher, lorsqu'il est saisi d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, si cette loi ne contrevient pas à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'une grande liberté d'interprétation. Il lui appartiendra alors de distinguer au sein d'un texte législatif ce qui correspond à un principe fondamental dont les auteurs du texte se sont inspirés et ce qui, au contraire, correspond à une simple opportunité liée à un contexte précis.

145. S'agissant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il convient de souligner que c'est par l'invocation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel s'est érigé en protecteur des droits et libertés (décision du Conseil constitutionnel du 5 juillet 1971 relative à la liberté d'association)²⁶⁹. En effet,

²⁶⁹ Voir *supra*.

antérieurement à cette décision majeure, le Conseil constitutionnel n'avait eu à se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution que sur la base juridique de la méconnaissance de règles de procédure dans leur adoption ou, pour certaines lois organiques, du respect de l'inamovibilité des magistrats du siège prescrite par l'article 64 de la Constitution de la Ve République.

Devenu protecteur des droits et libertés, le Conseil constitutionnel a pu ainsi garantir la liberté individuelle.

B. La consécration constitutionnelle de la liberté individuelle²⁷⁰.

146. L'affirmation de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle s'est réalisée au départ sur un fondement ambigu. En effet, le Conseil constitutionnel considère que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmés par le Préambule de 1958 ; par ailleurs, il précise que l'article 66 de la Constitution de la Ve République réaffirme ce principe. (Décision numéro 76-75 DC du Conseil constitutionnel du 12 janvier 1977, décision dite « fouille des véhicules », premier considérant et deuxième considérant). Le Conseil constitutionnel s'est donc d'abord fondé sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République sans autre justification, puis sur l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Selon le professeur Louis FAVOREU²⁷¹, la référence à un principe fondamental reconnu par les lois de la République était inutile car des dispositions textuelles telles que l'article 66 d'ailleurs cité, pouvaient être invoquées.

Au cours des années 70, il semble que le juge constitutionnel qui s'est émancipé grâce à un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la décision « Liberté d'association », confonde principe fondamental reconnu par les lois de la République et bloc de constitutionnalité. Cela cessera à partir de la fin des années 70. Ainsi, dans les décisions qui suivent la décision du 12 janvier 1977, seul l'article 66 de la Constitution de la Ve République sera invoqué en vue de fonder la protection constitutionnelle de la liberté individuelle. On peut ici se référer à la décision numéro 79-109 DC (décision dite « Prévention de l'immigration clandestine ») ainsi qu'à la décision numéro 80-127 DC (décision dite « Sécurité et liberté »).

147. Un nouveau fondement textuel pour la liberté individuelle. À partir de l'année 1988, le

²⁷⁰ Pour des représentations allégoriques du concept de la liberté dans l'art occidental, voir *Annexe* pp. 129-161.

²⁷¹ Voir les commentaires du Professeur Louis FAVOREU de la décision étudiée dans FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2007, 1035 p. ; pp. 319-331.

concept de liberté personnelle avait émergé notamment à propos de l'utilisation de fichiers informatisés. Ce nouveau concept juridique avait l'avantage de mettre un frein à l'extension de la notion de liberté individuelle ; la liberté individuelle, en vertu de l'article 66 de la Constitution, entraînait en effet la compétence exclusive du juge judiciaire pour assurer sa protection. La décision du Conseil constitutionnel en date du 13 août 1993, rattachant la question de l'utilisation des fichiers informatisés à la liberté individuelle et en y englobant dans celle-ci la liberté de mariage, nouvellement consacrée, revenait provisoirement à une conception large de cette liberté, en restreignant donc d'autant la compétence du juge administratif. Dans la décision bioéthique²⁷² en date du 27 juillet 1994, la liberté individuelle, dont la valeur constitutionnelle a été successivement tirée d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et de l'article 66 de la Constitution (décision « fouille des véhicules » en date du 12 janvier 1977) puis à l'article 66 de la Constitution (à partir des décisions numéro 79-109 DC et 80-127 DC) est rattachée aux articles premier, deux et quatre de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Considérant que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1er, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (deuxième considérant). Ceci ne laisse pas de surprendre car ces dispositions affirment de manière générale le principe de liberté, principe qui vaut apparemment pour l'ensemble des libertés, et non pas seulement pour la liberté individuelle.

148. Le Conseil d'État avait déjà rattaché la **liberté d'aller et venir**, liberté qui constitue une des composantes de la liberté individuelle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans l'affaire contentieuse relative à un retrait de passeport (Conseil d'État, Assemblée, 8 avril 1987 « M. X c. ministre de l'Intérieur », publié au *Recueil*, source : Légifrance). Ainsi, la juridiction administrative suprême a affirmé sa compétence qui aurait pu être mise en cause s'il l'avait rattachée à l'article 66 de la Constitution. On a donc l'impression qu'il s'agit de réduire le champ de la compétence exclusive du juge judiciaire. Toutefois, on ne saisit pas très bien alors l'intérêt de ce rattachement. En effet, à partir du moment où il est question de liberté individuelle, l'article 66 impose la compétence judiciaire. Dans son considérant de principe, le Conseil d'État proclame que « la liberté fondamentale d'aller et venir n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter. » Ce droit est reconnu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et confirmé par l'article 2-2 du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ratifié en application de la loi du 31 décembre 1973 et publié par décret du 3 mai 1974.

²⁷² L'on se reportera avec profit au commentaire de la décision du Conseil constitutionnel « Lois bioéthiques » du 27 juillet 1994, FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2007, 1035 p. ; voir la Grande décision numéro 43, pp. 731-747.

Aux termes de l'article 2-3 du même accord, l'exercice de ce droit « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Il résulte donc clairement de ces stipulations que les mots « restrictions... prévues par la loi » figurant dans le 3ème alinéa de l'article précité doivent s'entendre des conditions prévues par des textes généraux pris en conformité avec les dispositions constitutionnelles. En premier lieu, la décision attaquée n'a été prise ni en application des articles 335-1 quater du Code pénal et L. 627 du Code de la santé publique qui permettent aux tribunaux répressifs de prononcer le retrait du passeport à l'encontre des personnes condamnées pour proxénétisme ou pour infraction à la législation sur les stupéfiants, ni en application de l'article 138-7° du Code de procédure pénale qui permet au juge d'instruction, lorsqu'il place un prévenu sous contrôle judiciaire, d'assortir cette mesure de l'obligation de remettre son passeport soit au greffe soit à un service de police ou à une brigade de gendarmerie.

En deuxième lieu, si le décret de la Convention nationale du 7 décembre 1792 a le caractère d'une loi au sens des stipulations précitées du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, il ne permet à l'autorité administrative de refuser un passeport que si les déplacements de l'intéressé à l'étranger sont de nature à compromettre la sécurité nationale ou la sûreté publique. Aussi, les motifs invoqués pour refuser à M. X... la délivrance d'un passeport ne sont pas au nombre de ceux qui permettraient de justifier légalement un tel refus en application de ce texte. Le Conseil d'État conclut que le ministre de l'Intérieur n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Strasbourg a annulé la décision du sous-préfet de Haguenau du 10 novembre 1981.

149. S'agissant de la liberté individuelle, que l'on peut également dénommer liberté d'aller et de venir, cette liberté ne se confond pas cependant avec elle, en ce sens qu'elle constitue seulement une sauvegarde de la liberté de mouvement, tandis que la sûreté personnelle peut-être une sauvegarde de la vie. La liberté individuelle d'aller et de venir se trouve consacrée dans le titre premier de la Constitution des 3-4 septembre 1791 et elle reçoit un certain nombre d'exceptions. Ainsi, ont été consacrées des exceptions spéciales relatives aux étrangers. Le décret du 23 messidor an III et la loi du 28 vendémiaire an VI sont venus imposer l'obligation pour les étrangers de se trouver munis d'un passeport émanant de l'autorité étrangère et visé par l'agent diplomatique ou par le consul français. De surcroît, l'étranger recevait l'obligation de faire une déclaration de résidence dans toute commune où il arrivait pour exercer une profession, un commerce ou une industrie (sur le

fondement de la loi du 8 août 1893).

Enfin, il existait dès le XIXe siècle, un droit d'expulsion administrative à l'encontre de l'étranger. L'étranger pouvait être expulsé du territoire national. Il convient ici de bien faire la différence entre l'expulsion et l'extradition. La différence réside en ce que l'étranger n'est pas livré à son gouvernement comme dans l'extradition. L'arrêté d'expulsion était édicté par le ministre de l'Intérieur sauf dans des départements frontières où cet arrêté pouvait être édicté par le Préfet. Cet état du droit prévalait à la fin du XIXe siècle.

150. Évolution jurisprudentielle. À la fin des années 1990, le Conseil constitutionnel met un terme à cette jurisprudence. Il recentre la liberté individuelle sur l'article 66 de la Constitution instituant la Ve République ainsi que sur l'idée de sûreté personnelle. Subséquemment, il procède au détachement des droits et libertés qualifiés de « composantes de la liberté individuelle » et, il les rattache à un autre fondement constitutionnel, à savoir à l'article 2 de la Déclaration de 1789. À cet égard, pour ce qui concerne la liberté d'aller et de venir, les Sages du Conseil autonomisent cette liberté au regard de la liberté individuelle en déclarant que le législateur doit assurer la conciliation entre les objectifs de valeur constitutionnelle et « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ». Le Conseil constitutionnel a bien opéré le départ entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir en les nommant de manière expresse, et en utilisant une conjonction de coordination afin de les distinguer.

151. La liberté d'aller et de venir qui est au cœur des sociétés humaines est consacrée constitutionnellement à travers le monde. Sur le **continent africain**, et plus particulièrement en **République du Congo**, la liberté d'aller et de venir se trouve consacrée au rang constitutionnel. L'article 16 de la Constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 énonce que : « Tout citoyen a le droit de circuler librement sur le territoire national. Il a le droit de sortir librement du territoire national, s'il ne fait l'objet de poursuites pénales, et d'y revenir. »²⁷³

²⁷³ DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), CONAC (Gérard), DESOUCHES (Christine), *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », Paris et É. Bruylant, Bruxelles, 1997, 452 p. Tome 1er, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo, Côte-d'Ivoire, Djibouti, Égypte, Gabon, Guinée, Madagascar ; textes rassemblés et présentés par Jean du Bois de Gaudusson, Gérard Conac, Christine Desouches avec le concours de l'Agence de la francophonie ACCT et du Centre d'études juridiques et politiques du monde africain, Université Paris I ; en annexe la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981.

L'on pourra également consulter la Constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 sur le Site officiel de la République du Congo, <<http://www.presidence.cg/institutions/index.php>>

Sur le **continent américain**, en **Argentine**, la Constitution de la **Provincia de Catamarca**²⁷⁴ prévoit en son article 15 que « tout habitant de la nation a le droit d'entrer et de sortir du territoire de la Province et d'y transiter avec ses biens »²⁷⁵.

152. S'agissant de l'encadrement juridique des contrôles d'identité, l'on peut souligner que, depuis 1981, les lois concernant le contrôle d'identité des personnes se succèdent et n'ont qu'un but : réduire un peu plus chaque fois les garanties qu'accorde l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle.²⁷⁶ Il en est ainsi de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qui, dans ce domaine, innove quant aux conditions nécessaires pour effectuer un contrôle d'identité. Les contrôles d'identité présentent deux natures : l'une judiciaire et l'autre administrative. Chaque contrôle concourt au maintien de l'ordre public : l'un avant que ne soit commise l'infraction, il vise à éviter toute atteinte à l'ordre public ; l'autre, une fois l'infraction commise, cherche à la réprimer.

Toutefois, cette dualité de contrôles engendre des difficultés sur le plan de leur délimitation. Ainsi, certains auteurs réclament la nécessité de simplifier les régimes actuels et plaident pour la mise en place d'un contrôle de police unique.²⁷⁷ Lorsque la justification de l'identité demandée n'a pas été fournie à l'agent de la force publique, la deuxième étape du dispositif de recherche de l'identité peut alors commercer : la vérification d'identité est l'opération qui consiste à établir coercitivement l'identité d'une personne qui ne veut pas la donner ou ne peut pas la justifier. Cette coercition se traduit par une rétention qui porte ainsi atteinte à sa liberté d'aller et de venir²⁷⁸.

²⁷⁴ Sur le continent américain, et plus particulièrement en Amérique latine, l'Argentine revêt la forme d'un État fédéral. La République Argentine se compose d'États fédérés dénommés « Provincias ». On peut prendre l'exemple de la Provincia de Catamarca. La Constitution de la Nation argentine (22 août 1994) prévoit en son article premier que « la Nation argentine adopte pour gouvernement la forme représentative, républicaine, fédérale, selon la forme établie par la présente Constitution. »

²⁷⁵ Constitution de la Provincia de Catamarca du 03 septembre 1988, Section première, Chapitre unique intitulé « Déclarations, droits et garanties ». [Constitución de la Provincia de Catamarca de fecha 03 de septiembre de 1988, SECCION I, Capítulo único - Declaraciones, derechos y garantías.] La Constitution de la Provincia de Catamarca du 03 septembre 1988 fut publiée au *Bulletin Officiel et Judiciaire de la Provincia de Catamarca* (« Boletín Oficial y Judicial de la Provincia de Catamarca ») numéro 72, Bulletin Officiel et Judiciaire du 5 septembre 1988.

Source : site officiel du Gouvernement de la Provincia de Catamarca, à l'adresse suivante : <<http://www.catamarca.gov.ar/lp/Constitucion.pdf>>

²⁷⁶ Loi du 2 février 1981 « Sécurité et Liberté » ; loi du 10 juin 1983 ; loi du 3 septembre 1986 ; loi du 4 septembre 1986 ; loi du 10 août 1993 ; loi du 24 avril 1997.

²⁷⁷ LEBRETON (Marie-Christine), « Pour une réforme des contrôles d'identité », *RRJ-Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif* 1998, pp. 213-227.

²⁷⁸ Voir *infra*, Chapitre II relatif aux mesures de contraintes.

§2. Les contrôles d'identité : une conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnelles et la nécessité de la recherche des auteurs d'infractions.

153. En matière de contrôles et de vérifications d'identité, le Conseil constitutionnel estima que les dispositions de la loi n° 86-1004²⁷⁹ n'étaient pas contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle. (Troisième Considérant.)²⁸⁰

D'autre part, le Conseil constitutionnel confie aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral des règles et garanties prévues par le législateur, ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables.

De surcroît, le Conseil a tenu à préciser dans sa décision du 5 août 1993 à propos de la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité²⁸¹ qu'il « revient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ».

154. Les modalités du contrôle d'identité. Le sixième alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale prévoit un cas supplémentaire dans lequel peuvent être engagées des procédures de contrôle et de vérification d'identité, sur réquisitions écrites du procureur de la République pour la recherche et la poursuite d'infractions, dans des lieux et pour une période de temps qui doivent

²⁷⁹ Loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986 relative aux contrôles et vérifications d'identité, *JORF* du 4 septembre 1986, page 10714.

Travaux préparatoires : Assemblée nationale - 1^{ère} lecture. Projet de loi relatif aux contrôles et vérifications d'identité, n° 154, déposé le 28 mai 1986 et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; Travaux des commissions - Commission des lois. La Commission saisie au fond a nommé M. Jean-Louis Debré rapporteur le 4 juin 1986 ; Rapport n° 208 déposé le 20 juin 1986 par M. Jean-Louis Debré ; Projet de loi relatif aux contrôles et vérifications d'identité, adopté avec modifications en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 3 juillet 1986, TA n°18.

Sénat - 1^{ère} lecture ; Projet de loi relatif aux contrôles et vérifications d'identité, n° 438, déposé le 4 juillet 1986 et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale ; Travaux des commissions - Commission des lois. La Commission saisie au fond a nommé M. Pierre Salvi rapporteur le 3 juillet 1986 ; Rapport n° 445 déposé le 9 juillet 1986 par M. Pierre Salvi ; Discussion en séance publique au cours de la séance du jeudi 24 juillet 1986. Projet de loi relatif aux contrôles et vérifications d'identité, adopté définitivement en 1^{ère} lecture par le Sénat le 29 juillet 1986, TA n° 140.

²⁸⁰ Décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, « Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité », *Journal officiel* du 27 août 1986, p. 10438 ; *Recueil*, p. 120.

²⁸¹ Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993, *Journal officiel de la République française* du 7 août 1993, p. 11193 et *Recueil*, p. 213. Voir également, PICARD (Etienne), « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux », in *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 959 et suivantes.

être précisés par ce magistrat. Cet alinéa indique que le fait que de tels contrôles d'identité révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Suivant une formule devenue classique, le Conseil constitutionnel précise qu' « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, qui sont nécessaires l'un et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ». Et, il revient à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation (Cinquième Considérant).

En l'occurrence, le législateur a confié au procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, la responsabilité de définir précisément les conditions dans lesquelles les procédures de contrôle et de vérification d'identité qu'il prescrit doivent être effectuées. La circonstance que le déroulement de ces opérations conduise les autorités de police judiciaire à relever des infractions qui n'auraient pas été visées préalablement par ce magistrat ne saurait, eu égard aux exigences de la recherche des auteurs de telles infractions, priver ces autorités des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du Code de procédure pénale. Aussi, les garanties attachées au respect de la liberté individuelle sous le contrôle de l'autorité judiciaire ne sont pas respectées.

Le septième alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale reprend des dispositions déjà en vigueur en vertu desquelles un contrôle d'identité peut être opéré, selon les mêmes modalités que dans les autres cas, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens, en ajoutant la précision nouvelle selon laquelle peut être contrôlée l'identité de toute personne « quel que soit son comportement ».

La prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle. Toutefois, le Conseil constitutionnel censure la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires, lesquels sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle. Il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, mais l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties (Neuvième Considérant).

Les Sages assignent aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur. En particulier, il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pouvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables. Ainsi, il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité. À cette fin, il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées.

155. Les contrôles d'identité dans le cadre de la Convention de Schengen. Le huitième alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale autorise le contrôle de l'identité de toute personne en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi non seulement dans des zones de desserte de transports internationaux, mais encore dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà. Cette distance peut être portée jusqu'à quarante kilomètres par arrêté interministériel dans des conditions à prévoir par décret en Conseil d'État.

Les stipulations de la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 suppriment les contrôles « aux frontières intérieures » concernant les personnes sauf pour une période limitée lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent. Le législateur a estimé que par les dispositions contestées, il prenait dans le cadre de l'application de ces stipulations des mesures nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et à la prévention d'atteintes à l'ordre public.

S'agissant, d'une part, des zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international, d'autre part de celles qui sont comprises entre les frontières terrestres de la France avec les États parties à la Convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, le législateur a, dès lors que certains contrôles aux frontières seraient supprimés, autorisé des contrôles d'identité.

Ceux-ci doivent être conformes aux conditions de forme et de fond auxquelles de telles opérations sont de manière générale soumises. Ces contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents. Les zones concernées, précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes. Dès lors, la suppression de certains contrôles aux frontières qui découlerait de la mise en vigueur des accords de Schengen pouvait conduire le législateur à prendre les dispositions susmentionnées sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les

nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel considéra que les contraintes supplémentaires ainsi occasionnées pour les personnes qui résident ou se déplacent dans les zones concernées du territoire français ne portent pas atteinte au principe d'égalité dès lors que les autres personnes sont placées dans des situations différentes au regard des objectifs que le législateur s'est assigné.

En revanche, en ménageant la possibilité de porter la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres, le législateur a apporté en l'absence de justifications appropriées tirées d'impératifs constants et particuliers de la sécurité publique et compte tenu des moyens de contrôle dont par ailleurs l'autorité publique dispose de façon générale, des atteintes excessives à la liberté individuelle. De surcroît, le législateur ne pouvait déléguer au pouvoir réglementaire le soin de fixer cette extension.

La force publique effectue des contrôles d'identité en vue de rechercher les auteurs d'infractions. Les contrôles d'identité présentent deux natures : ceux-ci peuvent être de police judiciaire, et en ce cas, ils visent à réprimer les infractions **(A)**. Et, le contrôle d'identité peut être préventif : il arborera alors une nature administrative **(B)**.

A. Les contrôles d'identité de police judiciaire : des contrôles visant à réprimer les infractions.

156. La distinction entre la police administrative et la police judiciaire suscite des difficultés de délimitation. D'une part, elles sont liées l'une à l'autre quand il se trouve qu'une opération de police administrative se transforme en une opération de police judiciaire, où à l'inverse, quand une opération de police judiciaire débouche sur une opération de police administrative. D'autre part, il n'y a pas nécessairement entre elles une différenciation organique : ce sont les mêmes personnels qui agissent selon les cas au titre de l'une ou au titre de l'autre.

Le critère de distinction a été posé par l'arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1951 « Consorts BAUD »²⁸² et par l'arrêt du Tribunal des Conflits du 7 juin 1951 « Dame NOUALEK »²⁸³ : ce qui est déterminant c'est le but de la décision ou de l'opération à qualifier. En d'autres termes, c'est l'intention dans laquelle les autorités ou les personnels de police ont agi que le juge prendra en compte. Il y a police judiciaire ou police administrative selon que les décisions ou opérations à

²⁸² CE, Section, 11 mai 1951, « consorts BAUD », p. 265. Il s'agissait en l'espèce d'une personne qui avait été mortellement blessée au cours des opérations de police accomplies en vue de rechercher des malfaiteurs.

²⁸³ TC, 7 juin 1951, « Dame NOUALEK », p. 636. Il s'agissait en l'occurrence d'une personne blessée par un coup de feu tiré au cours d'une opération de maintien de l'ordre, alors qu'elle se trouvait à sa fenêtre.

qualifier sont ou non en relation avec une infraction pénale déterminée.

Pour ce qui concerne les contrôles d'identité, la décision du comité de gestion de la cité administrative d'État subordonnant l'accès du public aux bâtiments administratifs à la présentation d'un pièce d'identité, prise à la suite des attentats terroristes perpétrés au cours de l'automne 1986 ne constitue pas un contrôle d'identité au sens de l'article 78-2 CPP. Le Tribunal administratif de LYON considère que « cette mesure, destinée à permettre au service de sécurité intérieure de connaître l'objet de la visite des personnes extérieures et d'en conserver une trace, et non accompagnée d'une vérification de la réalité de l'identité ou de la validité du titre présenté, ne constitue pas une mesure de contrôle d'identité [...] dont le contentieux ressortirait à la compétence de la juridiction judiciaire. »²⁸⁴ La loi du 4 août 1993 a créé deux types de contrôles de police judiciaire : le contrôle originel, que l'on peut dénommer d'initiative parce que la décision de sa mise en œuvre dépend uniquement des agents de la force publique (1) et le contrôle d'identité désigné comme étant requis pour bien marquer qu'il ne peut-être ordonné que sur réquisition du procureur de la République (2)²⁸⁵.

1) Le contrôle d'identité d'initiative.

157. L'article 78-2 du Code de procédure pénale regroupe dans son alinéa 1^{er}, l'ensemble des cas de contrôle d'identité judiciaire autrefois dispersés dans la loi du 27 novembre 1943, dans l'article 61 alinéa 2 dudit code et dans les articles 76 et suivants de la loi du 2 février 1981.²⁸⁶ Ainsi s'explique qu'empruntant la technique de la police judiciaire, le législateur l'ait conçu comme un contrôle individualisé.

L'article 10 de la loi du 18 mars 2003 substitue à « un indice faisant présumer », « une ou plusieurs raisons plausibles » pour la condition exigée au contrôle d'identité. Dans ce domaine, cela constitue une innovation majeure puisque cette nouvelle condition pour effectuer un contrôle est beaucoup plus large que la précédente. Mais dans notre procédure pénale, l'expression « une ou plusieurs raisons plausibles » a été introduite s'agissant de la garde à vue par la loi du 4 mars 2002 relative à la présomption d'innocence ; et ceci, pour mettre la France en conformité avec l'article 5-1-c de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prévoit : « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de

²⁸⁴ TA LYON, 22 novembre 1990, « BERTIN », req. n°8636653, 8636654, DA avril 1991, n°180.

²⁸⁵ Nous empruntons cette distinction à Messieurs DECOCQ, MONTREUIL, BUISSON. DECOCQ (André), MONTREUIL (Jean), BUISSON (Jacques), *Le droit de la police*, LITEC, deuxième édition, Paris, 868 p.

²⁸⁶ Textes aujourd'hui abrogés par la loi du 10 juin 1983.

soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

S'agissant du placement en garde en vue, cette substitution de terme a été à juste titre critiquée par plusieurs sénateurs. Ainsi, Monsieur le Sénateur Robert BADINTER a pu affirmer que « les indices [...] peuvent être matériels ou intellectuels, mais ils doivent exister. Ils ont, si je puis me permettre le dire, un caractère objectif et, s'ils sont objectifs, ils peuvent être contrôlés par ceux qui ont pour mission [...] de veiller au respect des libertés individuelles à propos de la garde à vue, c'est-à-dire les procureurs.

Mais la raison plausible, qui est en effet mentionnée dans le texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est la subjectivité. Comment voulez-vous la contrôler si vous n'avez pas, par ailleurs, les indices qui font ces raisons plausibles de soupçonner ? »²⁸⁷.

De même, Monsieur le Sénateur Jean-Pierre SCHOSTECK dans son rapport²⁸⁸ sur la modification de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence, par la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 critique la notion de raisons plausibles. Avant l'adoption de cette dernière loi, une personne pouvait être placée en garde à vue lorsqu'il existait « des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction ». De cette façon, les personnes à l'encontre desquelles il n'existe pas de tels indices ne peuvent en aucune circonstance être placées en garde à vue. La notion d'indice a été entendue dans une acceptation très large comme le prescrit la circulaire du Garde des Sceaux du 4 décembre 2000 : « il peut ainsi s'agir d'indices matériels, mais également de la mise en cause d'un tiers (victime ou témoin), des déclarations de l'intéressé que contrediraient les constatations des enquêteurs, du comportement anormal de la personne sur le lieu des faits, etc. »

Le Garde des Sceaux, dans une circulaire du 10 janvier 2002, a été plus précis encore. Il a indiqué qu'étaient notamment susceptibles de permettre le placement en garde à vue, le comportement anormal de la personne, et notamment le fait que celle-ci s'enfuit lors de l'arrivée des enquêteurs. Malgré l'ensemble de ces précisions, le présent article tend à remplacer la notion d'indices par celle de raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis une infraction.

²⁸⁷ BADINTER (Robert), *JORF Sénat, débats parlementaires*, année 2002 n°15S (C.R.), vendredi 8 février 2002, p. 1193.

²⁸⁸ SCHOSTECK (Jean-Pierre), *Rapport sur la modification de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence*, rapport Sénat n° 245, 2001-2002.

Le 10 janvier 2002, la circulaire a été adressée aux procureurs et précise : « ainsi, il suffit qu'existe un seul indice de culpabilité - cette notion d'indice devant être comprise comme l'existence d'une raison plausible permettant de soupçonner la personne - pour permettre un placement en garde en vue, dès lors que les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient. »

Ces deux Sénateurs critiquent la notion de raisons plausibles comme étant extrêmement ambiguë et floue. D'ailleurs, la notion d'indices est connue depuis longtemps en droit français et a donné lieu à une jurisprudence importante. Dans le domaine du contrôle d'identité effectué par la police judiciaire, la Cour de Cassation a pu estimer que la connaissance de l'intéressé par les agents de police judiciaire qui ont procédé à ce contrôle, et ainsi savaient être l'objet d'une fiche de recherches, permettait l'existence d'un indice faisant présumer l'une des situations prévues à l'article 78-2 alinéa 1^{er} du CPP.²⁸⁹ De la même manière, l'existence de soupçons antérieurs sur le comportement délictueux de l'intéressé n'est pas de nature à faire obstacle au contrôle d'identité (pour des personnes soupçonnées de participer à un trafic de stupéfiants et placées, de ce fait, sous surveillance policière).²⁹⁰

158. Le contrôle d'identité d'initiative doit être fondé sur des éléments concrets, objectifs, qui, tout en assurant au policier une induction vraisemblable, puissent être aisément vérifiés tant par le « contrôlé » que par l'autorité judiciaire. C'est pourquoi le législateur a exigé de l'officier de police judiciaire qu'il mentionne le motif du contrôle dans le procès-verbal de vérification. La Cour de Cassation l'a rappelé expressément quand elle a obligé à une motivation concrète, par référence à la situation de fait découverte, sans invoquer un des cas légaux. Ainsi, le « manège » selon l'expression utilisée par les agents, de trois individus qui, à la nuit tombante, stationnent sans raison apparente, à proximité d'un parking où sont garés les véhicules automobiles, et cela pendant plus d'une demie heure, l'un d'entre eux s'approchant même des voitures en stationnement, constitue un indice faisant présumer qu'ils se préparaient à commettre un vol de voiture ou des vols dans les voitures.²⁹¹

Un seul indice suffit à justifier un contrôle de police judiciaire. Les indices utiles, parmi lesquels le policier ou le gendarme ont la faculté de choisir pour fonder un contrôle, peuvent être puisés dans la plupart de ceux qui sont utilisés en cas de flagrance. La jurisprudence a de cette manière admis que constitue un indice désignant une personne à la force publique le fait de changer de direction à la vue des agents de police²⁹², le fait de montrer sa méfiance à la vue des policiers alors que l'intéressé porte un sac poubelle renfermant visiblement une grande quantité de

²⁸⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 juillet 1996, source : *LexisNexis*.

²⁹⁰ Cour de cassation, chambre Criminelle, 1er février 1994, source : *LexisNexis*.

²⁹¹ Cour de cassation, chambre Criminelle, 13 janvier 1986, « Venathathan », source : *LexisNexis*.

²⁹² Cour d'Appel de Paris, 8 mars 1988, Juris-data n° 022337.

marchandises.²⁹³

Pour intervenir, la police judiciaire doit se prévaloir d'authentiques motifs. Ceux-ci sont tirés des situations les plus fréquentes en police judiciaire, celles dans laquelle une personne a commis ou tenté de commettre une infraction et celles d'une personne susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête, en cas de crime ou de délit. Donc, dès lors qu'il a perçu un indice laissant penser qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, un policier ou un gendarme peut inviter celle-ci à justifier de son identité quel que soit le cadre juridique de leur intervention, le flagrant délit, l'enquête préliminaire ou la commission rogatoire.²⁹⁴

Le cas le plus fréquent de contrôle d'identité de police judiciaire est celui de l'interpellation d'un individu dans le cadre d'une enquête de flagrance.²⁹⁵

2) Le contrôle d'identité requis.

159. Pour que le contrôle de police judiciaire puisse s'exercer aussi lorsque l'individualisation préalable s'avère impossible par l'existence d'indices, la loi a aménagé ce contrôle ; on peut le dénommer « contrôle requis » pour bien marquer qu'il ne peut être opéré par les agents de la force publique que dans la mesure où le Procureur de la République les en a formellement requis (article 78-2 alinéa 3 CPP).

Voulant permettre à la force publique d'organiser des contrôles d'identité systématiques, le législateur a dû, pour éviter la censure du Conseil constitutionnel, en confier la décision à l'autorité judiciaire. Aux termes de l'article 78-2 alinéa 2 du CPP, le contrôle d'identité requis implique que le Procureur de la République ait pris une réquisition écrite motivée. Ce contrôle est encadré par de strictes conditions d'exercice. Le législateur a prévu de cette manière que le Procureur de la République dût mentionner sur la réquisition les infractions dont il avait pu, au vu des procédures ou rapports envoyés par les policiers et les gendarmes, constater la gravité et la répétition.

De plus, l'article 78-2 alinéa 6 CPP édicte que le Procureur de la République doit, dans sa réquisition, indiquer aux agents de la force publique, les lieux et la période de temps de ce contrôle dont il requiert l'exécution.

²⁹³ Cour d'Appel de Paris, 29 mars 1990, Juris-data n° 023508.

²⁹⁴ Cour de cassation, chambre Criminelle, 15 juin 1994, « Lefort », source : Légifrance ; pour un contrôle d'identité opéré par des gendarmes d'une personne qui, ayant exprimé son refus d'effectuer son service national en allant déposer son ordre d'appel à la gendarmerie, se trouvait en état d'insoumission et faisait l'objet de recherches de ce chef.

²⁹⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 07 avril 1993, « Mezroui », source : Légifrance ; les agents de la force publique apercevant un individu qui déambulait « dans un état d'ivresse manifeste susceptible de provenir notamment de l'utilisation de produits stupéfiants » ont procédé à ce contrôle.

La force publique s'est vue attribuée la possibilité d'opérer un contrôle préventif de l'identité des personnes, ce qui n'est pas sans susciter quelques interrogations en raison même de ce caractère préventif.

B. Le contrôle d'identité de police administrative : un contrôle d'identité préventif.

160. Contesté parce que répondant à un aménagement des libertés selon le mode préventif, le contrôle d'identité de police administrative s'est cependant imposé par une nécessité concrète. Le contrôle d'identité de police administrative peut concerner n'importe quel particulier, alors même que ce dernier n'a commis aucune infraction. Par ce caractère indéterminé, il s'oppose ainsi au contrôle d'identité de police judiciaire, toujours individualisé, quand bien même il obéit aux mêmes modalités (article 78-2 alinéa 2 CPP) parce qu'accompli par les mêmes agents selon la même règle de preuve.

Ce contrôle d'identité s'applique indistinctement à toute personne sans qu'il soit besoin que son comportement la désigne particulièrement à l'agent compétent. Pour éviter l'arbitraire, la loi a posé l'exigence d'une motivation. Ce contrôle peut aux termes de l'article 78-2 alinéa 3 CPP être opéré à l'encontre de toute personne. Quand bien même celui-ci est indéterminé, il ne peut pas être systématique. Le Conseil constitutionnel, après avoir déclaré le contrôle d'identité préventif conforme à la Constitution par sa décision des 19-20 janvier 1981, a prohibé la pratique des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, ajoutant que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières, établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle.²⁹⁶

Le Conseil constitutionnel en 1981, par son contrôle de proportionnalité, avait fait prévaloir la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, qui sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle, sur la liberté d'aller et de venir. Le Conseil constitutionnel avait ici usé d'un contrôle normal de proportionnalité aboutissant selon lui à la prévalence de l'ordre public sur la liberté individuelle. Dans le cas présent, on peut se demander si la Haute Juridiction Constitutionnelle se pose comme étant le défenseur des libertés. Ainsi, on peut souscrire à la pensée du Professeur POIRMEUR qui précise que « rien n'assure [...] que

²⁹⁶ CC, décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Recueil*, p. 213 ; *Journal officiel de la République française* du 07 août 1993, p. 11193.

l'interprétation retenue par le juge sera bien protectrice des droits de l'Homme » et de cette façon, met en exergue la fragilité des « droits de l'homme de papier »²⁹⁷. Mais le Conseil constitutionnel, douze ans après, est revenu sur sa jurisprudence, pour assurer une nitescence plus intense de la liberté individuelle.

161. Le contrôle d'identité préventif doit être nécessairement motivé et cette motivation gouverne son champ d'application. Celle-ci possède un contenu précis défini par le droit administratif. La loi du 3 septembre 1986 n'a pas voulu enfermer ce contrôle dans des limites trop strictes afin de donner à l'agent de la force publique une certaine latitude dans son action quotidienne, confronté à une réalité impossible à caractériser avec précision dans un texte.

La prévention d'atteinte à l'ordre public suppose qu'existe un risque de trouble préalable à tout contrôle d'identité préventif. Ce risque peut apparaître soudainement et être ainsi laissé à l'appréciation exclusive de l'officier de police judiciaire qui devra être capable d'en démontrer la réalité. Mais, le risque peut aussi résulter d'une situation antérieure de trouble à l'ordre public, objectivement constaté, de laquelle on induit une menace de désordre à venir. Donc, le contrôle d'identité est fondé sur la constatation de troubles déjà réalisés.

La motivation concrète de ce type de contrôle d'identité a conduit la Cour de Cassation à déclarer nul un contrôle d'identité dans une station de métro parisien, faute pour les policiers d'avoir précisé en quoi la sûreté des personnes et des biens était immédiatement menacée censurant ainsi une motivation trop abstraite.²⁹⁸

En revanche, la motivation fondée sur la survenance d'un trouble ponctuel semble plus délicate à mettre en œuvre, dans la mesure où la preuve de l'atteinte à l'ordre public ne peut être aisément rapportée à moins que la commission d'une infraction ne vienne fournir l'élément objectif indiscutable. Mais, dans ce cas, une difficulté surgit : deux contrôles peuvent être opérés simultanément, à savoir, celui de police judiciaire à l'encontre de toutes personnes désignées par un indice, celui de police administrative pour toutes personnes se trouvant dans le territoire environnant cette infraction.

162. Le contrôle d'identité peut aussi concerner un ressortissant étranger. Autrefois prévu par le décret du 18 mars 1946, en même temps que par un alinéa de l'article 78-2 du Code de Procédure Pénale actuellement abrogé, ce contrôle est aujourd'hui aménagé par la loi n° 93-1027 du 24 août

²⁹⁷ POIRMEUR (Yves), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'Homme ? » in DRAGO (G.), FRANCOIS (B.) MOLFESSIS (N.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, 415 p.

²⁹⁸ Cour de cassation, chambre Criminelle, 04 octobre 1984 « KANDÉ », source : *LexisNexis*.

1993 qui, réforme l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Cette ordonnance prévoit que « en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France, à toutes réquisitions des officiers de police judiciaire et sur l'ordre et la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du Code de Procédure Pénale.

En outre, la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 a conféré aux services de police et de gendarmerie le pouvoir de retenir le passeport ou le document de voyage des étrangers en situation irrégulière. Mais, ce contrôle pose, dans sa mise en œuvre, le problème de savoir comment ces personnes peuvent être désignées aux policiers ou aux gendarmes sans que le contrôle ne devienne « un contrôle au faciès »²⁹⁹.

Après avoir affirmé que les agents de la force publique pouvaient effectuer un tel contrôle en dehors de tout contrôle d'identité, la Chambre criminelle a précisé que l'individualisation d'un étranger lors d'un contrôle de titre devait répondre à « des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [...] de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger ».³⁰⁰

À défaut de pouvoir se référer à une définition précise du critère de l'extranéité, la jurisprudence admet les contrôles de titres de séjour fondés sur le fait, pour la personne contrôlée, de circuler à bord d'un véhicule immatriculé dans un pays étranger³⁰¹, de se préparer à entrer ou à sortir d'un foyer de travailleurs immigrés alors que le directeur de celui-ci a signalé la présence de nombreux étrangers en situation irrégulière.³⁰²

Le législateur de 1993 a eu l'ambition manifeste d'élaborer pour les contrôles d'extranéité un cadre juridique. Pour leur mise en œuvre, il accorde compétence aux agents qui sont déjà chargés des contrôles d'identité, c'est-à-dire à la responsabilité des officiers de police judiciaire que sont les policiers et les gendarmes. Toutefois, il n'existe pas de véritable coordination entre le contrôle d'identité et le contrôle de titre. Il existe seulement un aménagement prévu par l'article 8 alinéa 3 de

²⁹⁹ MORANGE (J.), « Les contrôles préventifs d'identité, chronique à propos des arrêts de la chambre criminelle des 4 octobre 1984 et 25 avril 1985 », in *RFDA* 1986, pp. 444 et suivantes.

³⁰⁰ Cour de cassation, chambre Criminelle, 25 avril 1985 « BOGDAN et VUCKOVIC », source : *LexisNexis*. (À propos de l'interpellation sur un quai de gare par les gardiens de la paix d'un étranger en séjour irrégulier sur le territoire français).

³⁰¹ Cour de cassation, chambre Criminelle, 25 avril 1985, « BOGDAN », précité.

³⁰² Cour d'Appel de Paris, 2 février 1988, *Juris-data* n°021384.

l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui prévoit que : « à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1 et 78-2 du Code de Procédure Pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent également être tenues de présenter les pièces et documents [qui les autorisent à circuler et à séjourner en France]. »

Si la justification d'identité demandée n'a pas été fournie à l'agent de la force publique commence alors la deuxième étape du dispositif de recherche d'identité : celle des vérifications d'identité³⁰³.

Les contrôles effectués par la force publique en vue de rechercher les auteurs d'infractions doivent s'adapter au milieu naturel. De cette manière, la force publique qui constitue un service public respecte le principe d'adaptabilité afin de servir au mieux les droits et libertés des personnes qui vivent sur le territoire étatique.

³⁰³ Voir *infra*.

III. Les contrôles hodographiques opérés par la force publique : l'adaptabilité du service public policier au milieu naturel (l'exemple des contrôles routiers)

163. L'action de la force publique qui vise à rechercher les auteurs d'infractions s'adapte aux différents milieux naturels. Ainsi, la force publique déploie sa contrainte sur les différentes voies de communication que l'Homme a créées, dans le milieu terrestre, dans le milieu nautique et dans le milieu aérien. À chacun des ces divers milieux, correspond une force publique compétente pour réprimer les infractions au pacte social. La force publique s'adapte au milieu aquatique et celle-ci peut faire respecter les règles juridiques en effectuant des contrôles nautiques. Ces contrôles connaissent un encadrement *ratione personae* : l'exercice des contrôles en milieu nautique appartient en France de manière principale à la gendarmerie maritime. Cette institution a connu un statut juridique qui a varié depuis 1820. L'ordonnance édictée le 29 octobre 1820, ordonnance portant règlement sur le service de la gendarmerie. Le texte de droit positif est l'arrêté du 4 mars 2013 relatif à l'organisation et au service de la gendarmerie maritime³⁰⁴. La gendarmerie maritime constitue une des formations spécialisées de la gendarmerie nationale. Mais, il faut bien souligner qu'elle est placée pour emploi auprès du chef d'état-major de la Marine. La gendarmerie maritime exerce sa contrainte en milieu nautique en relation avec les Affaires maritimes. Sa figure centrale est constituée par le Préfet maritime.

En outre, dans le domaine portuaire, le déploiement de pouvoirs de police judiciaire est l'apanage des Officiers de port. Ce fut le Décret impérial portant organisation des Officiers et des Maîtres de port préposés à la police des Ports maritimes de commerce, décret impérial du 15 juillet 1854³⁰⁵, qui constitua le fondement juridique de leur création. Ainsi, s'agissant de la répression des infractions, le fait pour le capitaine d'un navire mouillé, de refuser de conduire ce navire à la place qui lui avait été assignée par l'autorité maritime, constitue une contravention de grande voirie (le fondement juridique reposant sur l'ordonnance d'août 1681)³⁰⁶. Ainsi, en milieu nautique et plus précisément dans le domaine maritime, la force publique française présente de cette manière un

³⁰⁴ NOR: INTJ1239130A, *JORF* n°0066 du 19 mars 2013, texte n° 13.

³⁰⁵ *Bulletin des lois de l'Empire français, XIème série, règne de Napoléon III, Empereur des Français, premier semestre de 1855 contenant les lois et décrets d'intérêt public et général publiés depuis le 1er janvier jusqu'au 30 juin inclusivement*, tome cinquième, numéros 254 à 307, Paris, Imprimerie impériale, août 1855, bulletin des lois numéro 277, texte numéro 2479, pp. 400-407.

³⁰⁶ Conseil d'État, 17 juin 1878, « Large », *Recueil Sirey* 1880, deuxième partie, 89. Cet arrêt du Conseil d'État vient confirmer l'arrêt du Conseil d'État en date du 29 décembre 1870 « Guegon », *Recueil Sirey* 1873, deuxième partie, 64.

caractère protéiforme. Les contrôles nautiques opérés par la force publique sont donc encadrés *ratione personae*³⁰⁷.

De plus, les contrôles de la force publique s'adaptent au service public concerné. Ainsi, la puissance publique mit en place, suite à l'apparition du chemin de fer au XIX^{ème} siècle une police des chemins de fer³⁰⁸ par le vote de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. Sur le milieu terrestre, la force publique procède ainsi à des contrôles nécessaires à la préservation de la vie humaine des usagers des voies de communication terrestres que la figure étatique a édifiées. Ces contrôles qui portent légitimement atteinte à la liberté d'aller et de venir obéissent à des règles juridiques précises, lesquelles concourent de cette façon à la nécessaire conciliation entre les libertés constitutionnellement garanties et la recherche des auteurs d'infractions.

164. Les contrôles routiers portent atteinte à la liberté d'aller et venir ; cette atteinte est parfaitement légitime puisqu'elle vise la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions. Ces buts sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle. Il appartiendra au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir.

La liberté d'aller et de venir ne peut s'exercer dans le cadre du territoire étatique que parce que l'État édifia des voies de communication afin de faciliter les déplacements humains et le commerce. Ainsi, par exemple, le décret impérial du 10 prairial an XII³⁰⁹ prescrivit la confection des

³⁰⁷ Nous restreignons notre étude aux contrôles opérés dans le milieu terrestre, et plus particulièrement routier et autoroutier ; mais, nous tenions à viser les contrôles nautiques et les contrôles ferroviaires, lesquels constituent des facettes adamantines de la force publique.

³⁰⁸ La loi sur la police des chemins de fer fut publiée au *Bulletin des lois du Royaume de France, IX^{ème} série, règne de Louis-Philippe I^{er}, roi des Français, deuxième semestre de 1845, contenant les lois, les ordonnances d'intérêt public et général et les décisions royales rendues depuis le 1^{er} juillet 1845 jusqu'au 1^{er} janvier 1846, ainsi que les actes des gouvernements antérieurs non publiés au bulletin des lois*, tome 31^{ème}, numéros 1215 à 1268, Paris, imprimerie royale, février 1846, bulletin des lois numéro 1221, texte numéro 12 095, pp. 109-116.

On pourra également se référer à : PALAA (J.-G.), *Dictionnaire législatif et réglementaire des chemins de fer, résumé des documents officiels en vigueur et des principaux renseignements pratiques sur l'établissement, l'entretien, la police et l'exploitation des voies ferrées ; personnel, exploitation-technique, matériel, voie, service commercial, troisième édition entièrement remaniée et comprenant un grand nombre de nouvelles indications et notamment les conventions de 1883*, tome second, librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1887, 885 pages ; l'auteur exerça les fonctions de conducteur principal des ponts et chaussées, il fut chevalier de la légion d'honneur.

³⁰⁹ *Bulletin des lois de l'Empire français, 4^{ème} série, tome troisième, contenant les Lois rendues depuis le 1^{er} Germinal jusqu'au 4^{ème} Jour complémentaire an XII*, Bulletin des lois de l'Empire français n° 47, pp. 199-200. (N°

routes de Bourges à Sancerre, de Blanc à Mornay et de Moulines à Tours. La puissance publique est donc légitime à ce titre à réguler le comportement des personnes qui utilisent ces voies de communication³¹⁰.

Pour exercer sa contrainte légitime, la force publique doit recevoir une habilitation spécifique ; autrement dit, la force publique doit jouir d'une compétence *ratione personae* : tel est le rôle de la force publique routière et autoroutière (§1).

Dans le cadre de la police de circulation, (le mot circulation désignant la possibilité de se déplacer à l'aide d'un véhicule terrestre à moteur en usant de voies de communication terrestre), la puissance publique est amenée à examiner l'aptitude à la conduite de l'être humain : capacités physiques et compétences techniques. Agissant à l'aune du principe de légalité, la force publique fonde son contrôle routier sur la violation des prescriptions légales et réglementaires applicables en

777.) La route commencée de Bourges à Sancerre sera achevée ; celle de Blanc à Mornay, particulièrement aux environs du port de Mornay, et celle de Moulines à Tours, seront exécutées conformément aux plans, devis et détails estimatifs rédigés par l'ingénieur en chef des ponts-et-chaussées, et approuvés par le ministre de l'intérieur. (Article 1^{er}) Pour subvenir au paiement des travaux de la route de Bourges à Sancerre, à compter de l'an XIII, il sera levé, pendant cinq années consécutives, un centime additionnel par franc des contributions foncière, mobilière et personnelle, et de celle des portes et fenêtres et des patentes, dans les 1^{er} et 2^{ème} arrondissement du département du Cher. (Article 2). A compter de la même époque, il sera en outre perçu, pendant le même espace de cinq ans, deux autres centimes par franc sur toutes les contributions du département du Cher, pour subvenir aux frais des travaux sur les routes de Blanc à Mornay, et de Moulines à Tours. (Article 3). Les fonds provenant des impositions ci-dessus autorisées seront perçus dans la forme prescrite pour les autres contributions directes et versés entre les mains du receveur général, pour être employés aux travaux sur les mandats du préfet, délivrés d'après le certificat de l'ingénieur en chef des ponts-et-chaussées. (Article 4). Le ministre de l'Intérieur est chargé de l'exécution du présent décret. Signé NAPOLÉON. Par l'Empereur, Le Secrétaire d'état signé HUGUES B. MARET.

³¹⁰ Le fondement juridique positif est le Code de la voirie, qui fut codifié par la Loi n° 89-413 du 22 juin 1989 relative au Code de la voirie routière (partie législative). NOR: EQUX8800040L, *JORF* du 24 juin 1989. Le Code de la voirie est en vigueur. Toutefois, l'édition du Code générale de la propriété des personnes publiques est venue abroger certaines des dispositions du Code de la voirie. « Le domaine public routier comprend l'ensemble des biens du domaine public de l'État, des départements et des communes affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées./ L'État veille à la cohérence et à l'efficacité du réseau routier dans son ensemble ; il veille en particulier à la sécurité, à la cohérence de l'exploitation et de l'information des usagers, à la connaissance statistique des réseaux et des trafics ainsi qu'au maintien, au développement et à la diffusion des règles de l'art./ Sur les réseaux relevant de leur compétence, les collectivités territoriales et leurs groupements définissent conjointement avec l'État les programmes de recherche et de développement des savoir-faire techniques dans le domaine routier. Ils sont associés à la définition des normes et définitions techniques correspondantes, adaptées à la spécificité de chacun des réseaux. » Article L. 111-1 (modifié par Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, article 18, *JORF* du 17 août 2004) du Code de la voirie routière, Partie législative, TITRE 1^{er} : Dispositions communes aux voies du domaine public routier. Chapitre 1^{er} : Définition.

Le nouveau texte juridique est l'article L. 2111-14 du Code général de la propriété des personnes publiques. Partie législative, Deuxième partie : GESTION, Livre 1^{er} : BIENS RELEVANT DU DOMAINE PUBLIC, Titre 1^{er} : CONSISTANCE DU DOMAINE PUBLIC, Chapitre 1^{er} : Domaine public immobilier Section 4 : Domaine public routier. L'article L. 2111-14 énonce que : « Le domaine public routier comprend l'ensemble des biens appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L. 1 et affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées. » Le Code général de la propriété des personnes publiques fut codifié par l'Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, *JORF* du 22 avril 2006.

la matière ; ces normes juridiques visant le respect du droit à l'intégrité physique et la protection du droit à la vie des usagers des voies de communication (§2).

§ 1. La compétence *ratione personae* de la force publique routière et autoroutière.

165. Les contrôles sont opérés par la force publique selon des règles de compétence précises ; ces règles visent à déterminer au sein de la force publique les fonctionnaires habilités à exercer ces contrôles. Il convient ici de mettre en lumière les officiers de police judiciaire, au sein desquels il existe les officiers de police judiciaire à compétence routière. L'article L. 23-1 du Code de la route³¹¹ prévoit que les fonctionnaires du corps de commandement et d'encadrement de la police nationale affectés à une circonscription territoriale ne dépassant pas le ressort de la cour d'appel, nominativement désignés par arrêté des ministres de la Justice et de l'Intérieur ont qualité d'officier de police judiciaire, uniquement dans les limites de cette circonscription pour rechercher et constater les infractions au Code de la route et les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et R. 40 quatrièmement (lire R. 625-2) du Code pénal commises à l'occasion d'accident de la circulation, à l'exclusion de celles commises en relation avec des manifestations sur la voie publique, et de toutes autres infractions.

S'agissant des attributions des officiers de police judiciaire à compétence routière, il convient de souligner que ces fonctionnaires n'exercent qu'une compétence d'attribution, à savoir constater les infractions au Code de la route. Ceux-ci ne peuvent donc en aucun cas décider des mesures de garde à vue ni procéder à la visite des véhicules, mais, en dépit du silence du texte, ces fonctionnaires peuvent procéder aux auditions qui accompagnent la constatation d'un accident de la circulation (circulaire du garde des Sceaux, circulaire datée du 21 avril 1979). Ils ne peuvent exercer effectivement les attributions attachées à leur qualité d'officier de police judiciaire que dans les conditions prévues aux alinéas quatre et cinq de l'article 16 du Code de procédure pénale.

En outre, ils sont compétents pour ordonner les recherches tendant à établir le taux d'imprégnation alcoolique des conducteurs (Code des débits de boissons, article L. 88 ; Code de la route, article L. 1er). Ces fonctionnaires peuvent également prescrire l'immobilisation des véhicules terrestres à moteur (Code de la route, article R. 277). Ils sont aussi compétents pour procéder à toutes vérifications prescrites par le Code de la route concernant le véhicule terrestre à moteur ou la personne (article L. 4 du Code de la route).

³¹¹ Cet article est issu des lois suivantes : loi numéro 78-788 du 28 juillet 1978 ; loi numéro 85-1196 du 18 novembre 1985, loi numéro 95-125 du 8 février 1995 et loi numéro 96-647 du 22 juillet 1996.

Aussi, lorsque l'enquête requiert une introduction coercitive dans un domicile pour y examiner le véhicule de l'auteur présumé d'un délit de fuite ou bien lorsque l'enquête nécessite la rétention de l'auteur présumé d'une infraction (mesure qui requiert une mise en garde à vue), l'officier de police judiciaire à compétence routière doit, sans retard, saisir à cette fin un officier de police judiciaire à compétence générale.

Une question a surgi concernant la compétence de l'officier de police judiciaire routier relativement à l'exécution d'une commission rogatoire dans le cadre d'une information qui vise une infraction routière (par exemple, un homicide par imprudence). L'analyse des travaux parlementaires incite à en douter³¹². Toutefois, rien dans le texte ne s'y oppose formellement, dès lors que l'exécution ne requiert pas l'accomplissement d'un acte (à savoir par exemple la perquisition ou la fouille de véhicules ou la mise en garde à vue) interdit à l'officier de police judiciaire routier. Il convient également de relever que l'officier de police judiciaire routier ne peut bénéficier de l'une des extensions de compétences prévues par le Code de procédure pénale (circulaire du garde des Sceaux, circulaire numéro 153-19, en date du 21 avril 1979)³¹³.

Il convient également de préciser que sans préjudice de la compétence générale des officiers et des agents de police judiciaire, ont compétence pour constater par procès-verbal les contraventions prévues par la partie Réglementaire du Code de la route dans la mesure où elles se rattachent à la sécurité et à la circulation routières : premièrement, les personnels de l'Office national des forêts ; deuxièmement, les gardes champêtres des communes ; [...] (Article L. 130-4 du Code de la route).

³¹² *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 10 mai 1978, p. 714.

³¹³ Concernant la compétence territoriale de la force publique, l'on se reportera à l'ouvrage de BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit, Méthodes du droit*, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2003, 374 pages. Agrégé des facultés de droit, il est Professeur à l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III (France), Directeur de l'Atelier de Méthodologie Juridique (AMJ), du Groupe de Recherche en Droit Immobilier de l'Aménagement, de l'Urbanisme et de la Construction (GREDIAUC) et du Centre de Recherche et d'Études de Droit Immobilier (CREDI), Responsable du Master de droit notarial.

La question de la compétence territoriale est si importante et, toutefois, elle est parfois passée sous silence. Ainsi, Louis LAMBERT (commissaire de police), dans son *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de procédure policière à l'usage des commissaires de police et des autres officiers de police judiciaire* (J. Desvigne, Lyon, 1945, 384 p.) n'étudiait pas la compétence territoriale, à titre principal. Cette question peut également être évoquée, mais uniquement de manière indirecte (Jean-Jacques GLEIZAL, *La police nationale, droit et pratique policières en France*, thèse soutenue à l'université de Lyon, Presses universitaires de Grenoble, 1974, 359 pages ; voir p. 276 et p. 284). De plus, les auteurs ne l'examinent généralement que dans le domaine de la police judiciaire. Mais, comme le souligne si justement le Professeur LEVASSEUR, « quoi que les règles de compétence territoriale soient également d'ordre public, les mêmes abus ne sont pas à redouter pour la liberté individuelle » (LEVASSEUR (Georges), « Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité. », in *Mélanges HUGUENEY, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Édition Sirey, Paris, 1964, p. 25).

Au sein de la force publique, certaines composantes jouissent des compétences idoines dans le domaine routier et autoroutier. Leur intervention sera mise en œuvre dès lors qu'une prescription légale ou réglementaire sera enfreinte.

§ 2. La violation des prescriptions légales et réglementaires : le fondement du contrôle routier.

166. Nul ne peut conduire un véhicule automobile³¹⁴ ou un ensemble de véhicules s'il n'est porteur d'un permis de conduire en état de validité, délivré à son nom par le préfet du département, soit de sa résidence, soit de celui dans lequel ces épreuves ont été subies, sur l'avis favorable soit d'un inspecteur du permis de conduire et de la sécurité routière, soit d'un expert agréé par le ministre chargé de la sécurité routière. Le permis de conduire ne vaut, en principe, que pour la ou les catégories de véhicules qu'il vise expressément. Les catégories de permis de conduire sont détaillées à l'article R. 221-4 du Code de la route³¹⁵.

La possibilité de conduire un véhicule³¹⁶ étend ainsi dans l'espace la liberté de mouvement. Il existe entre États des accords reconnaissant la validité des permis obtenus à l'étranger ou facilitant les formalités pour obtenir un permis national sur présentation d'un permis étranger³¹⁷.

³¹⁴ Le terme « véhicule à moteur » désigne tout véhicule terrestre pourvu d'un moteur de propulsion, y compris les trolleybus, et circulant sur route par ses moyens propres, à l'exception des véhicules qui se déplacent sur rails. (Article L. 110-1 du Code de la route, Partie législative, Livre 1er : Dispositions générales).

³¹⁵ *Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts* ; BOI-ENR-TIM-20-60-10-20120912 ; 12/09/2012
ENR - Timbre et taxes assimilées - Permis de conduire. La délivrance des permis de conduire des véhicules automobiles, des motocyclettes d'une cylindrée supérieure à 125 cm³ et de tous autres véhicules à moteur (cartes roses) donne lieu au paiement de la taxe prévue à l'article 1599 terdecies du Code Général des Impôts.

³¹⁶ Le véhicule terrestre à moteur doit être immatriculé. Constitue une contravention prévue et réprimée par l'article R. 239, alinéa 1er, du Code de la route, l'apposition à l'arrière d'un véhicule d'une plaque minéralogique sur laquelle le numéro d'immatriculation est reproduit en caractères noirs sur fond blanc, en violation des dispositions, tant de l'arrêté du 6 novembre 1963, modifié par celui du 18 février 1992, que de l'arrêté du 1er juillet 1996, applicable depuis le 1er octobre suivant, et dans laquelle sont incorporés deux écussons réduisant les dimensions des caractères, en méconnaissance des dispositions de l'arrêté du 16 juillet 1954 modifié, comme de celles de l'arrêté du 1er juillet 1996 susvisé.

L'article R. 239, alinéa 1er, du Code de la route punit toute personne, quelle que soit sa qualité, qui contrevient aux prescriptions réglementaires concernant les plaques d'immatriculation. Justifie ainsi sa décision le tribunal de police qui déclare coupable de cette contravention le simple conducteur d'un véhicule muni de plaques non conformes à ces prescriptions.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 9 juillet 1997, 96-84.663, *Bulletin criminel* 1997, N° 270, p. 916.

³¹⁷ PRELLE (M.) « Le régime international des permis de conduire », *JCP* 1981. I. 3052 ; voir, la directive numéro 80/1263, CEE du Conseil du 4 décembre 1980 relative à l'instauration d'un permis de conduire communautaire (JOCE, 31 décembre 1980), l'arrêté et la circulaire du 28 mars 1977 relatives aux conditions de reconnaissance et d'échanges des données de permis de conduire délivrés à l'étranger (*Journal officiel de la République française* du 30 avril 1977).

Et, voir ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'Homme et Libertés fondamentales*, Montchrestien, collection « Domat Droit Public », Paris, 7^{ème} édition, 1999, 909 p. ; voir spécialement, Chapitre 6 « La liberté d'aller et venir », Section 3 « La police de circulation », §1. Le conducteur : le permis de

Dans le cadre juridique communautaire, la directive du Conseil du 29 juillet 1991 relative au permis de conduire (91/439/CEE) (*JOCE* L 237/1, 24-8-91) modifiée par la directive du Conseil des Communautés européennes 97/26/CE du 2 juin 1997, abroge la directive 80/1263 CEE du 4 décembre 1980 avec effet au 1er juillet 1996, date qui correspond à celle imposée aux États membres pour sa transposition en droit national. La nouvelle directive fixe un modèle communautaire de permis de conduire décrit dans une annexe d'après lequel les États établissent le permis de conduire national. Elle préconise que les permis de conduire délivrés par les États membres soient mutuellement reconnus (article 1er). Comme toute personne ne peut être titulaire que d'un seul permis de conduire délivré par l'État membre, la directive expose avec minutie les conditions dans lesquelles le permis sera échangé lorsque son titulaire aurait établi sa résidence normale, défini par l'article neuf, dans un État membre autre que celui qui a délivré le permis (article huit).

167. Les contrôles sont effectués par la force publique sur **le domaine public routier**. Il convient de se reporter à sa définition légale. La définition des voiries nationales, départementales et communales est fixée aux articles L. 121-1, L. 122-1, L. 123-1, L. 131-1, L. 141-1, L. 151-1 et L. 161-1 du Code de la voirie routière : Les voies du domaine public routier national sont : 1° Les autoroutes ; 2° Les routes nationales. Le domaine public routier national est constitué d'un réseau cohérent d'autoroutes et de routes d'intérêt national ou européen. Des décrets en Conseil d'État, actualisés tous les dix ans, fixent, parmi les itinéraires, ceux qui répondent aux critères précités. L'État conserve dans le domaine public routier national, jusqu'à leur déclassement, les tronçons de routes nationales n'ayant pas de vocation départementale et devant rejoindre le domaine public routier communal. (Article L. 121-1.) Les autoroutes sont des routes sans croisement, seulement accessibles en des points aménagés à cet effet et réservées aux véhicules à propulsion mécanique. (Article L. 122-1).

168. Concernant la responsabilité pénale du conducteur, celui-ci est responsable pénalement des infractions commises par lui dans la conduite dudit véhicule. Toutefois, lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du présent code sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant si celui-ci a été cité à l'audience. (Article L. 121-1 du Code de la route, Partie législative, Livre 1er : Dispositions générales, Titre 2 : Responsabilité).

En outre, il convient de préciser que les contraventions réprimées par l'article R. 232 du Code de la route ne sont imputables qu'au conducteur du véhicule. Ainsi, encourt la cassation le jugement

conduire.

d'un tribunal de police qui condamne, en application de l'article R. 232.2° du Code précité, le dirigeant de la société propriétaire du véhicule contrôlé, sans constater que le prévenu en était le conducteur, alors que celui-ci contestait être l'auteur de l'infraction³¹⁸.

De la même manière, selon l'article R. 232 du Code de la route, les contraventions qu'il réprime ne sont imputables qu'au conducteur du véhicule. Encourt ainsi la cassation l'arrêt qui condamne, en application de l'article R. 232.7° du Code de la route, le dirigeant d'une société propriétaire d'un véhicule mais qui n'était pas le conducteur dudit véhicule³¹⁹.

La force publique vise donc dans le domaine de la sécurité routière à garantir le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des usagers de la voirie. Afin d'accomplir cette mission cardinale, la force publique routière et autoroutière doit procéder aux contrôles de l'excès de vitesse **(A)**. Lorsqu'elle opère ces contrôles, la force publique doit respecter le principe de légitimation qui permet aux personnes de l'identifier (nous prendrons l'exemple du « Cuerpos de Policía Local de Castilla y León » [Espagne]) **(B)**. La force publique doit faire montre d'une attitude respectueuse à l'égard de la personne contrôlée ; l'encadrement déontologique du comportement policier doit être ici encore encouragé (nous nous fonderons sur l'exemple du Grand-Duché de Luxembourg) **(C)**.

A. Le contrôle de l'excès de vitesse.

169. Lorsqu'elles sont effectuées par des appareils de contrôle automatique ayant fait l'objet d'une homologation, les constatations relatives à la vitesse des véhicules, aux distances de sécurité entre véhicules, au franchissement par les véhicules d'une signalisation imposant leur arrêt, au non-paiement des péages ou à la présence de véhicules sur certaines voies et chaussées, font foi jusqu'à preuve du contraire. Ces constatations peuvent faire l'objet d'un procès-verbal revêtu d'une signature manuelle numérisée.

Lorsque ces constatations font l'objet d'un traitement automatisé d'informations nominatives mis en œuvre conformément aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la durée maximale de conservation de ces informations ne peut excéder dix ans, sans préjudice de la possibilité pour le conducteur du véhicule ayant fait l'objet du contrôle de demander au procureur de la République territorialement

³¹⁸ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 17 septembre 1996, N° de pourvoi : 95-85829 ; publié au *bulletin* ; Cassation ; M. Milleville, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; Mme Batut, conseiller rapporteur ; M. Le Foyer de Costil, avocat général. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

³¹⁹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 15 septembre 1992, N° de pourvoi : 91-86600 ; publié au *Bulletin criminel 1992*, N° 282, p. 771 ; M. Tacchella, conseiller doyen faisant fonction, président ; M. Blin, conseiller rapporteur ; M. Libouban, avocat général.

compétent d'ordonner l'effacement des informations le concernant lorsqu'il a récupéré le nombre de points ayant été retirés de son permis de conduire ou lorsque la procédure le concernant a donné lieu à une décision définitive de relaxe.

Pour l'application des dispositions relatives à l'amende forfaitaire, le lieu du traitement automatisé des informations nominatives concernant les constatations effectuées par les appareils de contrôle automatisé est considéré comme le lieu de constatation de l'infraction. Lorsque l'excès de vitesse est constaté par le relevé d'une vitesse moyenne, entre deux points d'une voie de circulation, supérieure à la vitesse maximale autorisée entre ces deux points, le lieu de commission de l'infraction est celui où a été réalisée la deuxième constatation, sans préjudice des dispositions du précédent alinéa. (Article L. 130-9 du Code de la route)³²⁰. De plus, le Code de la route n'a institué, relativement à la contravention d'excès de vitesse, aucune présomption légale de culpabilité à la charge des propriétaires de véhicules.

Par ailleurs, dans le domaine du contrôle de l'excès de vitesse, les juges apprécient selon leur intime conviction et les règles de preuve du droit commun, les présomptions invoquées par le Ministère public quant à la culpabilité du conducteur d'une voiture automobile auquel est reproché un excès de vitesse constaté au moyen d'un appareil automatique sans que ce conducteur ait été interpellé³²¹.

170. Les contrôles de l'excès de vitesse sont souvent liés au taux d'alcoolémie du conducteur. S'agissant des contrôles d'alcoolémie, les juridictions françaises encadrent la pratique policière. Ainsi, la Cour de Cassation précise qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'impose que les imprimés délivrés, le cas échéant, par un éthylomètre soient joints à la procédure diligentée contre un prévenu poursuivi pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Aussi, l'absence du « ticket » délivré par l'éthylomètre à la procédure, n'entraîne pas la nullité du procès-verbal.³²²

³²⁰ Dans le domaine du contrôle de l'excès de vitesse, la contravention relevée au moyen d'un appareil automatique nécessite l'interpellation immédiate du conducteur. Encourt la cassation l'arrêt qui condamne pour excès de vitesse le propriétaire d'un véhicule contrôlé au moyen d'un appareil automatique, sans que le conducteur ait été interpellé, au seul motif qu'il était le propriétaire dudit véhicule et en se fondant sur une présomption de culpabilité que la loi n'édicte pas.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 21 octobre 1980, N° de pourvoi : 80-90860 ; publié au *Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle* N° 263 ; cassation ; M. Mongin, président ; M. Jégou, conseiller rapporteur ; M. Pageaud, avocat général.

³²¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 20 janvier 1977, n° de pourvoi : 76-92206, publié au *Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle* N° 29, p. 70, rejet ; M. Mongin, président ; M. Jégou, conseiller rapporteur ; M. Dullin, avocat général.

³²² Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 mai 1997, N° de pourvoi : 96-80160, publié au *Bulletin criminel* 1997, N° 171, p. 568 ; M. Milleville, conseiller doyen faisant fonction, président ; Mme Karsenty, conseiller rapporteur ; M. Cotte., avocat général.

De plus, la juridiction judiciaire suprême s'est prononcée sur la compétence des agents de police judiciaire relativement aux épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique qu'ils ont ordonnées. Pour la Cour, il résulte des dispositions combinées des articles L. 1er-1, alinéa 2, et L. 14.1° du Code de la route que les agents de police judiciaire sont compétents, même s'ils ne sont pas placés sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire, pour soumettre un automobiliste aux épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique par l'air expiré, dès lors qu'ils relèvent des indices laissant présumer qu'il conduisait sous l'empire d'un état alcoolique³²³.

En outre, il se déduit de l'article L. 3 du Code de la route que l'agent de police judiciaire qui dresse un procès-verbal de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, à l'occasion d'un contrôle préventif d'alcoolémie pratiqué sur l'ordre et sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire, doit seulement mentionner dans le procès-verbal l'identité de celui-ci, ainsi que la nature de l'ordre reçu, concernant les heures et lieux du contrôle ; il n'est pas nécessaire que soit joint à la procédure un écrit matérialisant cet ordre³²⁴.

171. En matière d'exécution des peines dans le domaine de la sécurité routière (suspension du permis de conduire), il résulte des termes de l'article 708 du Code de procédure pénale que la demande de fractionnement de l'exécution d'une peine de suspension du permis de conduire ne peut être soumise à la juridiction saisie de l'action publique, dès lors qu'elle ne peut viser qu'une condamnation définitive, et exige une proposition du ministère public, lorsque celui-ci n'est pas lui-même compétent pour en décider³²⁵.

B. Le principe de légitimation : l'exemple du « Cuerpos de Policía Local de Castilla y León » (Espagne).

172. Il convient de préciser que la force publique lorsqu'elle agit doit obéir à un **principe de légitimation**. En d'autres termes, les usagers du domaine public doivent avoir connaissance de la qualité de membre de la force publique des agents qui les contrôlent. Ainsi, en **Espagne**, l'*Orden* daté

³²³ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 5 novembre 1997, 97-81.178, *Bulletin criminel* 1997, N° 375, p. 1263 ; M. Guilloux, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; M. Poisot, conseiller rapporteur ; M. de Gouttes, avocat général.

³²⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 10 mars 1998, 97-81.908, *Bulletin criminel* 1998, N° 90, p. 243 ; M. Milleville, conseiller doyen faisant fonction, président ; Mme Batut, conseiller rapporteur ; M. Dintilhac, avocat général.

³²⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 30 novembre 1977, N° de pourvoi : 77-90680 ; publié au *bulletin criminel cour de cassation chambre criminelle* N° 380, p. 1011 ; cassation partielle ; M. Depaule, président, M. Dauvergne, conseiller rapporteur, M. Aymond, avocat général.

du 13 juin 2006 détermine les caractéristiques de l'image des véhicules des Corps de police locale de Castilla et León (« **Cuerpos de Policía Local de Castilla y León** »)³²⁶. La loi 9/2003 du 8 avril 2003, loi portant coordination des Polices locales de Castilla et León dispose, en son article 18, que l'Assemblée de Castilla et León (« Junta de Castilla y León »), à travers le ministère compétent, coordonne l'action des Polices Locales dans le cadre territorial compétent et vise l'homogénéisation des moyens techniques utilisés par les Corps de Police Locale. À cet effet, les normes juridiques approuvées par le décret 84/2005 daté du 10 novembre 2005, établissent que « en vue d'identifier et de réaffirmer l'identité des Corps de Police Locale de la Communauté (« Comunidad ») le ministère (« Consejería de Comunidad autónoma ») compétent en matière de polices locales établit de manière réglementaire une image corporative commune dans laquelle chaque mairie incorpore les symboles qui lui sont propres ».

Ainsi, le ministère établit la régulation des caractéristiques de l'image des véhicules de dotation policière. À cet effet, l'article unique de l'Ordre (Orden) PAT/1056/2006, en date du 13 juin 2006 prescrit que « les véhicules qu'utilisent les membres des Corps de Police Locale, et de la même manière ceux des « Vigilantes Municipales », dans les villes dans lesquelles le Corps de Police Locale n'existe pas et qui exercent totalement ou partiellement leurs devoirs, devront avoir, à partir de l'entrée en vigueur de cet ordre, les caractéristiques définies par le Manuel Corporatif pour la Police locale qui figure à l'annexe I. L'annexe I du Manuel corporatif pour la Police Locale prescrit ainsi les normes fondamentales de l'identité visuelle corporative unifiée pour les véhicules des Polices Locales de la Communauté autonome de Castilla et León. Ces véhicules devront arborer la marque corporative de la police, le numéro 112, le blason institutionnel, les couleurs corporatives ainsi que la typographie corporative. La marque corporative de la police locale est la combinaison du logo type avec le symbole frangé en damier incliné à droite en couleur rouge, blanche et bleue. Le numéro 112 est celui de l'Agence de Protection Civile et Intérieure de l'Assemblée de Castilla et León. Le blason institutionnel qui figure sur les véhicules terrestres à moteur des Polices Locales est celui de l'Assemblée de Castilla et León. S'agissant des couleurs corporatives de la police locale, l'expression Police Locale figure en bleu. En dernier lieu, pour ce qui concerne la typographie corporative, le logo type de la Police Locale est réalisé avec la typographie Trade Gothi Bold.

Le principe de légitimation revêt donc une importance cardinale, puisque l'usager de la route doit être en mesure d'obtempérer aux contrôles opérés par la force publique ; ces contrôles ayant pour finalité de garantir le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie des autres usagers de la route. Aussi, l'État prévoit une incrimination pénale qui punit le port illégal d'uniforme de la force

³²⁶ Source : *Bulletin officiel de l'Assemblée de Castilla et León*, mardi 27 juin 2006, supplément numéro 123, pp. 2-12. [*Boletín Oficial de Castilla y León* (BOCYL), le Bulletin officiel de la Communauté autonome de Castilla et León est numérisé et consultable à l'adresse suivante : <<http://bocyl.jcyl.es>>]

publique. Concernant le port illégal d'uniforme ou d'emblèmes policiers, par exemple, aux **États-Unis d'Amérique**, dans l'**État de New York**, le paragraphe 14 – 107 du Titre 14 du Code administratif de la ville de New York prévoit qu'il est interdit à toute personne laquelle n'est pas membre de la force de police de se représenter faussement comme étant membre de cette force dans un but frauduleux contre les personnes et les propriétés, ou d'avoir, d'user, de porter sans autorisation spécifique des autorités compétentes, tout uniforme, bouclier, boutons et autres insignes ou emblèmes ressemblants à ceux portés par les membres de la force de police. La violation de la section étudiée constitue une infraction de type délictuelle, punissable par une amende qui ne pourra excéder 100 \$ américain ou par un emprisonnement qui ne pourra excéder six jours, ou les deux peines cumulées³²⁷.

C. Le respect de l'usager par l'encadrement déontologique du comportement policier : l'exemple du Grand-Duché de Luxembourg³²⁸.

173. Par décision du 10 décembre 2007, le directeur de la circonscription régionale de Police de Diekirch prononça à l'encontre du chef-adjoint au commissariat de proximité d'Ettelbrück, en application de l'article 19 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, la peine disciplinaire de la réprimande. Par décision du 21 janvier 2008, le directeur général de la Police grand-ducale confirma la décision du 10 décembre 2007 du directeur de la circonscription régionale de Police de Diekirch prononçant à son égard la sanction disciplinaire de la réprimande.

Le Directeur Général de la Police Grand-Ducale retient qu'il est établi que le commissaire ... du centre d'intervention à Diekirch n'a pas observé un comportement irréprochable dans le service (art. 2). Celui-ci n'a pas tenu compte de l'intérêt du service et ne s'est pas abstenu de tout ce qui pourrait nuire à la bonne renommée de la force publique en général et du corps dont il fait partie

³²⁷ Source : Département de la Justice de la ville de New York, <<http://www.nyc.gov/>>. S'agissant de la ville de New York, la force de police est composée par des Capitaines de police, des Lieutenants de police, des Sergents, des médecins légistes, d'un vétérinaire et des Officiers de police (New York City Administrative Code, titre 14, § 14-102 ; source : Département de la Justice de la ville de New York, <<http://www.nyc.gov/>>).

³²⁸ Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, deuxième chambre, 14 janvier 2009, « Monsieur ..., contre Directeur général de la Police grand-ducale », N° 24319 du rôle. Marc Feyereisen, président, Catherine Thomé, premier juge, Françoise Eberhard, juge. Source : Ministère de la Justice du Grand-Duché de Luxembourg, site électronique institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.justice.public.lu/>>

(art. 9 §1). Enfin, il n'a pas observé les règles de politesse dans ses rapports avec le public (art. 12 §3)³²⁹.

174. Dans le cadre d'un recours en annulation, le juge administratif vérifie les faits formant le fondement de la décision administrative et examine si ces faits sont de nature à justifier la décision. Cet examen amène le juge à vérifier si les faits sont établis et si la décision prise est proportionnelle par rapport à ces faits. L'examen de la proportionnalité est cependant limité aux cas exceptionnels où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité.

175. Le tribunal se rallie donc à la conclusion de l'Inspection générale de la police retenue dans son rapport du 26 avril 2007 et conçue comme suit : « Suite à ce qui précède nous estimons que les policiers auraient dû faire en sorte que l'intervention se déroule d'emblée dans une atmosphère de plus grande sérénité. »³³⁰ À cet égard, il aurait été sans doute opportun que les policiers soustraient Madame ... aux regards des autres et l'éloignent du centre d'agitation pour qu'elle se calme. En agissant ainsi, les policiers auraient évité de devoir s'imposer à la foule de curieux qui n'arrêtaient pas de s'immiscer dans l'intervention et en troublaient le bon déroulement du contrôle. Ils auraient été bien avisés d'inviter Madame ... au commissariat afin de continuer l'intervention en toute quiétude, au lieu d'effectuer le contrôle en présence de ses collègues de travail.

176. Ce comportement constitue une violation des devoirs du personnel policier et plus précisément de l'article 2 de la loi du 16 avril 1979 en ce qu'il précise que « la discipline militaire exige le comportement irréprochable tant dans le service qu'en dehors du service », une violation de l'article 9, alinéa 1^{er} de ladite loi en ce qu'il précise que le personnel policier doit « tenir compte de

³²⁹ Au cours de cette intervention, pendant laquelle aucun risque ou danger n'était présent face à cette automobiliste, le commissaire ... engageait l'interpellation par un ton démesurément insensible et de plus en plus arrogant face à la contrevenante. Vu que l'automobiliste ne suivait pas immédiatement les ordres, notamment par le fait qu'elle ne comprenait pas de suite qu'il s'agissait d'un contrôle de police (il faisait nuit), le commissaire ... adoptait une attitude de plus en plus dominante et déplacée face à l'état dans lequel se trouvait la personne contrôlée, absente de toute finesse et sensibilité pour gérer paisiblement la situation, mais surtout dans un but de marquer sa supériorité en présence de nombreux curieux sur le parking. Par cette attitude, et surtout au vu de la longue expérience professionnelle dans le travail policier, il n'a donc rien entrepris pour désamorcer cette situation de routine qu'il a lui-même laissée dégénérer par son approche.

³³⁰ Les policiers se sont laissés emporter par l'état d'agitation. Tout au moins, ils n'ont pas reconnu qu'en employant un ton autoritaire, la situation s'agitait davantage. En tout cas, par leur manière d'agir, ils n'ont pas contribué à ce que la situation se calme entre les parties. En essayant d'avoir le dessus dans cette situation d'excitation, les policiers ont méconnu qu'ils avaient à faire à une femme qui était totalement sous le choc. Il est vrai qu'ils ont dû faire en sorte de ne pas perdre le contrôle de la situation en menant l'intervention avec plus de détermination. Il était tout à fait légitime qu'ils emploient un ton plus autoritaire afin que Madame ... obtempère finalement à leurs instructions. Cependant, ils auraient dû le faire avec plus d'empathie et de finesse.

l'intérêt du service et s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire à la bonne renommée de la force publique en général et du corps dont ils font partie » et une violation de l'article 12, troisième alinéa de la même loi en ce qu'il dispose que le policier « est tenu à la politesse dans ses rapports de service, tant avec ses supérieurs, collègues ou subordonnés qu'avec le public ».

177. Etant donné que l'application des sanctions disciplinaires se règle, au vu de l'article 22 de la loi du 16 avril 1979, d'après la gravité de la faute commise, le grade, la nature de l'emploi et les antécédents du policier inculpé, il y a lieu de retenir que le directeur général a valablement pu confirmer la décision prise par le directeur régional de la circonscription de Diekirch, étant donné que les faits retenus à charge de Monsieur ... justifient la décision litigieuse d'appliquer à son encontre la peine disciplinaire de la réprimande. La peine de la réprimande constitue la deuxième peine disciplinaire sur une échelle de 12 peines prévues et en prenant encore en considération le fait que Monsieur ..., par son comportement et surtout au vu de sa longue expérience professionnelle dans le travail policier n'a rien entrepris pour désamorcer la situation mais l'a au contraire laissée dégénérer, n'est pas à considérer comme étant d'une sévérité disproportionnée par rapport aux faits retenus comme étant établis en cause.

La recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public qui constituent les missions cardinales assignées à la force publique nécessitent des contrôles de nature pénale. Afin de concourir au financement de sa force publique, l'État doit garantir ses ressources fiscales pour financer son existence ; aussi, la figure étatique a confié cette mission à une force publique de nature économique : la Douane. Les contrôles économiques effectués par l'État visent également à préserver la santé des êtres humains qui relèvent de sa souveraineté. En France, il convient de mettre en exergue le rôle remarquable de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, laquelle préserve la santé des consommateurs.

Section deuxième. Les contrôles économiques opérés par la force publique : garantir les ressources fiscales de l'État et préserver la santé humaine.

178. La force publique est amenée à effectuer des contrôles de nature économique, lesquels sont de la compétence de composantes spécialisées de la force publique. Les douanes qui relèvent du Ministère de l'Économie et des Finances, jouent ici un rôle cardinal dans le but d'assurer à l'État les ressources fiscales indispensables à son existence (§1). De plus, dans le domaine économique, et plus particulièrement en matière de protection du consommateur (tout être humain dans le cadre des sociétés humaines étant un consommateur), la force publique décida de la création d'une formation spécialisée qui a pour mission essentielle de garantir le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie des êtres humains grâce à des contrôles performants (§2).

§ 1. Le contrôle douanier : assurer la perception des ressources fiscales de l'État

179. Les États peuvent pratiquer une coopération policière et douanière en matière de contrôles terrestres. Ainsi, la loi numéro 2004-147 datée du 16 février 2004 autorise l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés³³¹.

La convention entre ces deux États souverains limitrophes se fonde sur le désir de faciliter le franchissement de la frontière entre la République française et la Principauté d'Andorre (Préambule de la convention susvisée). Il convient ici de mentionner que ces deux États convinrent d'une assistance mutuelle administrative, laquelle fut adoptée par le comité mixte pour le bon fonctionnement de l'accord de l'Union douanière signée le 28 juin 1990 entre la CEE et la Principauté d'Andorre. Les deux États Parties prennent, dans le cadre de la convention étudiée, les mesures nécessaires en vue de faciliter et d'accélérer le franchissement de la frontière entre les deux pays. À cette fin, ils peuvent créer des bureaux à contrôles nationaux juxtaposés. Ils autorisent, en conséquence, les agents compétents de l'un des deux États à exercer leurs fonctions sur le territoire de l'autre État, dans le cadre de la convention étudiée. (Convention du 11 décembre 2001, article premier, alinéa deuxième).

L'établissement, le transfert, la modification ou la suppression des bureaux à contrôles nationaux juxtaposés sont fixés d'un commun accord par arrangement administratif par les autorités compétentes des deux États. Les arrangements administratifs sont confirmés par échange de notes diplomatiques. Ceux-ci deviendront effectifs après l'accomplissement, le cas échéant, des formalités prévues par le droit interne de chaque État. Ils comprendront alors une description précise de la zone et ils seront accompagnés d'un document cartographique (article premier, quatrième alinéa de la convention susvisée).

180. En ce qui concerne la substance du contrôle opéré par les agents de la force publique, les prescriptions légales, réglementaires et administratives de l'État limitrophe relatives au contrôle sont applicables dans la zone comme elles le sont sur le territoire de cet État. Ces prescriptions sont appliquées par les agents de l'État limitrophe dans la même mesure et avec les mêmes conséquences

³³¹ Le décret numéro 2004-334 du 14 avril 2004 portant publication de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés, faite à Andorre-la-Vieille le 11 décembre 2001, fut publié au *Journal officiel de la République française* du 21 avril 2004, pp. 7260-7263.

que dans leur propre pays. Lorsque les prescriptions légales, réglementaires et administratives de l'État limitrophe relatives aux contrôles sont enfreintes dans la zone déterminée du contrôle (la zone peut comprendre une partie des bâtiments de service, des sections de la route et des autres installations, et la route entre la frontière et le bureau [article trois de la convention susvisée]), les juridictions répressives de l'État limitrophe sont compétentes et statuent dans les mêmes conditions que si ces infractions avaient été commises sur le territoire de cet État.

À l'occasion des contrôles opérés dans le cadre exclusif de la présente convention, les agents de l'État limitrophe peuvent, sans être habilités à procéder à des arrestations, mettre en demeure de rentrer dans l'État limitrophe et au besoin y reconduire les personnes qui ne sont pas munies des documents nécessaires pour quitter ce pays, ou sont recherchées par les autorités de cet État en raison d'une activité délictueuse (article cinq, alinéa premier de la convention étudiée). Toutefois, les agents de l'État limitrophe peuvent arrêter dans la zone les personnes ayant enfreint les prescriptions légales, réglementaires ou administratives de cet État relatives au seul contrôle douanier (article cinq, second alinéa de la convention précitée).

181. Le contrôle du pays de sortie est effectué avant le contrôle du pays d'entrée. Avant la fin du contrôle de sortie, à laquelle doit être assimilé le fait de renoncer à ce contrôle, les autorités du pays d'entrée ne sont pas autorisées à commencer leur contrôle. Les autorités du pays de sortie ne peuvent effectuer leur contrôle lorsque les agents du pays d'entrée ont commencé leurs opérations de contrôle. Exceptionnellement, des opérations relatives au contrôle de sortie peuvent être reprises avec l'assentiment des agents compétents du pays d'entrée. Si, au cours des contrôles, l'ordre prévu au paragraphe 1 à 3 ci-dessus énoncé se trouve modifié pour des raisons pratiques, les agents du pays d'entrée ne peuvent procéder à des arrestations ou à des saisies qu'après que le contrôle du pays de sortie soit terminé. S'ils veulent adopter une telle mesure, ils conduiront les personnes, les marchandises ou autres biens, pour lesquels le contrôle de sortie n'est pas encore terminé, auprès des agents du pays de sortie. Si ceux-ci veulent procéder à des arrestations et des saisies, ils ont la priorité (article six, quatrième alinéa de la convention étudiée).

Il convient de relever que, les agents de l'État limitrophe peuvent transférer librement sur le territoire de leur État les sommes d'argent perçues dans la zone, ainsi que les marchandises et autres biens qui ont été retenues ou saisies. Ils peuvent également les vendre dans l'État de séjour en observant les prescriptions légales qui sont en vigueur, puis en transférer le produit dans l'État limitrophe. Les marchandises refoulées dans l'État limitrophe par des agents de celui-ci, lors du contrôle de sortie, ou retournées dans l'État limitrophe, sur demande de la personne intéressée, avant le début du contrôle d'entrée dans l'État de séjour, ne sont soumises ni aux règles relatives à

l'exportation ni au contrôle de sortie de l'État de séjour (article huit, alinéa premier de la convention). Le retour dans le pays de sortie ne peut être refusé aux personnes et aux marchandises refoulées par les agents du pays d'entrée (article huit, deuxième alinéa).

Les agents des deux États se prêtent, dans toute la mesure du possible, assistance dans l'exercice de leurs fonctions dans la zone, en particulier pour régler le déroulement des contrôles respectifs, pour prévenir et rechercher les infractions aux prescriptions relatives au contrôle et pour rechercher tout renseignement pouvant présenter un intérêt pour l'exécution du service. Les marchandises et autres biens en provenance de l'État limitrophe, qui sont soustraits dans la zone avant le contrôle, sont, lorsqu'ils sont saisis sur-le-champ dans la zone ou à proximité de celle-ci par les agents de l'État de séjour, remis par priorité aux agents de l'État limitrophe. S'il est établi que les règlements d'exportation de l'État limitrophe n'ont pas été violés, ces objets doivent être remis aux agents de l'État de séjour (article neuf, deuxième alinéa de la convention susvisée). À la demande des agents de l'État limitrophe, les autorités compétentes de l'État de séjour procèdent à l'audition de témoins et d'experts, ainsi qu'à des recherches officielles et en communiquent les résultats. Cette assistance est limitée aux infractions aux prescriptions douanières régissant le franchissement de la frontière par les personnes et les marchandises, qui sont commises et constatées dans la zone et découvertes pendant ou immédiatement après leur commission (article neuf, deuxième alinéa de la convention).

S'agissant de la compétence matérielle des agents, les autorités de l'État de séjour accordent aux agents de l'État limitrophe, pour l'exercice de leurs fonctions, la même protection et assistance qu'à leurs propres agents. S'agissant de l'institution des bureaux, d'un point de vue géographique, les administrations compétentes des deux États déterminent d'un commun accord les installations nécessaires pour le fonctionnement dans la zone des services de l'État limitrophe ainsi que les indemnités éventuellement dues pour leur utilisation (article 17, premier alinéa de la convention susvisée). Les heures de services et les attributions des bureaux sont fixées d'un commun accord entre les deux administrations compétentes (article 17, second alinéa de la convention étudiée).

Les locaux affectés aux bureaux de l'État limitrophe sont signalés par des inscriptions et écussons officiels (article 18 de la Convention). Les agents de l'État limitrophe sont habilités à assurer la discipline à l'intérieur des locaux affectés à leur usage exclusif et à en expulser tout perturbateur. Ils peuvent, si besoin est, requérir à cet effet l'assistance des agents de l'État de séjour (article 19 de la convention).

Il convient de relever que les objets nécessaires au fonctionnement des bureaux ou ceux dont les agents de l'État limitrophe ont besoin pendant leur service dans l'État de séjour sont

exemptés de droits de douane et de toute redevance d'entrée ou de sortie. À moins qu'il n'en soit disposé autrement d'un commun accord par les administrations compétentes des deux États, les interdictions ou restrictions d'importation ou d'exportation ne s'appliquent pas à ces objets. Il en est de même des véhicules de service ou privé que les agents utilisent pour l'exercice de leurs fonctions dans l'État de séjour ou pour faire le trajet entre leur domicile et leur lieu de travail (article 20, deuxième alinéa de la convention étudiée).

182. S'agissant des déclarants en douane, les personnes venant de l'État limitrophe peuvent effectuer auprès des services de cet État installés dans la zone toutes les opérations relatives au contrôle dans les mêmes conditions que dans l'État limitrophe (article 23, premier alinéa de la convention). Les dispositions du paragraphe précédent sont notamment applicables aux personnes venant de l'État limitrophe qui effectuent ces opérations à titre professionnel ; ces personnes sont soumises à cet égard aux prescriptions légales, réglementaires et administratives de l'État limitrophe relatives à ces opérations. Les opérations effectuées et les services rendus dans ces conditions sont considérés comme exclusivement effectués et rendus dans l'État limitrophe, avec toutes les conséquences fiscales qui en découlent. (Article 23, deuxième alinéa de la convention susmentionnée).

183. La force publique économique à l'instar des autres composantes de la force publique en France ne peut déployer sa contrainte légitime que parce que celle-ci bénéficie d'une compétence territoriale **(A)**. Agissant dans le cadre des circonscriptions douanières, la douane vise à assurer la perception des droits et taxes au profit de la puissance publique et assure de cette manière la préservation des intérêts économiques de la Nation **(B)**.

A. La compétence territoriale des douanes.

184. Les douanes exercent leur contrôle à raison de la compétence *ratione loci* dont elles jouissent. En l'espèce, il est fort intéressant d'étudier l'état du droit en France, qui constitue l'idéal-type de l'État unitaire (1) et de procéder à une comparaison avec l'organisation des douanes dans le cadre d'un État fédéral (Argentine et Venezuela) (2 et 3) ; la comparaison avec l'Argentine s'avérant être d'autant plus pertinente que la France et l'Argentine constituent deux États dotés de douanes terrestres mais présentent également des façades maritimes étendues.

1) La création du rayon des douanes en France : la compétence *ratione loci* de la force publique douanière

185. S'agissant du champ d'action du service des douanes, l'article 43 du Code des douanes prévoit que l'action du service des douanes s'exerce sur l'ensemble du territoire douanier. À cette fin, une zone de surveillance spéciale est organisée le long des frontières terrestres et maritimes. Elle constitue le rayon des douanes. Le rayon des douanes comprend une zone maritime et une zone terrestre. La zone maritime est comprise entre le littoral et une limite extérieure située en mer à 12 milles marins mesurés à partir des lignes de base de la mer territoriale. Les lignes de base sont la laisse de basse mer ainsi que les lignes de base droites et les lignes de fermeture des baies qui sont déterminées par décret.

La zone terrestre s'étend : sur les frontières maritimes, entre le littoral et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà du rivage de la mer et des rives des fleuves, rivières et canaux affluant à la mer jusqu'au dernier bureau de douane situé en amont, ainsi que dans un rayon de 20 kilomètres autour dudit bureau ; sur les frontières de terre, entre la limite du territoire douanier et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà.

De surcroît, pour faciliter la répression de la fraude, la profondeur de la zone terrestre peut être portée, sur une mesure variable, jusqu'à 60 kilomètres par des arrêtés du ministre de l'Économie et des Finances.

Dans une zone contiguë comprise entre douze et vingt-quatre milles marins mesurés à partir des lignes de base de la mer territoriale et sous réserve d'accords de délimitation avec les États voisins, le service des douanes peut exercer les contrôles nécessaires en vue de prévenir les

infractions aux lois et règlements que l'administration des douanes est chargée d'appliquer sur le territoire douanier et dans le but de poursuivre les infractions à ces mêmes lois et règlements commises sur le territoire douanier. (Article 44 bis)³³².

186. Le concept de territoire douanier est un concept juridique universel. Aussi, l'on peut étudier avec profit l'exemple argentin. En effet, du point de vue du droit comparé, étudier le droit argentin est pertinent en ce sens que la France et l'Argentine possèdent des façades maritimes étendues ; les forces douanières étant confrontées aux mêmes infractions.

2) La détermination argentine du territoire douanier.

187. Le territoire douanier est la partie des limites terrestres, aquatiques et aériennes soumises à la souveraineté de la Nation argentine (article premier du Code douanier de la République Argentine³³³). À ce territoire douanier, est appliqué un système unique douanier et de prohibitions de caractère économique pour ce qui a trait aux importations et aux exportations (article deux, premier alinéa du Code douanier argentin). Il convient ici d'opérer la distinction entre le territoire douanier général et le territoire douanier spécial. Le territoire douanier général est celui dans lequel est applicable le système général douanier de prohibitions de caractère économique relatives aux importations et aux exportations. Le territoire douanier spécial est celui dans lequel est applicable un système spécial douanier de prohibitions de caractère économique à l'égard des importations et des exportations (article deux, deuxième alinéa et troisième alinéa du Code douanier argentin).

³³² Il convient de relever que Mayotte est régie par un Code des douanes qui lui est propre : Ordonnance n° 92-1142 du 12 octobre 1992 relative au Code des douanes applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte *JORF* n° 241 du 16 octobre 1992, page 14482, NOR: DOMX9200159R. Le territoire douanier de Mayotte comprend le territoire, les eaux territoriales et l'espace aérien de Mayotte. Des zones franches, soustraites à tout ou partie du régime des douanes, peuvent être constituées dans le territoire douanier de Mayotte. (Article 1^{er}).

En droit comparé, on pourra se référer à la **Côte d'Ivoire**. Voir, le Décret N° 64-302 du 17/08/1964, fixant la limite intérieure du rayon terrestre des douanes, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, N° 46 du 24/08/1964, p. 1131.

³³³ Le Code douanier de la république Argentine, code du 2 mars 1981, fut publié au *Bulletin officiel de la République Argentine* du 23 mars 1981. Ce code à valeur législative est issu de la loi numéro 22. 415.

Il convient de préciser que l'Argentine est membre de l'Organisation mondiale des douanes, Région des Amériques et des Caraïbes. La région de l'Amérique du Sud, de l'Amérique du Nord, de l'Amérique centrale et des Caraïbes (région des Amériques et des Caraïbes) de l'Organisation mondiale des douanes fut établie officiellement au cours de l'année 1995.

Il convient ici de mettre en exergue que ne constituent pas le territoire douanier argentin, ni général ni spécial, la mer territoriale argentine et les fleuves internationaux, les aires franches, les enclaves, le lit et le sous-sol sous-marins nationaux. Dans ces lieux, s'appliquent des régimes douaniers particuliers (article trois du Code douanier de la République Argentine).

La zone primaire douanière est la partie du territoire douanier employée pour l'exécution des opérations douanières ou bien affectées au contrôle de celles-ci, dans laquelle prévalent des normes spéciales qui régissent la circulation des personnes et le mouvement des marchandises. (Article cinq du Code douanier de la République Argentine, premier alinéa). La zone primaire douanière comprend en particulier : premièrement, les locaux, installations, dépôts et autres lieux dans lesquels sont réalisées les opérations douanières ou est exercé le contrôle douanier ; deuxièmement, les ports, les quais, les débarcadères, les aéroports [...]. (Second alinéa).

La zone maritime douanière est la partie de la mer territoriale argentine et la partie des fleuves internationaux soumise à la souveraineté de la Nation argentine, espace aérien compris, dans laquelle prévalent des dispositions spéciales de contrôle et qui s'étend entre la côte depuis la ligne des mers les plus basses et une ligne externe parallèle à celle-ci. La distance entre ces deux lignes [...] ne peut excéder 20 km (article huit du Code douanier argentin).

188. L'importation se définit comme étant « l'introduction de n'importe quelle marchandise au sein du territoire douanier » (article neuf, premier alinéa du Code douanier argentin [Titre préliminaire « Dispositions générales », Chapitre II « Importation et exportation »]). L'exportation se définit, quant à elle, comme étant « l'extraction de n'importe quelle marchandise du territoire douanier » (article neuf, second alinéa du code susvisé).

189. Le contrôle douanier argentin. Le service douanier exercera le contrôle sur les personnes et la marchandise, en incluant celle qui constituerait un moyen de transport, dès que ces personnes sont en relation avec le trafic international de marchandises (article 112 du Code douanier de la République Argentine). L'intensité des attributions de contrôle dépend de la zone où celui-ci devra s'exercer, selon les exceptions prévues au présent titre (article 113 du Code douanier argentin, Section II « Contrôle », Titre premier « Dispositions générales » [il convient ici de relever que la dénomination section dans le Code douanier argentin est supérieure à la notion de titre]).

Pour l'accomplissement de leurs fonctions de contrôle, le service douanier adoptera les mesures qui s'avéreront les plus appropriées en accord avec les circonstances, telles la vérification de la marchandise en quelque lieu que ce soit, l'apposition de scellés ainsi que l'établissement de surveillances. (Article 114 du code précité).

L'entrée et la sortie des personnes du territoire douanier, de même que l'importation et l'exportation de marchandises, devront s'effectuer aux heures, par les routes, et par les lieux prévus à cet effet, avec l'autorisation préalable du service douanier (article 116 du Code douanier de la République Argentine).

Dans la zone primaire douanière, sans préjudice de leurs autres fonctions et facultés, le service douanier, sans nécessité d'une quelconque autorisation, pourra : premièrement, détenir les personnes et la marchandise, y compris les moyens de transport, en vue de procéder à leur identification et à leur enregistrement. De la même manière, le service douanier pourra adopter toutes les mesures pertinentes pour réaliser la détention ou la rétention des moyens de transport dans les cas dûment justifiés, et procéder à la visite et l'inspection de leur chargement [...]. (Article 122, premier alinéa, a) du Code douanier argentin).

3) La puissance douanière : les Douanes vénézuéliennes.

190. La Loi organique sur les douanes du 25 mai 1999³³⁴ prescrit en son article premier que l'administration douanière a pour finalité d'intervenir, de faciliter et de contrôler l'entrée, le passage et la sortie du territoire national, des marchandises objet du trafic international et des moyens de transport qui les acheminent, avec le but de déterminer et d'appliquer le régime juridique auquel lesdites marchandises sont assujetties.

La puissance douanière se définit comme étant la faculté des autorités compétentes pour intervenir sur les biens prévus à l'article sept infra, pour autoriser leur dédouanement, pour exercer les privilèges fiscaux, pour déterminer les impôts exigibles, pour appliquer les sanctions prévues et en général, pour exercer les contrôles prévus par la législation douanière nationale. (Article six de la loi organique sur les douanes vénézuéliennes susvisée).

L'article sept de la loi organique sur les douanes vénézuéliennes prescrit que seront soumises à la puissance douanière : premièrement, toute marchandise qui est introduite ou exportée du territoire national ; deuxièmement, les biens qui font partie de l'équipage des passagers ; les véhicules ou moyens de transport, matériel compris, provisions de bord, accessoires de navigation. Il convient également de mentionner que sont exclus de la puissance douanière les véhicules et

³³⁴ La loi organique sur les douanes vénézuéliennes a été publiée au *Journal officiel de la République du Venezuela*, journal officiel du jeudi 17 juin 1999, année CXXVI, numéro 5. 353 extraordinaire, pp. 1-15 (« Gaceta Oficial de la República de Venezuela »).

transports de guerre et ceux que détermine, de manière expresse, le ministre des Finances (article sept de la loi organique sur les douanes vénézuéliennes).

191. Le Chef de l'Administration douanière dirige et supervise l'action des douanes du pays (article cinq de la loi organique sur les douanes vénézuéliennes, premier alinéa). Le ministre des Finances exerce l'autorité suprême à l'égard des fonctionnaires de l'Administration douanière. (Article quatre de la loi organique sur les douanes vénézuéliennes, premier alinéa). Le ministre des Finances organise les services de contrôle de l'Administration douanière (deuxième alinéa). Il élabore, propose et édicte, les normes douanières en se référant à la loi organique étudiée, à son règlement d'application, au tarif douanier, à la valeur en douane des marchandises, aux exonérations, aux opérations douanières, à l'origine des marchandises ainsi qu'aux autres obligations communautaires. (Troisième alinéa).

Le Président de la République vénézuélienne, en Conseil des ministres, a compétence pour créer et supprimer les douanes, les habilitier et délimiter leur circonscription, promulguer le tarif douanier, créer les zones, ports ou entrepôts libres ou francs, réglementer les entrepôts douaniers, fixer les taxes et déterminer les quantités que devront payer les usagers des services. (Article trois de la loi organique sur les douanes étudiée). L'organisation, le fonctionnement, le contrôle et le régime des services douaniers appartiennent au Président de la République, en Conseil des ministres, au ministre des Finances et au chef de l'Administration douanière (article deux de la loi organique étudiée).

La force publique économique ne peut agir que dans les limites de circonscriptions spécifiques à ses missions économiques. Aussi, il convient d'étudier la création de bureaux des douanes dans le cadre des circonscriptions douanières, lesquels permettront à la force publique économique de déployer sa contrainte.

B. Les bureaux de douane et circonscriptions douanières : assurer la perception des droits et taxes et la préservation des intérêts économiques.

192. En France, les douanes effectuent leurs contrôles à travers des bureaux de douane. Ceux-ci constituent des lieux obligatoires où les formalités douanières doivent-être être accomplies **(1)**. D'un point de vue téléologique, le contrôle douanier présente pour l'État un très grand intérêt : la protection de ses ressources fiscales **(2)**.

1) L'institution des bureaux de douane et la détermination des circonscriptions douanières

193. Les bureaux de douane sont établis et supprimés par des arrêtés du ministre de l'Économie et des Finances sur la proposition du directeur général des douanes et droits indirects. Lorsque le bureau est situé à l'intérieur du rayon des douanes, l'arrêté qui prescrit sa création ou sa suppression doit être affiché, à la diligence du préfet, dans la commune où se trouve le bureau et dans les communes limitrophes. (Article 47 du Code des douanes).

Les circonscriptions des directions régionales du Nord et du Pas-de-Calais (trois directions), concernant la Région Nord-Pas-de-Calais, s'inscrivent dans les circonscriptions des directions interrégionales Nord, Pas-de-Calais. En outre, les circonscriptions des directions régionales de l'Aisne, de l'Oise et de la Somme s'inscrivent dans la région Picardie ; et, celles-ci relèvent des circonscriptions des directions interrégionales de l'Aisne, de l'Oise et de la Somme³³⁵. L'arrêté du 1er août 1983³³⁶ prescrit les limites des circonscriptions de certaines directions régionales des douanes et droits indirects. Ainsi, l'article premier susmentionné prévoit que lorsqu'elle diffère de celle des départements, les limites des circonscriptions des directions régionales des douanes et droits indirects sont fixées conformément à l'annexe au présent arrêté.

Ainsi, la direction régionale des douanes de Lille possède un ressort territorial comprenant pour le département du Nord : la partie des arrondissements de Lille, Dunkerque et Douai correspondant : pour la fonction « contrôle des opérations commerciales », aux zones d'action des bureaux de Lille CRD, Lille-Saint-Sauveur, Tourcoing, Lesquin CRD, Roubaix CRD et Douai CRD ; pour la fonction « surveillance » aux zones d'action des brigades de Lille, Lesquin, Arras et Béthune. En ce qui concerne le département du Pas-de-Calais, la direction régionale des douanes de Lille possède un ressort territorial comprenant : la partie des arrondissements de Lens, Arras et Béthune correspondant : pour la fonction « contrôle des opérations commerciales », aux zones d'action des bureaux de Douai CRD, Arras CRD et Béthune CRD ; pour la fonction « surveillance » aux zones d'action des brigades d'Arras, Béthune et Lille.

³³⁵ Voir décret numéro 90-996 en date du 8 novembre 1990 modifiant l'annexe II du décret numéro 60-516 du 2 juin 1960 portant harmonisation des circonscriptions administratives (direction générale des douanes et droits indirects) ; ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 10 novembre 1990, pp. 13 783-13 785.

Voir également, le décret numéro 70-367 du 10 avril 1970 complétant l'annexe II du décret numéro 60-516 du 2 juin 1960 portant harmonisation des circonscriptions administratives (direction générale des douanes et droits indirects), modifié par le décret numéro 74-128 du 11 février 1974, par le décret numéro 82-823 du 27 septembre 1982 et par le décret numéro 83-589 du 4 juillet 1983. À l'aune du décret du 8 novembre 1990 (article premier), l'annexe II du décret du 2 juin 1960 susmentionné, modifie le tableau intitulé « Direction générale des douanes et droits indirects ».

³³⁶ *Journal officiel de la République française* du 4 septembre 1983, numéro complémentaire, pp. 8415-8416.

Et, la direction régionale des douanes de Roissy-en-France a comme ressort territorial la Seine-Saint-Denis (uniquement les aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle et du Bourget). La direction régionale des douanes de Paris Est a comme ressort territorial le département de Seine-Saint-Denis sauf les aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle et du Bourget, ainsi que le département de la Seine-et-Marne. La direction régionale des douanes de Paris Ouest possède comme ressort territorial le département des Hauts-de-Seine, le département du Val-d'Oise, le département des Yvelines sauf l'aéroport de Toussus-le-Noble. La direction régionale des douanes de Paris-Sud a pour ressort territorial le département du Val-de-Marne, et dans les Yvelines uniquement l'aéroport de Toussus-le-Noble.

La direction régionale des douanes de Marseille a comme ressort territorial le département des Bouches-du-Rhône : l'arrondissement de Marseille ; l'arrondissement d'Arles (uniquement les cantons d'Arles et des Saintes-Maries-de-la-Mer ; l'arrondissement d'Aix-en-Provence (uniquement les cantons de Gardanne et de Salon-de-Provence ; l'arrondissement d'Istres.

La direction régionale des douanes de Provence possède comme ressort territorial : le département du Vaucluse, le département du Var, le département des Alpes-de-Haute-Provence, le département des Hautes-Alpes, et pour le département des Bouches-du-Rhône : l'arrondissement d'Aix-en-Provence (uniquement les cantons d'Aix-en-Provence, Lambesc, Peyrolles et Trets) ; l'arrondissement d'Arles (uniquement les cantons de Châteaurenard, Tarascon, Saint-Rémy de Provence, Eyguières et Orgon).

2) La finalité du contrôle douanier : la protection des ressources fiscales de l'État³³⁷.

194. La douane exécute les lois et règlements de l'État en matière économique en vue de garantir à celui-ci la perception des taxes qui lui sont dues. Cette finalité est universelle en ce qui a trait à l'institution douanière³³⁸.

³³⁷ Les ressources financières se trouvent au cœur de l'existence de l'État. Aussi, la mission qui incombe aux douanes est primordiale. Pour une approche historique, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'excellent ouvrage du Professeur Michel ANTOINE, *Le cœur de l'État, Surintendance, contrôle général et intendances des finances, 1552-1791*, Fayard, Paris, 2003, 592 p.

³³⁸ La loi organique des douanes vénézuéliennes prescrit en son article premier que l'administration douanière a pour finalité d'intervenir, de faciliter et de contrôler l'entrée, le passage et la sortie du territoire national, des marchandises objet du trafic international et des moyens de transport qui les acheminent, avec le but de déterminer et d'appliquer le régime juridique auquel lesdites marchandises sont assujetties. La loi organique sur les douanes vénézuéliennes a été publiée au *Journal officiel de la République du Venezuela*, journal officiel du jeudi 17 juin 1999, année CXXVI, numéro 5. 353 extraordinaire, pp. 1-15 (« Gaceta Oficial de la República de Venezuela »).

Ainsi, les marchandises arrivant par mer doivent être inscrites sur le manifeste ou état général du chargement du navire. Ce document doit être signé par le capitaine ; il doit mentionner l'espèce et le nombre des colis, leurs marques et numéros, la nature des marchandises et les lieux de chargement. Il est interdit de présenter comme unité, dans le manifeste, plusieurs colis fermés réunis de quelque manière que ce soit. Les marchandises prohibées doivent être portées au manifeste sous leur véritable dénomination, par nature et espèce. (Article 68 du Code des douanes, Titre III : Conduite des marchandises en douane, Chapitre Ier : Importation)³³⁹.

Le capitaine d'un navire arrivé dans la zone maritime du rayon des douanes doit, à la première réquisition soumettre l'original du manifeste au visa *ne varietur* des agents des douanes qui se rendent à bord et leur remettre une copie du manifeste. (Article 69).

Opérant un contrôle qui est la marque de la souveraineté étatique sur les flux de marchandises, la douane impose que le déchargement des navires ne peut avoir lieu que dans l'enceinte des ports où les bureaux de douane sont établis. Aucune marchandise ne peut être déchargée ou transbordée qu'avec l'autorisation écrite des agents des douanes et qu'en leur présence. Les déchargements et transbordements doivent avoir lieu pendant les heures et sous les conditions fixées par des arrêtés du directeur général des douanes et droits indirects. (Article 73).

Afin de dénombrer de manière précise toutes les marchandises importées par les frontières terrestres, celles-ci doivent être aussitôt conduites au plus prochain bureau de douane par la route la plus directe désignée par arrêté du préfet. Elles ne peuvent être introduites dans les maisons ou autres bâtiments avant d'avoir été conduites au bureau ; elles ne peuvent dépasser celui-ci sans permis. (Article 75). Tout conducteur de marchandises doit, dès son arrivée au bureau de douane, remettre au service des douanes, à titre de déclaration sommaire, une feuille de route indiquant les objets qu'il transporte. Les marchandises doivent être portées sur cette feuille de route sous leur véritable dénomination, par nature et espèce. Les marchandises qui arrivent après la fermeture du bureau de douane sont déposées sans frais dans les dépendances dudit bureau jusqu'au moment de son ouverture ; dans ce cas, la déclaration sommaire doit être remise au service des douanes dès l'ouverture du bureau. (Article 77).

α - Caractère obligatoire de la déclaration en détail.

195. Toutes les marchandises importées ou exportées doivent faire l'objet d'une déclaration en

³³⁹ La jurisprudence est venue préciser la notion d'importation de marchandises prohibées dès le XIX^{ème} siècle. Ainsi, les marchandises prohibées sont présumées importées, si le navire qui en est chargé est surpris à une distance de moins de deux lieues de la côte. Cour de cassation, Sections réunies, 15 frimaire an X, « Régie des Douanes c. Laurent Lesecq », *Recueil SIREY* 1801, tome II, (AN X. — 1801 et 1802.) I^{ère} Partie. Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 155-159.

détail leur assignant un régime douanier. L'exemption des droits et taxes, soit à l'entrée, soit à la sortie, ne dispense pas de l'obligation prévue par le présent article. (Article 84). La déclaration doit être déposée dans un bureau de douane ouvert à l'opération douanière envisagée. La déclaration doit être déposée au plus tard avant l'expiration d'un délai fixé par le directeur général des douanes et droits indirects, à compter de l'arrivée des marchandises au bureau ou dans les lieux désignés par le service des douanes. Ce dépôt doit avoir lieu pendant les heures fixées par le directeur général des douanes et droits indirects. Le directeur général des douanes et droits indirects peut autoriser le dépôt des déclarations avant l'arrivée des marchandises au bureau ou dans les lieux désignés par le service des douanes. Des arrêtés du directeur général des douanes et droits indirects fixent les conditions d'application de cette disposition, et notamment les conditions et délais dans lesquels il doit être justifié de l'arrivée des marchandises au bureau ou dans les lieux désignés par le service des douanes. (Article 85).

β - La liquidation des droits et taxes.

196. Sous réserve des dispositions de l'article 99 bis, les droits et taxes à percevoir sont ceux qui sont en vigueur à la date d'enregistrement de la déclaration en détail. En cas d'abaissement du taux des droits de douane, le déclarant peut demander l'application du nouveau tarif plus favorable que celui qui était en vigueur à la date d'enregistrement de la déclaration en détail pour la consommation, si l'autorisation prévue à l'article 113 n'a pas encore été donnée. (Article 108). Les droits et taxes exigibles pour chaque article d'une même déclaration et les droits et taxes perçus comme en matière de douane sont arrondis au franc inférieur. (Article 109)³⁴⁰.

γ - Régime général des acquits-à-caution.

197. Les marchandises transportées sous douane ou placées sous régime douanier suspensif des droits, taxes ou prohibitions, doivent être couvertes par un acquit-à-caution. L'acquit-à-caution comporte, outre la déclaration détaillée des marchandises, la constitution d'une caution bonne et solvable à l'égard des marchandises non prohibées ; la garantie de la caution peut être remplacée par

³⁴⁰ Il résulte de l'article 357 bis du Code des douanes que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour connaître de toutes les contestations concernant l'assiette et le recouvrement des droits de douanes et notamment des actions en responsabilité qui peuvent être engagées par les redevables contre l'État en raison des faits afférents à des opérations d'assiette et de recouvrement de ces droits. L'action par laquelle la société O. sollicite, outre la restitution de sommes indûment perçues comme droits de douane, le paiement des intérêts à compter du jour de leur perception ne tend qu'à réparer le seul préjudice résultant de la privation desdites sommes versées à tort. Cette action n'est ni dans sa cause ni dans son objet détachable des opérations de recouvrement des droits susvisés. Sa connaissance ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Tribunal des conflits, 26 octobre 1987, « société Onno », 02484, publié au *recueil Lebon* ; M. Michaud, président, M. Caillet, rapporteur, M. Stirn, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

la consignation des droits et taxes. (Article 120).

Les quantités de marchandises pour lesquelles les obligations prescrites n'ont pas été remplies sont passibles des droits et taxes en vigueur à la date d'enregistrement des acquits-à-caution ou des documents en tenant lieu et les pénalités encourues sont déterminées d'après ces mêmes droits et taxes ou d'après la valeur sur le marché intérieur, à la même date, desdites quantités. Si les marchandises ont péri par suite d'un cas de force majeure dûment constaté, le service des douanes peut dispenser le soumissionnaire et sa caution du paiement des droits et taxes. (Article 124)³⁴¹.

Enfin, on distinguera des taxes diverses perçues par la douane ; ainsi, en va-t-il de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises. Ceux qui empruntent le réseau routier sont soumis à une taxe ; le réseau routier étant constitué par les autoroutes et routes situées sur le territoire métropolitain et appartenant au domaine public routier national défini à l'article L. 121-1 du Code de la voirie routière, à l'exception : a) d'une part, des sections d'autoroutes et routes soumises à péages ; b) d'autre part, des itinéraires n'appartenant pas au réseau transeuropéen au sens de la décision n° 1692/96/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 1996, sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport et sur lesquels le niveau de trafic des véhicules assujettis, antérieur à l'entrée en vigueur de la taxe, est particulièrement bas. (Article 270 I du Code des douanes)³⁴².

³⁴¹ S'agissant d'une action intentée contre l'État devant un tribunal judiciaire par le redevable d'une taxe douanière pour obtenir réparation des conséquences dommageables qu'aurait présenté pour lui le redressement d'une erreur commise dans l'application du tarif. Les faits qui sont à l'origine de cette action ne sont pas détachables des opérations d'assiette et de perception de droits de douane dont, par application de l'article 357 bis du Code des Douanes, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître. (Tribunal des conflits, 27 juin 1966, 01887, publié au *recueil Lebon*, M. Bruhnes, rapporteur, M. Kahn, commissaire du gouvernement.) Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

³⁴² S'il résulte de l'article 357 bis du Code des douanes que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour connaître de toutes les contestations concernant l'assiette et le recouvrement des droits de douanes et notamment des actions en responsabilité qui peuvent être engagées par les redevables contre l'État en raison de faits afférents à des opérations d'assiette et de recouvrement de ces droits, une telle attribution de compétence ne s'étend pas à celles des activités du service des douanes qui ne concernent pas la détermination des droits de douane ou qui sont détachables de cette détermination. Le « droit d'inspection » prélevé à l'occasion du contrôle sanitaire des végétaux à l'importation constitue la contrepartie forfaitaire des frais nécessités par ce contrôle et n'a pas, dès lors, la nature d'un droit de douane, bien que le recouvrement en ait été confié au service des douanes. La compétence du juge administratif est ici consacrée. Tribunal des conflits, 28 mai 1979, 02126, publié au *recueil Lebon* ; M. Ducoux, président, M. Malaval, rapporteur, M. Morisot, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

3) Le Contrôle sanitaire aux frontières : le Contrôle sanitaire des végétaux à l'importation.

198. L'arrêté conjoint du ministre de l'Agriculture et du ministre du Budget, du 10 décembre 1979, relatif au contrôle sanitaire des végétaux à l'importation³⁴³ concerne les mesures de protection adoptées contre l'introduction dans le territoire douanier d'organismes nuisibles aux végétaux ou aux produits végétaux (dont la liste est fixée par l'arrêté du 10 août 1979 relatif à l'interdiction de l'introduction des organismes nuisibles [protection des végétaux]). (Article premier de l'arrêté susvisé).

199. L'arrêté détermine précisément la notion de territoire douanier. Ainsi, le territoire douanier est défini comme étant « les territoires et les eaux territoriales de la France continentale, de la Corse, des îles françaises voisines du littoral et des départements d'outre-mer, de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion » (article deux, alinéa premier de l'arrêté susvisé). Les organismes nuisibles sont définis comme étant « les ennemis des végétaux ou produits végétaux appartenant au règne animal ou végétal, ou se présentant sous forme de virus, de mycoplasmes ou d'autres agents pathogènes » (article deux, second alinéa de l'arrêté susmentionné).

200. L'importation, sous tous régimes douaniers, autres que le transit de frontière à frontière sans rupture de charge, dans le territoire douanier des produits désignés à l'annexe I-A, lorsqu'ils sont originaires et en provenance des États membres de la Communauté économique européenne, à l'annexe I-B, lorsqu'ils sont originaires ou en provenance des pays autres que ceux appartenant à la Communauté économique européenne, ainsi que leur emballage sont subordonnés au contrôle du service de la protection des végétaux. (Article trois, alinéa premier de l'arrêté susmentionné). En cas de besoin, les moyens de transport utilisés peuvent être contrôlés par le service de la protection des végétaux (article trois, alinéa deuxième de l'arrêté susmentionné).

L'importation sous tous régimes douaniers, autres que le transit de frontière à frontière sans rupture de charge, dans le territoire douanier des produits désignés à l'annexe II-A [par exemple, les bulbes, oignons, tubercules, racines tubéreuses, rhizomes en repos végétatif, en végétation ou en fleurs]³⁴⁴, des produits désignés à l'annexe II-B [par exemple, les plantes et racines vivantes y compris les boutures et greffons, à l'exception des plantes d'aquarium ; les légumes et plantes potagères, à

³⁴³ *Journal officiel de la République française*, 31 décembre 1979, pp. 10 905-10 909.

³⁴⁴ Ou bien encore les feuillages, et autres parties de plantes ; les tubercules de pommes de terre (*Solanum tuberosum* L.) ; les fruits à noyau frais ; les graines ensemencées de tomates (*Solanum Lycopersicum* L.) ; le bois du genre *Ulmus* (orme) ; le bois simplement cillé longitudinalement, tranché à une épaisseur supérieure à 5 mm, originaire et en provenance des États membres de la Communauté économique européenne.

l'état frais ou réfrigéré ; les fruits comestibles]³⁴⁵, est subordonnée à la présentation d'un certificat phytosanitaire délivré par le service de la protection des végétaux du pays d'origine, conforme au modèle établi par la Convention internationale pour la protection des végétaux. Le certificat doit attester que les produits, ainsi que leurs emballages, ont été avant leur expédition minutieusement examinés en totalité ou sur échantillon représentatif et, en cas de besoin, que les moyens de transport utilisés ont été également examinés officiellement afin d'assurer qu'ils ne sont pas porteurs d'organismes nuisibles visés à l'article premier ci-dessus et qu'ils répondent aux exigences particulières les concernant fixées par des arrêtés du ministre de l'Agriculture et du ministre du Budget.

Lorsque l'examen des produits concernés révèle, au cours du contrôle phytosanitaire prévu à l'article trois, la présence d'organismes nuisibles visés à l'article premier ci-dessus, l'agent du service de la protection des végétaux prend toutes mesures qu'il juge nécessaires pour en éviter l'introduction dans le territoire douanier ; il peut notamment ordonner le refoulement, la destruction, la désinsectisation, le triage. (Article huit, alinéa premier de l'arrêté susvisé). De plus, dans le cas où cet examen laisse simplement présumer la présence de ces organismes nuisibles, l'agent du service de la protection des végétaux peut prescrire la mise en observation aux fins d'analyse de ces produits (article huit, alinéa second de l'arrêté susmentionné).

201. L'arrêté du ministre de l'Agriculture en date du 10 août 1979³⁴⁶, détermine les organismes nuisibles à l'égard des végétaux. Ainsi, l'arrêté du 10 août 1979 relatif à l'interdiction de l'introduction des organismes nuisibles (protection des végétaux) prescrit en son article premier qu'est interdite l'introduction en France continentale, en Corse et dans les départements d'Outre-mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion des organismes nuisibles, à l'état isolé ou non, désignés à l'annexe I du présent arrêté. Il en va de même des organismes nuisibles désignés à l'annexe II du présent arrêté, s'ils se présentent sur les végétaux ou produits végétaux figurant à cette même annexe (article deux de l'arrêté susvisé)³⁴⁷.

³⁴⁵ Ou bien encore les graines et fruits oléagineux destinés à l'ensemencement ; le houblon (cônes et lupulines); les cendrées naturelles d'origine végétale, terreaux additionnés d'un seul ou d'un mélange des éléments fertilisants suivants : azote, phosphore ou potassium. ; bois de chauffage en rondins, bûches, ramilles ou fagots, déchets de bois y compris les sciures, originaires ou en provenance des pays autres que ceux appartenant à la Communauté économique européenne.

³⁴⁶ Publié au *Journal officiel de la République française* du 25 septembre 1979, pp. 8076-8077.

³⁴⁷ Annexe I intitulée « Organismes nuisibles dont l'introduction est interdite en France continentale, en Corse et dans les départements d'Outre-mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion ». Cette annexe définit les organismes vivants du règne animal, à tous les stades de leur développement. Il s'agit, par exemple, de la mouche méditerranéenne des fruits (*Ceratitis capitata*), du charançon américain du prunier

La force publique douanière exerce des contrôles de nature économique, lesquels ont pour but de garantir à l'État ses moyens financiers d'existence. Les contrôles économiques opérés l'État peuvent viser un but plus éthéré : la protection du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique du consommateur.

§ 2. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (D.G.C.C.R.F.).

202. La puissance publique décida en France de la création d'un corps spécialisé destiné à constater et à réprimer les infractions dans le domaine de la consommation. Le corps de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes mène ainsi une action remarquable au service de l'intégrité personnelle des êtres humains. De cette manière, la D.G.C.C.R.F. contribue très fortement au combat de la Justice contre la Fraude³⁴⁸ en arrachant son masque. Eu égard à l'action bienfaitrice de la D.G.C.C.R.F. dans le domaine de la protection des droits et libertés, il convient d'en retracer la genèse (A), avant d'étudier la substance des contrôles opérés (B).

A. La genèse de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

203. Le texte fondateur est la loi sur la répression des Fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, loi du 1er août 1905³⁴⁹. En

(Conotrachelus nenuphar), de la fourmi d'Argentine (Iridomyrmex humilis), du tryptène noir des cerises (Rhagoletis fausta), de la mouche de la pomme (Rhagoletis pomonella). Sont également considérés comme constituant des organismes nuisibles, les organismes du règne animal, à tous les stades de leur développement, s'il n'est pas prouvé qu'ils soient morts. À titre d'exemple, on peut citer le Nématode doré de la pomme de terre (Globodera pallida), la cochenille du mûrier (Pseudaulacaspis pentagona). Sont considérés comme étant des organismes nuisibles dont l'introduction est interdite en France des bactéries à l'instar du chancre bactérien du peuplier (Aplanobacter populi), du feu bactérien des rosacées (Erwinia amylovora). Sont également considérés comme appartenant aux organismes nuisibles les cryptogames tels que le chancre du peuplier. Enfin, sont considérés comme organismes nuisibles, des virus, mycoplasmes et organismes similaires tels que les virus, mycoplasmes et organismes similaires nuisibles du genre Cydonia (cognassier) et des virus et mycoplasmes des pommes de terre (Solanum tuberosum L.).

³⁴⁸ Voir *Annexe*, p. 195 et p. 196 : COYPEL Noël (1628-1707), *La Justice arrachant son masque à la Fraude*, 2e moitié du 17e siècle ; et, COYPEL Noël (1628-1707), *Le combat de la Justice et de la Fraude*, Parlement de Bretagne, Rennes, plafond de la Grand' Chambre, 1660.

³⁴⁹ Promulguée au Journal officiel du 5 août 1905, *Bulletin des lois de la République française, XIIème série, deuxième semestre de 1905, contenant les lois et décrets d'intérêt public et général publiés du 1er juillet jusqu'au 31 décembre 1905*, partie principale, tome 71ème, numéros 2625 à 2664, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCXCV (1905), bulletin des lois de la République française, numéro 2641, texte numéro 46 197, pp. 811-816.

exécution de la loi du 1er août 1905 et des lois spéciales qu'elle a maintenues, le Sénat et la Chambre des députés adoptèrent, le 23 juillet 1907, une loi portant ouverture au ministre de l'Agriculture d'un crédit de 335 000 fr., sur l'exercice 1907, pour le service de la répression des fraudes. L'article premier de la loi datée du 23 juillet 1907, promulguée au *Journal officiel de la République française* du 26 juillet 1907, énonce : « Il est ouvert au ministre de l'Agriculture, sur l'exercice 1907, en addition aux crédits alloués par la loi de finances du 30 janvier 1907 et par des lois spéciales, un crédit de trois cent trente-cinq mille francs (335 000 fr.) qui sera inscrit au chapitre XLIX: « Répression des fraudes » en exécution de la loi du 1er août 1905 et des lois spéciales qu'elle a maintenues. » (Rambouillet, le 23 juillet 1907, signé le Président de la République, Armand Fallières, le ministre de l'Agriculture, Ruau et le ministre des Finances Joseph Caillaux)³⁵⁰.

204. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes³⁵¹ résulte de la fusion en 1985 de la direction de la consommation et de la répression des fraudes qui relevait, organiquement, du ministère de l'Agriculture depuis sa création en 1907 et jusqu'à la création en juillet 1981 d'un ministère de la Consommation, et de l'ancienne direction générale de la concurrence et des prix qui dépendaient du ministère de l'Économie. Cette fusion intervint deux ans après l'édiction de la loi numéro 83-660 en date du 21 juillet 1983, loi relative à la sécurité des consommateurs. Le décret numéro 81-704 du 16 juillet 1981 relatif aux attributions du ministre de la Consommation (*Journal officiel de la République française* du 17 juillet 1981, pp. 1992-1993) précise les missions qui incombent au ministre de la Consommation (article premier). Le ministre de la Consommation est chargé de promouvoir les mesures destinées à assurer la protection et l'information des consommateurs et des usagers de biens et services de toute nature ainsi que la meilleure adaptation des produits et des services aux besoins de ceux-ci. Il veille à l'application de ces mesures. Il coordonne les interventions des pouvoirs publics relatives à la consommation.

En vue de remplir ses missions, le ministre de la Consommation dispose d'un excellent service dénommé « le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité ». Le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité est placé sous l'autorité du ministre de la Consommation ; le ministre de l'Agriculture en dispose en tant que de besoin (article deux, alinéa

³⁵⁰ *Bulletin des lois de la République française, XIIème série, deuxième semestre de 1907, contenant les lois et décrets d'intérêt public et général publiés depuis le 1er juillet jusqu'au 31 décembre 1907, partie principale, tome 75ème, numéros 2835 à 2883, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCCVII, Bulletin des lois de la République française numéro 2864, texte numéro 49 561, p. 973.*

³⁵¹ La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes concourt dans son domaine de compétence et de manière excellente au rayonnement de la justice en démasquant la Fraude. Il convient ici de se référer à l'allégorie du peintre français Noël COYPEL (1628-1707), *La Justice arrachant son masque à la Fraude*, 2e moitié du 17e siècle, voir *Annexe* pp. 196-197.

premier du décret susmentionné). La sous-direction « distribution-services-consommation » est placée sous l'autorité du ministre de la Consommation, à l'exclusion du bureau chargé des prestations de services et des problèmes généraux du commerce. Le ministre de l'Économie et des Finances dispose de cette sous-direction en tant que de besoin.

Le ministre de la Consommation dispose en tant que de besoin des services centraux et extérieurs relevant de la direction de la qualité du ministère de l'Agriculture et de la direction générale de la Concurrence et de la Consommation du ministère de l'Économie et des Finances ; il dispose également en tant que de besoin de la direction de la qualité et de la sécurité industrielle du ministère de l'Industrie ainsi que du Commissariat à la normalisation. Il peut faire appel, avec l'accord des ministres intéressés, aux organismes scientifiques et techniques dont le concours lui est nécessaire.

205. Le ministère de la Consommation est, quant à lui, régi par le décret numéro 82-2 du 5 janvier 1982³⁵². L'administration centrale du ministère de la Consommation comprend ainsi : le service des affaires générales, la direction de la consommation et de la répression des fraudes et la mission d'études et de coordination (article premier).

La direction de la consommation et de la répression des fraudes est chargée d'élaborer et de mettre en œuvre les mesures destinées à promouvoir la vie associative, la protection et la sécurité des consommateurs et usagers. À ce titre, elle est le correspondant des associations de consommateurs et d'usagers. Enfin, elle assure la tutelle de l'Institut national de la consommation. Elle concourt à la formation et l'information des consommateurs. Dans le cadre des attributions du ministre de la Consommation, elle définit les actions visant à protéger les intérêts économiques et juridiques des consommateurs dans les relations commerciales ; le cas échéant avec les autres services ministériels concernés, elle veille à la loyauté des transactions, à la qualité et à la sécurité des denrées, produits et services, notamment par l'élaboration et l'application des textes relatifs aux fraudes et falsifications, à la publicité trompeuse, à la protection et l'information des consommateurs, à la promotion et la certification de la qualité et aux appellations d'origine. Elle traite également les affaires internationales qui se rapportent à ses attributions. Enfin, elle dirige l'action des services extérieurs et des laboratoires qui relèvent du ministère et assure leur coordination avec les services extérieurs mis à disposition en application du décret susvisé en date du 16 juillet 1981.

³⁵² Décret numéro 82-2 du 5 janvier 1982 relatif à l'organisation du ministère de la Consommation, décret publié au *Journal officiel de la République française*, du 6 janvier 1982, p. 189.

1) L'organisation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

206. Le ministre de la Consommation organise les services centraux de la direction de la consommation et de la répression des fraudes en vertu de l'arrêté du 22 février 1982³⁵³. Ainsi, la direction de la consommation et de la répression des fraudes comprend le conseil des cinq inspecteurs généraux de la répression des fraudes, chargé de mission spécifique, conseil qui est directement rattaché au directeur. (Article premier de l'arrêté susvisé). En outre, la direction de la consommation et de la répression des fraudes comprend cinq départements, parmi lesquels figure le département des produits alimentaires et de la protection de la santé. Le département des produits alimentaires et de la protection de la santé comprend : le bureau des produits alimentaires végétaux et d'origine végétale, le bureau des produits alimentaires animaux et d'origine animale et des produits de l'alimentation animale, le bureau des boissons et spiritueux, et le bureau de l'hygiène, de la nutrition, de la toxicologie et de la protection de la santé (article quatre de l'arrêté du 22 février 1982).

Le ministre de la Consommation modifia, par l'édition de l'arrêté en date du 17 janvier 1983³⁵⁴ les dispositions relatives au département des produits alimentaires et de la protection de la santé. Ainsi, le département des produits alimentaires et de la protection de la santé comprend : la mission de coordination du contrôle des vins et spiritueux et la mission de coordination du contrôle des produits horticoles et avicoles ; ces deux missions sont directement rattachées au chef du département. Par ailleurs, ce département comprend le bureau des produits alimentaires végétaux et d'origine végétale, le bureau des produits alimentaires animaux et d'origine animale et des produits de l'alimentation animale, le bureau des boissons, vins et spiritueux et, enfin, le bureau de l'hygiène, de la nutrition, de la toxicologie et de la protection de la santé. (Article premier de l'arrêté du 17 janvier 1983).

207. Le ministre de la Consommation organisa les services extérieurs d'inspection du ministère de la Consommation³⁵⁵. Le ministre de la Consommation prescrit que les services extérieurs d'inspection du ministère de la Consommation comprennent, dans chaque département, un service départemental de la consommation et de la répression des fraudes ; dans chaque région, un service

³⁵³ Arrêté relatif à l'organisation des services centraux de la direction de la consommation et de la répression des fraudes, arrêté en date du 22 février 1982, *Journal officiel de la République française*, 12 mai 1982, p. 4516.

³⁵⁴ Arrêté du 17 janvier 1983, arrêté portant modification de l'arrêté du 22 février 1982 relatif à l'organisation des services centraux de la direction de la consommation et de la répression des fraudes publié au *Journal officiel de la République française* du 24 février 1983, p. 2111.

³⁵⁵ Arrêté du 4 janvier 1983, *Journal officiel de la République française*, 8 janvier 1983, p. 240.

régional de la consommation et de la répression des fraudes ; enfin, un service d'enquêtes nationales. (Article premier de l'arrêté susvisé).

Le service départemental de la consommation et de la répression des fraudes est chargé de la mise en œuvre, dans le département, des missions incombant à la direction de la consommation et de la répression des fraudes en vertu du décret du 5 janvier 1982 susvisé. Il participe à l'exécution des missions confiées à la direction de la consommation et de la répression des fraudes en application de l'article deux, alinéa premier, de l'arrêté susmentionné. Le chef du service départemental de la consommation et de la répression des fraudes, est placé sous l'autorité directe du Commissaire de la République, et il est désigné par arrêté du ministre de la Consommation.

Le chef du service régional de la consommation et de la répression des fraudes, placé sous l'autorité directe du Commissaire de la République de Région, anime et coordonne l'activité des services départementaux de la consommation et de la répression des fraudes de la région placée sous l'autorité des Commissaires de la République de département. Il traite les affaires intéressant plusieurs départements de la région. Il fournit aux services départementaux de la consommation et de la répression des fraudes de la région un concours technique et juridique pour l'exécution des contrôles. Le service d'enquêtes nationales est chargé, sous l'autorité du directeur de la consommation et de la répression des fraudes, d'effectuer tout contrôle et enquête à caractère temporaire ou permanent qui lui sont confiés. Les Commissaires de la République sont tenus informés de ces contrôles et de leurs résultats. Le chef du service d'enquêtes nationales, choisi parmi les inspecteurs généraux ou divisionnaires de la répression des fraudes, est désigné par arrêté du ministre de la Consommation.

Les attributions des services de contrôle du conditionnement définies par le décret du 25 septembre 1953 sont transférées aux services départementaux de la consommation et de la répression des fraudes territorialement compétents (article cinq de l'arrêté daté du 4 janvier 1983). L'arrêté en date du 29 juin 1937, modifié par l'arrêté du 11 décembre 1967, instituant une brigade spéciale de surveillance des vins et eaux-de-vie à appellations d'origine contrôlée et l'arrêté du 5 février 1980 fixant les circonscriptions divisionnaires d'inspection du service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité sont abrogés.

Le décret numéro 84-1119 en date du 14 décembre 1984 relatif aux attributions du Secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget, chargé du budget et de la consommation (décret publié au *Journal officiel de la République française*, du 16 décembre 1984, p. 3170) précise que celui-ci exerce les missions qui lui sont confiées par le Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget. (Article premier). Le Secrétaire d'État est chargé de préparer

et de mettre en œuvre la politique du gouvernement en matière de consommation. Il est également chargé, dans les mêmes conditions, de promouvoir les mesures destinées à assurer la protection et l'information des consommateurs et des usagers de biens et services de toute nature, ainsi que la meilleure adaptation des produits et des services aux besoins de ceux-ci. Il coordonne les interventions des pouvoirs publics relatives à la consommation.

208. En 1985, le service de la répression des fraudes fut rattaché, organiquement, au ministère de l'Économie, des Finances et du Budget. Ce rattachement organique est, dorénavant, celui qui prévaut jusqu'à nos jours. Ce rattachement a pour fondement juridique le décret numéro 85-1152 du 5 novembre 1985 portant création d'une Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes au ministère de l'Économie, des Finances et du Budget par suppression d'une direction générale, d'une direction, d'une mission et d'un service³⁵⁶. Ce décret qui émane du Président de la République prescrit, que la direction générale de la concurrence et de la consommation, la direction de la consommation et de la répression des fraudes, le service des affaires générales et la mission d'études et de coordination du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget sont supprimés (article premier du décret susvisé). Il est créé à l'administration centrale du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget une Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes qui exerce les attributions de l'ensemble des services visés à l'article premier. Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est investi des pouvoirs confiés au directeur général de la concurrence et de la consommation par la législation en vigueur. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes comprend des services centraux, des services extérieurs et des laboratoires. L'organisation des services centraux, des services extérieurs et des laboratoires est fixée par arrêtés du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget. Les pouvoirs confiés par la législation en vigueur aux chefs des services extérieurs de la direction générale de la concurrence et de la consommation seront transférés, à la date de leur nomination, aux chefs des services extérieurs de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Il convient ici de préciser que la direction générale de la concurrence et des prix a changé de dénomination pour prendre le nom de direction générale de la concurrence et de la consommation en vertu de l'article premier du décret numéro 78-687 du 4 juillet 1978 portant changement de dénomination de la direction générale de la concurrence et des prix³⁵⁷. La direction générale de la

³⁵⁶ Ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 6 novembre 1985, p. 12 839.

³⁵⁷ Décret publié au *Journal officiel de la République française* du 5 juillet 1978, p. 2630.

concurrence et de la consommation exerce les attributions précédemment dévolues à la direction générale de la concurrence et des prix (article deux, alinéa premier du décret précité). Les services extérieurs de la direction générale de la concurrence et des prix prennent le nom de services extérieurs de la concurrence et de la consommation.

Ce décret fut modifié par le décret numéro 2001-1178 du 12 décembre 2001, décret relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Enfin, le texte juridique positif est le décret de 1985 tel que modifié par le décret numéro 2001-1178 ainsi que par le décret numéro 2009-36 du 12 janvier 2009, décret qui modifie le décret numéro 2001-1178 du 12 décembre 2001 relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes.

2) Le corps des fonctionnaires de la DGCRRF.

209. Le corps des contrôleurs de la répression des fraudes fut régi par le décret numéro 86-995 du 25 août 1986 relatif au statut particulier du corps des contrôleurs de la répression des fraudes³⁵⁸. Le corps des contrôleurs de la répression des fraudes, classé dans la catégorie B prévu à l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984, loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, est régi par les dispositions du décret du 20 septembre 1973 (décret numéro 73-910, fixant les dispositions communes applicables aux divers corps de fonctionnaires de la catégorie B, modifié par le décret numéro 76-971 du 21 octobre 1976) et par celle du présent décret (article premier du décret numéro 86-995). Ce corps comprend les grades de contrôleur divisionnaire, de chef de section et de contrôleur. Les fonctionnaires du corps des contrôleurs de la répression des fraudes assistent les cinq inspecteurs de la répression des fraudes dans l'exercice de leurs fonctions. Ils sont affectés à une formation à compétence départementale, régionale ou nationale. Les contrôleurs divisionnaires sont chargés de fonctions d'encadrement et de coordination comportant des responsabilités particulières.

Le décret numéro 89-810 du 6 novembre 1989 relatif au statut particulier du corps des contrôleurs des services extérieurs de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes³⁵⁹ prévoit en son article premier du décret numéro 89-810 du 6 novembre 1989 que le corps des contrôleurs des services extérieurs de la direction générale de la

³⁵⁸ Ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 31 août 1986, pp. 10 596-10 598.

³⁵⁹ Publié au *Journal officiel de la République française* en date du 6 novembre 1989, pp. 13 875-13 878.

concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est classé dans la catégorie B prévue à l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

Ses membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'Économie et des Finances. Le corps comprend le grade de contrôleur divisionnaire qui comporte sept échelons et les grades de contrôleur et de chef de section qui correspondent respectivement au premier grade et au deuxième grade de la carrière type mentionnée à l'article premier du décret susvisé du 20 septembre 1973. Les fonctionnaires du corps régi par le présent statut participent, sous l'autorité des agents de catégorie A des services extérieurs de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, à l'exercice des missions confiées à ces services. La liste des postes qui peuvent leur être confiés, est établie par un arrêté du ministre chargé de l'Économie et des Finances pris sur la proposition du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et sur le rapport du directeur du personnel et des services généraux.

À titre d'exemple, on pourra se référer à l'arrêté préfectoral numéro 462 du 22 août 1996 confiant l'intérim des fonctions de Chef du service de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Saint-Pierre-et-Miquelon à M. Alain SAUZEL, Contrôleur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes³⁶⁰. En l'occurrence, le chef du service de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes étant en mission en métropole, du 13 au 27 septembre 1996 inclus, ces fonctions sont confiées, par intérim, à M. Alain SAUZEL, lequel a pour grade celui de Contrôleur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (article premier de l'arrêté préfectoral numéro 462 en date du 22 août 1996).

3) La compétence territoriale de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

210. En vertu du décret numéro 59-171 du 7 janvier 1959³⁶¹ portant harmonisation des circonscriptions administratives de la France métropolitaine en vue de la mise en œuvre des programmes d'action régionale, le pouvoir exécutif procéda à un redécoupage administratif. L'article premier du décret susvisé prévoit que pour la mise en œuvre des programmes d'action régionale et d'aménagement du territoire, les départements de la France métropolitaine peuvent être groupés en

³⁶⁰ L'arrêté préfectoral numéro 462 du 22 août 1996 fut publié au *Recueil des actes administratifs de la Préfecture et des Services déconcentrés de l'État de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, du 31 août 1996, troisième année, numéro 8, p. 114.

³⁶¹ Ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 11 janvier 1959, p. 761.

circonscriptions qui seront définies par décret pris en Conseil des ministres sur le rapport des ministres de l'Intérieur, des Finances et des Affaires économiques et de la Construction (article premier, alinéa premier du décret du 7 janvier 1959).

Dans chacune de ces circonscriptions, est désigné, sur proposition du ministre de l'Intérieur, par arrêté conjoint du ministre de l'Intérieur, du ministre des Finances et des Affaires économiques et du ministre de la Construction, celui des préfets qui est chargé de provoquer et de présider des conférences interdépartementales ayant pour objet d'étudier et de coordonner les mesures d'application des programmes d'action régionale et d'aménagement du territoire et, d'une manière générale, de la politique économique du Gouvernement. Les préfets ainsi désignés peuvent recevoir de chaque ministre des délégations particulières afférentes à des affaires ou à des problèmes de caractère économique régional.

Sur le fondement du décret numéro 59-171 du 7 janvier 1959, furent redécoupées les circonscriptions administratives, et en particulier, les circonscriptions administratives dans le domaine de la répression des fraudes. Le décret numéro 60-516 du 2 juin 1960 porte harmonisation des circonscriptions administratives³⁶². Ce décret, pris après avis du comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, constitue l'application du décret numéro 59-171. Les dispositions édictées sont inspirées par le désir d'harmoniser les ressorts territoriaux des services extérieurs de l'État de manière à supprimer des chevauchements de circonscriptions préjudiciables à la bonne marche des services publics et aux intérêts des administrés, tout en évitant la création de directions ou de services nouveaux. C'est donc en partant du nombre actuel de ces circonscriptions que chacune des administrations intéressées est appelée à procéder à cette réorganisation. Dans certains cas, comme la conservation des eaux et forêts par exemple, une administration pourra disposer d'une quarantaine de circonscriptions régionales, dans d'autres cas, au contraire, le territoire demeurera partagé en trois ou quatre régions seulement.

Mais, les limites de ces circonscriptions devront, en tout état de cause, coïncider avec les circonscriptions d'action régionale définies à l'annexe I du décret. Chaque département ministériel pourra donc, dans la détermination des limites géographiques de ses services extérieurs, soit grouper un nombre entier de circonscriptions d'action régionale, soit diviser, le cas échéant, une circonscription d'action régionale déterminée, soit adopter telles quelles les circonscriptions d'action régionale de l'annexe I. Il demeure évidemment entendu que ces 21 divisions géographiques du territoire que sont les circonscriptions d'action régionale ne constituent qu'une unité de base utile

³⁶² *Journal officiel de la République française* du 3 juin 1960, pp. 5007-5017.

pour l'action administrative et la mise en valeur du pays ; celles-ci ne sauraient être considérées comme étant de nature à gêner les courants commerciaux, culturels et humains entre les différentes parties du territoire métropolitain ou à porter atteinte aux divisions administratives traditionnelles.

L'article premier du décret susmentionné énonce qu'à compter de la date de publication du présent décret, les limites territoriales à l'intérieur desquelles s'exercent la compétence et les missions des services dont le ressort comprend plusieurs départements sont harmonisées avec les circonscriptions d'action régionale définies conformément à l'annexe première du présent décret. Ainsi, par exemple, les départements du Nord et du Pas-de-Calais dépendent d'une circonscription d'action régionale dénommée « Nord ». Les départements de l'Aisne, de l'Oise et de la Somme relèvent d'une circonscription d'action régionale « Picardie ». Les départements de la Seine, de la Seine-et-Marne et de la Seine-et-Oise relèvent d'une circonscription d'action régionale « Région parisienne ». Les départements du Cher, de l'Eure-et-Loir, de l'Indre, de l'Indre-et-Loire, du Loir-et-Cher et du Loiret relèvent d'une circonscription d'action régionale « Centre ». Les départements du Bas-Rhin et du Haut-Rhin dépendent d'une circonscription d'action régionale « Alsace ». Les départements de Meurthe-et-Moselle, Meuse, Moselle et Vosges relèvent d'une circonscription d'action régionale « Lorraine ». Les départements de l'Ain, de l'Ardèche, de la Drôme, de l'Isère, de la Loire, du Rhône, de la Savoie, et de la Haute-Savoie relèvent d'une circonscription d'action régionale « Rhône-Alpes ». Les départements de la Côte-d'Or, de la Nièvre, de la Saône-et-Loire et de l'Yonne dépendent d'une circonscription d'action régionale « Bourgogne ». Les départements des Basses-Alpes, Hautes-Alpes, Alpes-Maritimes, Bouches-du-Rhône, Corse, Var et Vaucluse relèvent d'une circonscription d'action régionale « Provence Côte d'Azur-Corse ».

S'agissant du ministère de l'Agriculture, et plus particulièrement, du service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité, les circonscriptions divisionnaires d'inspection du service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité sont fixées par le décret susvisé. Ainsi, à titre d'exemple, les circonscriptions du Nord et du Pas-de-Calais relèvent d'une circonscription d'action régionale du « Nord ». Les circonscriptions de l'Aisne, de l'Oise et de la Somme dépendent d'une circonscription d'action régionale de « Picardie ». Les circonscriptions de la Ville de Paris, des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis, du Val-de-Marne (dans ces départements, les contrôles sont exercés par les services de la Préfecture de police de Paris) relèvent d'une circonscription d'action régionale intitulée « Région parisienne ». Les circonscriptions du Cher, de l'Eure-et-Loir, de l'Indre, de l'Indre-et-Loire, du Loir-et-Cher et du Loiret relèvent d'une circonscription d'action régionale « Centre ». Les circonscriptions de Charente, Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Vienne relèvent d'une circonscription d'action régionale « Poitou-Charentes ». Les circonscriptions de Meurthe-et-Moselle, Meuse, Moselle, Vosges dépendent d'une circonscription d'action régionale « Lorraine ».

Les circonscriptions du Bas-Rhin et du Haut-Rhin dépendent d'une circonscription d'action régionale « Alsace ». Les circonscriptions de l'Ain, de l'Ardèche, de la Drôme, de la Loire et du Rhône ainsi que les circonscriptions de l'Isère, de la Savoie et de la Haute-Savoie dépendent d'une circonscription d'action régionale « Rhône-Alpes ». Les circonscriptions des Basses-Alpes, des Hautes-Alpes, des Alpes-Maritimes et les circonscriptions des Bouches-du-Rhône, de la Corse, du Var et du Vaucluse dépendent d'une circonscription d'action régionale « Provence côte d'Azur-Corse »³⁶³.

B. Les contrôles de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes : garantir la santé humaine.

211. La politique publique de l'alimentation vise à assurer à la population l'accès, dans des conditions économiquement acceptables par tous, à une alimentation sûre, diversifiée, en quantité suffisante, de bonne qualité gustative et nutritionnelle, produite dans des conditions durables. Elle vise à offrir à chacun les conditions du choix de son alimentation en fonction de ses souhaits, de ses contraintes et de ses besoins nutritionnels, pour son bien-être et sa santé. (Article L. 230-1 du Code rural et de la pêche maritime).

La DGCCRF procède à des inspections sanitaires et qualitatives dans l'intérêt de la protection de la santé publique. Ainsi, il est interdit d'administrer, de mettre sur le marché, d'introduire sur le territoire métropolitain ou en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Barthélemy ou à Saint-Martin et de détenir, en vue d'administrer, même dans un but thérapeutique, aux animaux des espèces dont la chair ou les produits sont destinés à l'alimentation humaine, des produits contenant des stilbènes, leurs dérivés, sels ou esters, les substances à action thyrostatique ainsi que l'œstradiol 17 bêta. (Article L. 234-2 du Code rural et de la pêche maritime).

Dans le domaine de la lutte contre la falsification alimentaire, il convient de se référer au

³⁶³ Décret numéro 66-366 du 9 juin 1966 complétant l'annexe II du décret numéro 60-516 du 2 juin 1960 portant harmonisation des circonscriptions administratives. (*Journal officiel de la République française*, du 11 juin 1966, pp. 4670-4671).

Voir également, le décret numéro 75-1150 du 19 décembre 1975 modifiant l'article premier du décret numéro 66-366 du 9 juin 1966 complétant l'annexe II du décret numéro 60-516 du 2 juin 1960 portant harmonisation des circonscriptions administratives (*Journal officiel de la République française* du 16 décembre 1975, p. 12 859). Ce texte vise à créer deux circonscriptions intitulées « Corse-du-Sud » et « Haute-Corse ». Ces deux circonscriptions seront créées à partir du 1er janvier 1976 (article deux du décret étudié) ; ces circonscriptions dépendent d'une circonscription d'action régionale « Corse ».

Le Décret numéro 79-1221 du 31 décembre 1979 portant harmonisation des circonscriptions administratives (*Journal officiel de la République française* du 8 janvier 1980, p. 51) vise à modifier la composition des circonscriptions divisionnaires d'inspection du service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité en ce sens qu'elle change la dénomination de la circonscription d'action régionale de rattachement de la Ville de Paris, des départements des Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne, en substituant la dénomination « Île-de-France », à la dénomination « Région parisienne ».

Décret n° 2001-724 du 31 juillet 2001³⁶⁴ modifiant le décret n° 73-1101 du 28 novembre 1973 portant application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires, en ce qui concerne les additifs destinés à l'alimentation des animaux. Pris sur la base de l'article L. 214-1 du Code de la consommation, il transcrit en droit français les dispositions de la directive du Conseil 96/51/CE du 23 juillet 1996 modifiant la directive du Conseil 70/524/CEE du 23 novembre 1970 concernant les additifs dans l'alimentation des animaux. Les principales modifications portent sur : la définition des additifs ; leurs autorisations, lesquelles sont désormais accordées à l'échelon communautaire par voie de règlements ; leurs modalités d'étiquetage ainsi que celles des prémélanges ou des aliments les incorporant.

Il est complété par un avis aux opérateurs qui précise les conditions de dépôt et d'instruction des dossiers soumis par les entreprises dans le cadre d'une demande d'autorisation d'une substance comme additif en alimentation des animaux à l'Agence française de sécurité sanitaires des aliments.

212. Dans le domaine de l'alimentation humaine, la DGCCRF agit en étroite collaboration avec la gendarmerie nationale. De cette manière, ils contrôlent les températures dans les moyens de transport et les locaux d'entreposage et de stockage des denrées alimentaires surgelées. Le fondement juridique est constitué par les dispositions des articles 1er à 3 du règlement (CE) n° 37 / 2005 de la Commission du 12 janvier 2005 relatif au contrôle des températures dans les moyens de transport et les locaux d'entreposage et de stockage des aliments surgelés destinés à l'alimentation humaine. (Article R. 214-17 du Code de la consommation, Partie réglementaire, Livre II : Qualité des produits et des services, Titre Ier : Conformité, Chapitre IV : Mesures d'application.)

Les contrôles portent également sur les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires. S'appliquent les dispositions des articles 1er à 5 et 15 à 17 du règlement (CE) n° 1935 / 2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 concernant les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires et abrogeant les directives 80 / 590 / CEE et 89 / 109 / CEE ainsi que les dispositions des articles 1er à 5 du règlement (CE) n° 1895 / 2005 de la Commission du 18 novembre 2005 concernant la limitation de l'utilisation de certains dérivés époxydiques dans les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires.

La DGCCRF vise à sanctionner les intoxications alimentaires lesquelles peuvent aller jusqu'à

³⁶⁴ NOR: ECOC0000090D, JORF n° 180 du 5 août 2001, page 12735, texte n° 3.

engendrer le décès de la personne victime³⁶⁵. Le Code rural a posé des interdictions lesquelles avaient pour objectif la préservation de la santé voire du droit à la vie des êtres humains vivant sur le territoire national. Ainsi, le Code rural (ancien) prévoyait en son titre IV (chapitre premier) le contrôle sanitaire des animaux et des viandes. La chair des animaux morts de maladies contagieuses quelles qu'elles soient ou abattues comme atteints de la peste bovine, de la mort, des maladies charbonneuses, et de la rage, ne peut être livrée à la consommation (article 253 du Code rural ancien). Lorsque des animaux ont dû être abattus comme atteints de salmonellose du porc..., la chair ne peut être livrée à la consommation qu'en vertu d'une autorisation spéciale du maire, sur l'avis conforme, écrit et motivé, délivré par le vétérinaire sanitaire (article 254, alinéa premier du Code rural ancien). Toutefois, les poumons et autres viscères doivent être détruits ou enfouis en observant les précautions visées à l'article 241 du Code rural. (Article 254, alinéa deuxième du Code rural ancien). Des règlements d'administration publique spécifient les cas dans lesquels la chair des animaux atteints de maladies ci-dessus énoncées peut être livrée à la consommation.

213. L'État fait montre ici d'un souci remarquable de protection générale de la santé des êtres humains qui vivent en son sein. S'agissant de la République française, il convient de mettre en lumière que, partageant son destin avec les États européens constituant la Communauté économique européenne, devenue Union européenne, en matière d'alimentation humaine, le Conseil des Communautés européennes visa à rapprocher les différentes législations des États membres concernant certains laits de conserve partiellement ou totalement déshydratés destinés à l'alimentation humaine. De cette manière, il élabora la directive numéro 76/118/CEE du 18 décembre 1975. En application de celle-ci, le gouvernement de la République française édicta le décret numéro 78-278 du 9 mars 1978 portant application de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services en ce qui concerne les laits de conserve partiellement ou totalement déshydratés destinés à l'alimentation humaine³⁶⁶.

De cette manière, la force publique opère des contrôles tant pénaux qu'économiques en vue de rechercher les auteurs d'infractions. La force publique, acteur primordial du système pénal, a pour mission fondamentale de faire traduire en justice les auteurs d'infractions qui ont violé le pacte social et partant la liberté des autres membres de la Communauté humaine et la fraternité qui est le cœur battant de la République française.

³⁶⁵ Pour le décès d'un adolescent dans un restaurant, Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 mai 2012, 11-85.507, publié au *Bulletin criminel* 2012, n° 128. Rejet. M. Louvel, président ; M. Maziau, conseiller rapporteur ; Mme Zientara-Logeay, avocat général.

³⁶⁶ Ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 11 mars 1978, pp. 1050-1051.

Chapitre deuxième. Les mesures de contrainte visant à traduire devant la justice les auteurs d'infractions : des mesures strictement encadrées.

214. Pour exercer leurs droits et libertés, les êtres humains vivant dans le cadre de sociétés organisées doivent être protégés : ceux-ci vivent sous l'égide de l'État. La force publique constitue ainsi l'égide étatique³⁶⁷. L'égide était, dans l'Antiquité, le symbole de l'invulnérabilité garantie par la protection des dieux. Les empereurs romains furent souvent représentés avec une amulette placée sur la poitrine, miniature du bouclier orné de la tête de Méduse. De cette manière, la force publique est la garante des droits et libertés en France. Sa mission primordiale est de constater et de rechercher les auteurs d'infractions, lesquels ont brisé le pacte social. La force publique constitue ainsi le service public du bonheur public par son rôle protecteur³⁶⁸.

³⁶⁷ Dans la mythologie grecque, l'**égide** (en grec ancien αἰγίς / *aigís*) était une arme merveilleuse détenue par Zeus, offensive autant que défensive, symbole de la puissance souveraine. Son étymologie naturelle (*aigís* signifie également « peau de chèvre ») incline à faire penser qu'il s'agit d'un bouclier recouvert d'une peau de chèvre. Elle est évoquée à plusieurs reprises dans *l'Illiade*, où l'épithète principale de Zeus est αἰγίοχος / *aigíokhos*, qui signifie littéralement « monté sur une chèvre ».

L'égide est l'œuvre d'Héphaïstos. Au chant II de *l'ILLIADE* d'Homère (v. 446-449), le poète épique la décrit ainsi : « [v. 441 et suivants] Ainsi parle Nestor. Agamemnon, docile à ce conseil, ordonne aux hérauts à la voix sonore d'appeler au combat les grecs à la longue chevelure : les voix retentissent et les enfants de Danaüs se rassemblent aussitôt. Les rois issus de Jupiter quittent le fils d'Atrée et courent ranger les soldats en bataille; près d'eux se tient **Minerve aux yeux brillants portant la superbe égide, immortelle et incorruptible, à laquelle sont suspendues cent franges d'or pur, merveilleusement tressées, et chacune du prix de cent bœufs**. Munie de cette égide, elle s'élançait avec impétuosité, parcourt les bataillons des Grecs, les excite à marcher et réveille dans le cœur du peuple l'amour de la guerre et l'ardeur des combats. Maintenant le carnage leur semble plus doux que le retour aux rivages bien-aimés de la patrie, sur leurs creux navires. »

Source : HOMÈRE, *L'Illiade*, traduction nouvelle, accompagnée de notes, d'explications et de commentaires, et précédée d'une introduction par Eugène BAREST, illustré par A. Titeux et A. de Lemud, Lavigne, libraire-éditeur à Paris, 1843, 567 pages.

Et au chant V (v. 738-742) de *l'ILLIADE*, « Minerve, la fille du puissant Jupiter [...] **jette sur ses épaules la formidable égide que la terreur environne de toutes parts : sur cette égide sont la Discorde, la Force, la Poursuite et la tête effroyable et terrible de Gorgone, monstre d'un horrible aspect, prodige de Jupiter**. Pallas pose sur son front un immense casque d'or orné de quatre aigrettes un casque qui pourrait protéger les fantassins de cent villes réunies ; elle monte sur son char étincelant, saisit la forte lance avec laquelle elle renverse les phalanges des guerriers qui ont excité sa colère. »

³⁶⁸ Le Professeur Calvert WATKINS soutint que l'égide grecque était un emprunt à la littérature hittite, dans laquelle il est souvent fait allusion à un sac en peau de mouton ou de chèvre qui contient des allégories du bien-être. Le Mythe de Télipinu constitue un récit mythologique hittite, centré sur Télipinu, dieu agraire et fils du Dieu de l'Orage. Son départ provoqua une famine chez les hommes et les dieux, qui se mirent à sa

215. Pour ce qui concerne la liberté physique, John LOCKE écrit que « la Liberté n'est pas une idée qui appartient à la volition, ou à la préférence que notre Esprit donne à une action plutôt qu'à une autre, mais à la Personne qui a la puissance d'agir ou de s'empêcher d'agir, selon que son Esprit se déterminera à l'un ou à l'autre de ces deux partis. Notre idée de la Liberté s'étend aussi loin que cette Puissance, mais elle ne va point au-delà. » (*Essai sur l'entendement humain*, titre original : *An Essay Concerning Human Understanding* [1690], II, 21, paragraphe 10)³⁶⁹. Il définit dans ce passage la notion de liberté physique à savoir le pouvoir de l'agent d'agir conformément à ce qu'il veut ; c'est à cette notion que se réduit pour Locke et la philosophie empiriste classique aussi bien que moderne (David Hume, Voltaire), la réalité de la liberté.

La liberté physique peut être annulée dans deux circonstances : premièrement, lorsque la personne se trouve être empêchée, par la maladie, par une infirmité physique ou bien encore par les obstacles extérieurs, d'exécuter l'action qu'elle souhaite accomplir ; deuxièmement, lorsque les mouvements corporels de la personne ne procèdent pas de sa volonté mais sont dus soit à une cause externe, soit à une contrainte interne.

Il convient de relever que la liberté physique ne couvre pas le cas de la contrainte morale. En effet, dans le cas général, une personne qui agit sous la menace décide de faire ce qu'autrui exige d'elle, et cela afin d'éviter qu'autrui ne mette à exécution sa menace.

216. Restreignant l'idée de liberté à celle d'un pouvoir d'agir ou de ne pas agir, l'empirisme peut récuser la notion de liberté de la volonté (John LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, titre original : *An Essay Concerning Human Understanding* [1690], II, 21, paragraphes 4 à 21). En effet, ce n'est qu'à un agent que l'on peut attribuer un pouvoir d'agir. Dès lors, la question de savoir si la volonté est

recherche. Après plusieurs échecs, ils le retrouvèrent et le firent rentrer. L'harmonie et la prospérité régnèrent aussitôt dans le royaume des Hittites. Le récit s'achève sur la scène de Télipinu, se tenant devant un arbre sur lequel est suspendu un sac en peau de mouton, contenant tout ce qui peut garantir le bien-être du royaume – la fécondité, la longévité, l'abondance... (§28-30).

Calvert WATKINS proposa de voir dans le sac en peau de mouton de la fin du mythe de Télipinu le prototype de l'égide que l'on trouve dans la littérature grecque. Sa thèse se fonde sur un argument sémantique. L'égide (grec αἰγίς, terme étymologiquement lié au nom de la chèvre, en grec αἶξ, αἰγός) ne semble pas désigner un bouclier, mais plutôt un vêtement que revêt Athéna, ou un sac en peau de chèvre, contenant des allégories (Iliade, 5, 733-742) ; description qui rappelle celle du *kuršaš* (« sac en peau ») hittite dans le mythe de Télipinu.

WATKINS (Calvert), « A Distant Anatolian Echo in Pindar : The Origine of the Aegis Again », *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 100, 2000, pp. 1-14. Source : Harvard University, Department of the Classics ; <<http://scholar.harvard.edu/watkins>>

³⁶⁹ LOCKE (John), *Essai philosophique concernant l'entendement humain, où l'on montre quelle est l'étendue de nos connoissances certaines et la manière dont nous y parvenons* par M. Locke, traduit de l'anglois par M. Coste. Troisième édition, revue, corrigée et augmentée de quelques additions importantes de l'auteur qui n'ont paru qu'après sa mort, et de quelques remarques du Traducteur. Chez Pierre Mortier, Amsterdam, M. DCC. XXXV (1735), 601 p. ; John Locke (1632-1704). Traducteur : Coste, Pierre (1668-1747).

libre n'aurait de sens que dans l'hypothèse où la volonté serait un « agent dans l'agent », hypothèse à l'évidence absurde. La volonté, selon John Locke, n'est rien d'autre que le pouvoir de l'agent « de penser à ses propres actions et de préférer l'exécution d'une chose à l'omission de cette chose ou le contraire » (*Essai sur l'entendement humain*, titre original : *An Essay Concerning Human Understanding* [1690], II, 21, paragraphe 15).

La théorie empiriste de la liberté appelle ainsi une conception instrumentaliste de la responsabilité et de la sanction. Ainsi, l'on ne tient pas une personne pour responsable de son acte parce que l'on estime qu'elle aurait pu agir autrement qu'elle ne l'a fait. On la tient pour responsable du moment que l'on estime qu'elle aurait pu agir autrement si elle avait eu d'autres motifs. Le but de la sanction est alors de fournir au sujet des motifs, comme la crainte d'une nouvelle sanction ou l'attente d'une récompense, empêchant de cette manière la répétition de l'acte blâmable. On peut difficilement se contenter du contenu restreint que l'empirisme assigne au concept de liberté. Certes, il est vrai que la notion de liberté de la volonté pose des problèmes considérables. Cependant, on ne peut pas contester cette notion en se fondant uniquement sur ce que Leibnitz appelait ironiquement la « liberté des coudées franches ». En effet, ce n'est pas parce qu'un sujet possède la liberté physique qu'il agit dans tous les cas de plein gré et qu'il est une personne libre.

En ce qui concerne l'agir de plein gré et l'agir contre son gré, il convient de mettre en lumière que l'aspect sous lequel la question de la liberté se pose de la façon la plus concrète concerne les cas où la personne se trouve contrariée dans la poursuite de son projet d'action initiale, qu'elle doit l'amender pour s'adapter à des circonstances adverses ou bien encore lorsqu'elle est amenée à poser des actes qu'elle désapprouve intérieurement. Il est indispensable, pour répondre à cette question pour analyser ce point de vue, de distinguer plusieurs types de situation.

217. L'analyse classique de la contrainte réside dans l'étude d'Aristote (*Éthique à Nicomaque*, 1110a1-1110b18), analyse qui fut reprise, sans qu'il en ait modifié les orientations fondamentales par saint Thomas d'Aquin dans sa *Somme théologique* (Ia, IIae, question numéro six, articles 4-6). Cette étude procède en deux temps. Dans un premier temps, sont définis comme étant des actes accomplis malgré soi (actes involontaires pour Saint-Thomas) les mouvements corporels ou les déplacements du corps dont le principe est extérieur au sujet et auxquels celui-ci ne concourt en rien, même pas en y consentant intérieurement. Il s'agit donc en l'espèce de mouvements corporels qu'une puissance supérieure en force fait subir à un agent contre sa résistance physique.

Dans un second temps, l'analyse classique aborde le cas de la contrainte par voie de menaces. Ce cas se trouve analysé par Aristote et Saint-Thomas. Ainsi, l'acte de marins qui constituent l'équipage d'un vaisseau, et qui dans une violente tempête, jettent par-dessus bord la

cargaison afin d'alléger le navire pour éviter qu'il ne coule, l'acte des marins est accompli de plein gré. Il est vrai qu'ils n'auraient pas accompli cet acte s'il n'existait pas de tempête. Cependant, dans la situation donnée et tout acte est accompli dans une situation donnée, leur action est accomplie en vue d'une fin, à savoir empêcher que ne se produise un mal plus grand (que le navire ne coule). Elle est donc décidée et choisie par les agents et c'est cela qui nous permet de dire qu'elle est accomplie de plein gré.

218. Cette analyse comporte toutefois deux défauts graves. Elle définit dans son premier temps comme constituant les actes forcés des événements qui ne sont pas des actes et a fortiori ne sont pas des actes forcés. Cette définition énonce la différence qui existe entre un mouvement corporel subi et un mouvement corporel accompli par la personne. Dans son second temps, l'analyse classique développe l'analyse de la contrainte sur l'exemple des marins qui n'est pas un cas de contrainte. Elle omet de prendre en compte l'élément spécifique de situation de contrainte qui est qu'autrui tente d'imposer sa volonté à autrui par la menace.

Or c'est par le biais de ce rapport que l'acte est défini comme forcé ou non. Un acte est accompli par la personne contre son gré lorsque l'une et l'autre des conditions suivantes sont satisfaites : premièrement, l'acte est accompli en vue d'éviter un mal plus grand dont l'agent est menacé par autrui ; deuxièmement, l'acte est accompli en vue de satisfaire les exigences d'autrui (il constitue une soumission à la volonté d'autrui). De cette manière, le collaborateur agit contre son gré parce qu'il accomplit son acte en vue de satisfaire les exigences d'un tyran qui lui aurait ordonné de se donner la mort puisque le tyran le soupçonne de déloyauté et menace de représailles la famille tout entière. Aussi, le collaborateur se suicide.

219. En ce qui concerne la liberté de la personne, celle-ci se définit à la façon dont la personne est présente, sur le mode de l'action et de l'émotion, à autrui et au monde. C'est ce que fait bien ressortir la définition qu'en donne Épictète : « est libre celui qui vit comme il veut, qu'on ne peut ni contraindre, ni empêcher, ni forcer, dont les volontés sont sans obstacle, dont les désirs appellent leur but, dont les aversions ne rencontrent pas l'objet détesté » (*Entretiens*, IV, 1, 1). Ce passage énumère ainsi les quatre aspects dont la conjonction définit l'extension maximale du concept de liberté de la personne. L'analyse suivante de ces divers aspects ne se prononce ni sur la question de savoir si la liberté la personne est réalisable ni s'il est souhaitable d'un point de vue éthique.

Est libre celui qui ne saurait être contraint d'agir et de s'abstenir d'agir. Le point d'attaque du tortionnaire, du maître chanteur et en général de tous ceux qui entendent soumettre leur prochain à leur volonté, ce n'est pas le pouvoir de décision du sujet ; ce sont les éléments en fonction desquels le sujet prend ses décisions et agit, c'est-à-dire les valeurs auquel il est attaché. Si autrui réussit à me

contraindre, ce n'est pas parce qu'il réussit à me faire perdre le contrôle de décision et de mes actes ; autrui n'infléchit pas ma volonté comme il infléchit mon bras dans une partie de bras de fer. Si autrui est capable d'exercer une contrainte, c'est dans la mesure où il contrôle des éléments qui correspondent à des valeurs auxquelles je suis attaché. Comme l'affirme Épictète : « Qui est ton maître ? Celui qui a en sa puissance ce que tu recherches et ce que tu veux éviter » (*Entretiens*, II, 2, 26).

La technique de la contrainte consiste alors à acculer la victime à une situation telle qu'elle arrive à appréhender la perte des valeurs menacées par autrui comme un mal plus grand que l'action exigée d'elle. La personne qui cède à la contrainte n'y cède pas à la manière d'une corde qui casse lorsqu'elle est soumise à une tension trop forte. Céder à la contrainte, c'est décider de faire ce qu'exige autrui ; et, on le décide parce que l'on appréhende comme intolérable la perte des valeurs qu'autrui menace. La réalisation de ce premier aspect de la liberté de la personne exige que le sujet se détache de toutes les valeurs sur lesquelles autrui peut avoir prise. Étant devenus indifférents aux choses sur lesquelles autrui peut avoir prise, il ne saurait être amené à agir contre son gré.

Est libre celui qui agit comme il veut. Le sujet qui ne saurait être contraint d'agir agit toujours de plein gré. Cela n'est pas suffisant pour qu'on puisse le considérer comme une personne libre. Il existe, en effet, des formes de nos libertés autres que la soumission à la contrainte.

220. Enfin, John Locke s'est fondé sur l'existence du pouvoir de choix et de la capacité d'autodétermination du sujet dans la délibération pour introduire, à côté de la notion de liberté physique, celle de la liberté de l'homme en tant qu'être rationnel. L'homme est libre parce qu'il possède un pouvoir de choix et une capacité d'autodétermination qui lui permettent d'orienter et d'organiser son action de façon optimale et à plus longue échéance. (*Essai sur l'entendement humain*, titre original : *An Essay Concerning Human Understanding* [1690], II, 21, paragraphe 47 et suivants).

221. La force publique est chargée de faire exécuter les lois pénales, lesquelles permettent toute vie humaine en société. Le bien vivre ensemble nécessite de la part de chaque membre qui vit au sein de l'État d'observer les lois votées de manière démocratique par les représentants du peuple. Ainsi, la loi étant l'expression de la volonté générale, celle-ci doit rayonner au sein de la société en vue de répandre ses bienfaits (voir, *Annexe*, p. 203 : Michel-Martin Drölling (1781-1853), *La Loi descendant sur la terre pour y établir son empire et y répandre ses bienfaits*. Salon de 1827, Plafond de la salle du Contentieux du Conseil d'État, Paris, Musée du Louvre).

Les lois pénales constituent ainsi le droit pénal, que l'on qualifie également de droit criminel. Le droit pénal constitue la branche du droit positif qui traite de la répression des actes portant atteinte à l'ordre social³⁷⁰. De manière plus précise, l'on distingue, d'une part, le droit pénal, à savoir l'ensemble des règles qui intéressent les infractions, les peines et la responsabilité pénale, et d'autre part, la procédure pénale longtemps qualifiée d'instruction criminelle, à savoir l'ensemble des règles qui gouvernent la recherche, la poursuite et le jugement des auteurs d'infractions.

222. La force publique vise donc à rechercher les auteurs des infractions au pacte social pour les traduire devant la justice. Les auteurs d'infractions qui ont brisé les règles du bien vivre ensemble doivent être punis pour que la vie sociale puisse exister³⁷¹. La fonction de la peine exprime ainsi la réaction de la société en vue d'affirmer l'intangibilité des croyances que le crime, plus généralement les infractions, ont prétendu nier. Il appartiendra à la justice d'apprécier le comportement constitutif d'une violation du Code pénal. Ainsi, la vengeance privée ou familiale dénommée *vendetta* n'a pas sa place au sein de sociétés civilisées. L'autorité publique a donc substitué à la loi du talion une justice visant la réparation pécuniaire, ainsi que le châtement d'incarcération³⁷².

En vue de justifier le caractère nécessaire du châtement, l'on invoquera, d'un point de vue moderne, l'obligation de soustraire l'individu dangereux de la société en vue de le corriger et de le réadapter socialement. De cette manière, l'on observera que la société menacée dans ses valeurs communes, défend son existence même, en infligeant une peine.

La force publique agit à l'aune de normes juridiques qui constituent la procédure pénale. En effet, le bras armé de l'État doit agir dans un cadre juridique précis en vue d'éviter tout arbitraire qui porterait atteinte aux droits et libertés reconnues et consacrées au rang constitutionnel. La procédure pénale suppose, dès ses origines, un début d'organisation judiciaire élaborée par la coutume, souvent entre les mains des prêtres qui délivrent aux plaideurs des formules de type sacramentel. L'ancien droit romain nous livra de manière assez précise les formules de procédure auquel devait correspondre la formule pénale. La procédure médiévale en utilisait aussi.

223. La force publique, qui agit dans le but de faire rayonner le bonheur public, à savoir la jouissance pleine et entière des droits et libertés, recherche donc les auteurs d'infractions afin de les

³⁷⁰ D'un point de vue de l'histoire de l'art, l'on pourra contempler l'Allégorie du Droit pénal du peintre espagnol Garmelo y Alda, *Allégorie du droit pénal*, qui pare la Rotonde du Tribunal Suprême d'Espagne, voir *Annexe* p. 82.

³⁷¹ Si la force publique n'existait pas, la vie sociale ne serait pas possible : les auteurs d'infractions brisant le pacte social ne seraient pas traduits devant la Justice. Voir, *Annexe*, p. 196 : LA FAGE Raymond (né en 1656 ; mort en 1690), *La Justice fuyant la Terre envahie par les Crimes*, 4e quart du 17e siècle.

³⁷² Voir LAINGUI (André) et LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, deux volumes, Cujas, Paris, 1979-1980 ; Volume 1, 158 p. et Volume 2, 160 p.

traduire devant la justice. Les juges représentent au sein des sociétés une fonction primordiale pour toute vie en société. En effet, la justice peut se définir comme étant la disposition à accomplir des actions qui, « produit et conserve le bonheur, et les éléments de celui-ci, pour une communauté politique » (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, trois, 1129b, 13-14).

La justice a été définie au XXe siècle comme étant la première vertu des institutions sociales, de l'État et du droit (John RAWLS, *Théorie de la justice* [1971], traduction de Catherine AUDARD, Points, collection « Points Essais », Paris, 2009, 665 p.). Pour garantir l'exercice des droits et libertés, l'emploi de la contrainte opérée par la force publique doit être strictement encadré en vue de ne pas engendrer l'arbitraire et, partant, les atteintes à ces droits et libertés. À cette fin, la force publique doit respecter le principe de la légalité des délits et des peines qui est au cœur de la mesure de contrainte. (**Section première**). De surcroît, la force publique est amenée à sanctionner les auteurs d'infractions en procédant à leur arrestation ; la force publique, exerçant le monopole de la violence physique légitime (**Deuxième section**).

Section première. Le principe de la légalité des délits et des peines : fondement de la mesure de contrainte.

224. L'article 14 de la Constitution du **Grand-Duché de Luxembourg** du 17 octobre 1868, (Chapitre II « Des libertés publiques et des droits fondamentaux ») énonce que « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi. » En conséquence, aucune peine ne peut être établie par un arrêté grand-ducal, pris en exécution d'une loi, si cette loi ne contient aucune disposition permettant d'édicter des peines pénales par voie de règlement d'administration publique. (Tribunal Luxembourg, 30 octobre 1947, *Pasinomie* 14, p. 311)³⁷³.

Il ressort de l'article 14 de la Constitution que, pour être prononcée, une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige. Le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables. Le principe de la spécification de l'incrimination est, partant, le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution. (Cour Constitutionnelle du Grand-

³⁷³ La *Pasinomie* ou *Pasicrisie* Luxembourgeoise est le premier recueil de jurisprudence luxembourgeoise en matière civile, commerciale, criminelle, de droit public, fiscal, administratif et notarial, qui a été édité au Grand-Duché depuis son indépendance. La revue a été fondée en 1881 par Pierre RUPPERT, qui occupait à la fois les postes de Conseiller de Gouvernement, Secrétaire Général du Gouvernement, greffier de la Chambre des Députés, secrétaire du Conseil d'État, archiviste du Gouvernement et Président de la commission permanente de statistique à Luxembourg.

Duché de Luxembourg, Arrêt 12/02 du 22 mars 2002, *Mémorial A- 40* du 12 avril 2002, p. 672).

225. Le principe d'égalité de tous devant la loi, et en particulier devant la loi pénale constitue le fondement de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique à laquelle incombe la mission cardinale de garantir les droits de tous au sein d'une société démocratique³⁷⁴. Ce principe est proclamé constitutionnellement à travers le monde. Ainsi, l'article 27 de la Constitution politique de la **République du Nicaragua** du 9 janvier 1987 prévoit que toutes les personnes sont égales devant la loi et ont un droit à une égale protection. Il ne doit pas y avoir de discrimination à raison de la naissance, de la nationalité, des croyances politiques, de la race, du sexe, de la langue, de la religion, des opinions, de l'origine, de la position économique ou de la condition sociale. (Alinéa premier). Les étrangers bénéficient des mêmes devoirs et des mêmes droits que les nicaraguayens, à l'exception des droits politiques [...] ; ils ne peuvent intervenir dans les affaires politiques du pays. (Alinéa deux). L'État respecte et garantit les droits reconnus dans la présente Constitution à toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire et sont soumises à sa juridiction.³⁷⁵

226. À l'échelon des États fédérés, au **Mexique**, la Constitution de l'**État de GUANAJUATO**³⁷⁶ consacre en son titre Ier des droits et libertés au bénéfice des personnes se trouvant sur le territoire de l'État de Guanajuato. En France, ces droits et libertés à l'instar de la présomption d'innocence ne reçoivent pas de consécration constitutionnelle mais n'ont qu'une simple valeur législative. La loi est la même pour tous ; de la loi émane les attributions des autorités et les droits et obligations de toutes les personnes qui se trouvent au sein de l'État de Guanajuato et qui sont domiciliés ou qui sont en transit. À tous correspondent la jouissance de ses bénéfices et l'obéissance de ces dispositions (paragraphe réformé par la révision constitutionnelle du 26 février 2010). À aucune loi ni disposition gouvernementale ne sera donné un effet rétroactif pour le préjudice de quelconque

³⁷⁴ D'un point de vue symbolique, l'on pourra admirer le fronton Ouest de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique intitulé « Equal Justice Under Law ». Gilbert, Cass (1858-1934), architecte. Aitken, Robert (1878-1949), sculpteur. U.S. Supreme Court Building West Pediment, (sculpture). *Equal Justice Under Law*, (sculpture). Date : 1935, voir *Annexe* pp. 205-206-207-208.

³⁷⁵ Source : Pouvoir Judiciaire du Nicaragua (« Poder Judicial de la República de Nicaragua »), site institutionnel : <<http://www.poderjudicial.gob.ni/>>

Et, l'on pourra se reporter au *Traité élémentaire de Droit constitutionnel nicaraguayen* (« Tratado elemental de Derecho constitucional nicaragüense ») des universitaires Azhálea Isabel Solís Román, Gustavo Adolfo Vega, Freddy José Blandón Argeñal et Gabriel Alvarez Argüello, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 1999, 152 p.

³⁷⁶ L'État de GUANAJUATO est régi par la Constitution politique du 18 octobre 1917 (Constitution publiée au *Journal officiel du gouvernement de l'État de Guanajuato* du 18 octobre 1917).

personne. Contre son respect, personne ne pourra alléguer de son ignorance. (Article deux, alinéa troisième de la Constitution précitée).

227. Dans une perspective de droit comparé, et, plus précisément en histoire du droit comparé, la Charte constitutionnelle du royaume du **Portugal** et Algarve décrétée par le roi du Portugal et Algarve Don Pedro Ier, empereur du Brésil, le 29 avril 1826, prévoit en son titre VIII intitulé « Dispositions générales et garantie des droits civils et politiques des citoyens portugais » que : « L'inviolabilité des droits civils et politiques des citoyens portugais qui ont pour base la liberté, la sûreté individuelle et la propriété, est garantie par la constitution du royaume de la manière suivante : [...] § 12. La loi est égale pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; elle récompense en proportion des mérites de chacun »³⁷⁷. Aussi, « [i]l sera fait un Code civil et un code pénal fondés sur les bases de la justice et de l'équité. » (§ 17).

228. La loi pénale se trouve au fondement des sociétés humaines. Son rôle cardinal doit être mis en exergue d'autant plus qu'au sein des sociétés démocratiques, la liberté a pour corollaire la responsabilité (I). Après avoir étudié le rôle cardinal de la loi pénale au sein des sociétés humaines, l'on analysera les bases constitutionnelles du principe de la légalité des délits et des peines (II).

I. Le rôle cardinal de la loi pénale au sein des sociétés humaines.

229. La mission cardinale qui incombe à la force publique revêt un caractère universel, ce qui démontre l'action fondamentale de la force publique pour toute société humaine. Ainsi, sur le **continent américain**, aux **États-Unis d'Amérique**, la mission assignée à la police d'État de l'État de l'**Alaska** (« Alaska State Troopers ») est de préserver la paix, garantir la loi, prévenir et sanctionner le crime, et protéger la vie ainsi que la propriété³⁷⁸. Dans l'**État du Texas**, la force publique qui relève du Département de la Sécurité publique du Texas a pour mission de contrôler les routes et autoroutes, de préserver la paix, d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les criminels (Code Administratif du Texas

³⁷⁷ LAFERRIÈRE (Édouard), *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, Cotillon, libraire du Conseil d'État, Paris, 1869, 654 p. Cet ouvrage a été revu par Anselme Polycarpe Batbie, Professeur à la faculté de droit de Paris.

Édouard LAFERRIÈRE (1841-1901). Pays : France, langue : français, naissance : 26-08-1841, Angoulême, mort : 02-07-1901. Il fut Avocat, haut fonctionnaire et homme politique. Maître des requêtes au Conseil d'État, il fut nommé Gouverneur général de l'Algérie en 1898. Autre forme : Édouard-Louis-Julien Laferrière (1841-1901).

Source : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/12127195/edouard_laferriere/>

Anselme BATBIE (1828-1887). Pays : France, langue : français, naissance : 31-05-1828, Seissan (Gers), mort : 12-06-1887. Il fut Auditeur au Conseil d'État, Avocat et Professeur. Il a été député puis sénateur. Autre forme : Anselme Polycarpe Batbie (1828-1887).

Source : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/12315621/anselme_batbie/>

[Texas Administrative Code], Title 37, Part 1, Chapter 1, Subchapter A, Rule § 1.2)³⁷⁹.

Sur le **continent africain**, en **Ouganda**, la force de police de l'Ouganda a pour fonction conformément à la constitution et à la loi de protéger la vie, la propriété et les autres droits individuels. Elle vise à maintenir la sécurité à travers le territoire ougandais et elle assure l'effectivité des lois. La force de police assure la sécurité publique et le maintien de l'ordre, elle prévient et détecte les crimes dans la société. (Loi sur la police de l'Ouganda de 1994 [Police Act 1994 (Ch 303)], Deuxième partie – Établissement et fonctions, 4. Les fonctions de la force)³⁸⁰.

Sur le **continent européen**, au **Grand-Duché de Luxembourg**, le corps de police grand-ducale a pour mission générale d'assurer la sécurité intérieure en veillant au maintien de l'ordre public et à l'exécution des lois et règlements (Loi du 31 mai 1999 portant création d'un corps de police grand-ducale et d'une inspection générale de la police, Titre premier – Mission générale, article 2)³⁸¹. L'ensemble du personnel policier est chargé de missions de police judiciaire. Dans l'exécution de ses missions, la police comprend des unités spécifiques, à savoir un service de recherche et d'enquête criminelle organisé en tant que service opérationnel régional ainsi qu'un service spécial dénommé « service de police judiciaire » organisé en tant que service opérationnel national. (Article 13). Il convient ici de préciser que pour remplir la mission cardinale de protection de la population, les services de recherche et d'enquête criminelle assurent des missions de police répressive et préventive qui dépassent le cadre purement local ou concernent des affaires traitées par des services locaux ou régionaux de police. (Article 14, 1).

En **Asie**, les membres de la force de police de **Singapour** prêtent un serment dans lequel il s'engage à maintenir la loi, à protéger la vie et la propriété, à prévenir et à détecter le crime³⁸².

Aussi, la loi pénale permet la protection des êtres humains qui vivent au sein de la société ;

³⁷⁸ Source : Département de la Sécurité Publique de l'Alaska (« Department of Public Safety, State of Alaska »), site électronique institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.dps.state.ak.us/>>

³⁷⁹ Source : Texas Secretary of State, <<http://www.sos.state.tx.us/>>

³⁸⁰ Source: Institut d'information légale de l'Ouganda, <<http://www.ulii.org/>>

³⁸¹ Source : Code administratif du 30 juin 2014, volume 2 ; le code est consultable par la voie électronique sur le site institutionnel « Legilux », site édité par le Service Central de Législation du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg : <<http://www.legilux.public.lu/>>

Il convient ici de préciser que la police grand-ducale constitue un service national de police générale (article trois), laquelle relève organiquement du Ministre de la Force Publique pour tout ce qui concerne l'organisation, l'administration, l'instruction et la discipline (article quatre). Aussi, il est ici fort intéressant de relever que la force publique dépend d'un ministre propre et non du ministre de l'Intérieur ou du ministre de la Justice. Tel fut le cas en France lorsqu'existait un ministère de la police séparée du ministère de l'Intérieur et de la Justice. Voir *supra*.

³⁸² Source : force de police de Singapour, site institutionnel : <<http://www.spf.gov.sg/>>

c'est à la force publique qu'incombe la mission fondamentale de faire rayonner les lois pénales. Ainsi, la force publique protège les personnes³⁸³ et garantit l'épanouissement de leur liberté (§1) ; la loi pénale étant au fondement du pacte social (§2).

§ 1. La loi pénale et la liberté.

230. Lucien JAUME³⁸⁴ s'interroge sur les rapports qui existent entre la liberté et la loi. Si l'on veut se convaincre que l'usage des droits de l'homme comme garantie de liberté à l'égard de l'État ainsi que de la loi positive est de conception tardive, il faut se rappeler la portée politique et la logique interne de la déclaration française à l'été de 1789. On constate aisément, pour ce qui concerne la logique interne, la place décisive tenue par la loi à l'intérieur de l'énoncé d'ensemble des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme »³⁸⁵. Les articles 4, 5 et 6 de la Déclaration établissent que le contenu des droits naturels, tout autant que leurs limites (il est clair que contenu et limites sont en relation réciproque : aucun droit n'est absolu) sont définis par la loi. Il s'agit bien entendu de la loi positive, « expression de la volonté générale » et non de la loi naturelle, concept totalement absent de la déclaration parce qu'il aurait substitué une transcendance échappant à la détermination par le droit positif et aurait suscité l'idée d'obligation première ou de « devoir » que les Constituants ne pouvaient politiquement accepter (on sait que le débat sur les « devoirs » fut particulièrement animé, les évêques libéraux et les conservateurs s'entendant, pour des raisons diverses, sur ce point ; en réalité si l'introduction des devoirs dont le terme figure au sein du Préambule, fut rejeté par le vote de l'Assemblée, ce ne fut qu'à une courte majorité (510 voix contre 433)³⁸⁶.

C'est donc la loi, rédigée par la Nation, c'est-à-dire en réalité par ses représentants de l'Assemblée, qui fixera la borne des droits naturels : « ces bornes ne peuvent être déterminées que

³⁸³ Voir en *Annexe*, la symbolique de l'emblème de l'Office Central pour la Répression des Violences aux Personnes (OCRVP), p. 364.

³⁸⁴ JAUME (Lucien), *La liberté et la loi, Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, Paris, 2000, 389 pages; voir spécialement, pp. 331-335. Lucien JAUME est directeur de recherche au CNRS et membre du CEVIPOF. Il enseigne la philosophie politique à l'Institut d'études politiques de Paris ainsi qu'au centre Raymond Aron à l'École des hautes études en sciences sociales.

³⁸⁵ Voir JAUME (Lucien), *HOBBS et l'État représentatif moderne*, PUF-Presses universitaires de France, Paris, 1986, 236 p. ; voir spécialement, p. 170 et pp. 178-180 ; l'on pourra également se reporter au développement de Lucien JAUME sur le légicentrisme français au sein des déclarations des droits de l'homme, JAUME (Lucien), *Les déclarations des droits de l'homme*, GF-Flammarion, Paris, 1989, 376 pages.

³⁸⁶ Voir, GAUCHET (Marcel), *La Révolution des pouvoirs, La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, nrf, collection « Bibliothèque des Histoires », Paris, 1995, 304 p.

par la loi » (article quatre de la Déclaration). À l'aune de la conception de Montesquieu, laquelle est manifestement reprise en l'espèce, (voir Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 3 : « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir »). La liberté est beaucoup mieux assurée par le parti pris de la loi en ce qu'elle prescrit et en ce qu'elle interdit, que si une indétermination complète était laissée au droit naturel. La liberté n'est pas de laisser être (Dans la constitution américaine, l'on trouve l'idée de pouvoirs réservés ou encore retenus par le peuple ; conférer le neuvième amendement : « L'énumération de certains droits dans la constitution ne devra pas être interprétée comme annulant ou restreignant d'autres droits retenus par le peuple. » Le 17 septembre 1787, George Washington faisait part au président du Congrès de l'importance de la question : « Les individus, en entrant en société, doivent abandonner une partie de leur liberté pour conserver le reste. [...]. Il est toujours difficile de tracer avec précision la ligne de démarcation entre les droits qui doivent être abandonnés et ceux qui peuvent être réservés »³⁸⁷).

La liberté n'est pas de laisser être ou bien encore de laisser « en réserve », ni de laisser faire le droit naturel, mais de développer grâce à la loi la part que la loi semble abandonner au droit naturel. Et cette part, encore une fois, n'est pas « réserve » mais source d'extériorisation, de sorte que la liberté se déploie par la loi. Et comme la liberté doit être réciproque entre individus, il faut dire de l'extérieur où passe l'axe organisant la réciprocité. Cette conception se développe en deux temps dans le texte de 1789. En premier lieu, l'on expose que « 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 » (article quatre de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789). Ensuite, il apparaît que ces bornes ressortissent au rôle arbitral tenu par la loi, ce rôle consistant en un bornage et en un prononcé du droit : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » (article cinq de la Déclaration). On retrouve ici la formulation de Montesquieu : « N'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. »

231. Lucien Jaume pose la question selon laquelle : « Faut-il penser que, en revanche, on ne retrouve pas l'idée de prescription, si marquée chez Montesquieu (« pouvoir faire ce que l'on doit vouloir ») ? ». En réalité, après le temps de la liberté se fondant sur le jeu des négations (« ce qui n'est pas défendu [...] ce qu'elle n'ordonne pas... »), vient le temps de la liberté comme affirmation positive, comme transcription positive en droit positif des virtualités du droit naturel. L'on déclarera

³⁸⁷ *Le Fédéraliste* par A. HAMILTON, J. JAY et G. MADISON, LGDJ - Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection « Bibliothèque de textes et études fédéralistes », Paris, 1957, 788 p. ; voir spécialement les pages 765-766. Préface de M. André TUNC ; réédition.

donc que la loi assure l'égalité de tous, « soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». La loi pénaliste ou bien encore criminelle détermine les cas et les formes de l'arrestation (article sept), la proportionnalité des peines au délit (article huit), les conditions idoines relatives à la présomption d'innocence (article neuf). En effet, comme l'a écrit Michel Troper, ce texte « n'énonce pas des droits que les individus pourraient faire valoir contre l'État, mais différentes versions d'un droit naturel de vivre en société sous le seul empire des lois, ce qui est la définition même de la liberté »³⁸⁸.

Le légicentrisme à la française organise donc un rapport entre, d'une part, le droit naturel et, d'autre part, la loi qui sera inévitablement variable et révisable, puisque c'est du point de vue de la loi que la liberté naturelle s'envisage : rapport révisable selon les intentions politiques du moment, traduites par le législateur ; et révisable aussi, et ensuite, dans la pratique du juge constitutionnel entendu dans une conception française (à partir de 1971 et de l'élargissement du « bloc de constitutionnalité ») ; cette phase est donc particulièrement tardive, laquelle a donné valeur juridique au texte des « grands principes ». S'il est reconnu que la loi peut s'avérer être liberticide (la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »³⁸⁹, elle n'est cependant pas opposable à des valeurs qui résulteraient d'une vision de la nature de l'homme et d'une philosophie du droit naturel.

§ 2. La loi pénale constitutive du pacte social.

232. Jeremy BENTHAM, dans son *Traité de législation civile et pénale*³⁹⁰ (Chapitre IV intitulé « De la méthode »), traite de l'ordre dans lequel il convient d'arranger les diverses parties qui composent

³⁸⁸ TROPER (Michel), Études comparatives avec les États-Unis, sous le titre « Jefferson et l'interprétation de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » in *Revue française d'histoire des idées politiques*, numéro neuf, premier semestre 1999, pp. 3-23.

³⁸⁹ Voir, Conseil constitutionnel, décision n°85-197 DC du 23 août 1985, « Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », considérant n° 27, *Journal officiel de la République française* du 24 août 1985, p. 9814 ; 27. « [L]a procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin. »

³⁹⁰ BENTHAM (Jeremy), *Traité de législation civile et pénale* ; ouvrage extrait des manuscrits de M. Jeremy Bentham, juriconsulte anglais, par Étienne Dumont, membre du Conseil représentatif de Genève, seconde édition, revue, corrigée et augmentée, tome troisième, Bossange, Paris, 1820, 455 p.

Jeremy BENTHAM (1748-1832). Pays : Grande-Bretagne, langue : anglais, naissance : 15-02-1748, Londres, mort: 06-06-1832, Londres. Il fut Philosophe, moraliste et législateur. Autre forme : Jérémie Bentham (1748-

un corps complet de législation. Des règles de méthode qu'il propose, le penseur précise que la partie des lois qui portent le plus clairement l'empreinte de la volonté du législateur, doit précéder les parties. Pour cette raison, le Code pénal doit précéder le Code civil, etc. Dans le Code pénal, le législateur se manifeste à chaque individu ; il permet, il ordonne, il défend, il trace à chacun en particulier les règles de sa conduite. Dans les autres codes, il s'agit moins de commandement que de règlement et d'explication qui ne s'adressent si clairement à tous les individus.

Les lois qui vont le plus directement au but de la société, doivent précéder celles dont l'utilité, toute grande qu'elle est, n'est pas aussi évidente. Le Code pénal, suivant cette règle, doit encore précéder le Code civil. Rien ne va plus directement au grand but de la société que les lois qui prescrivent aux citoyens la manière de se conduire entre eux, et les empêchent de se nuire³⁹¹. Ainsi, puisque l'idée du délit est fondamentale dans la législation, que tout en émane, et que tout y revient, c'est la première sur laquelle il faut fixer l'attention publique. À cet égard, les titres les plus faciles à concevoir doivent précéder ceux dont la conception est moins simple ; dans la partie pénale, les lois qui protègent la personne, comme les plus claires de toutes, précédant celle qui protège la propriété.

233. Dans son *Plan du Code pénal* (Chapitre V), Jeremy BENTHAM estime que les lois pénales sont les seules qui puissent faire une suite régulière, un tout complet. Ce que l'on appelle lois civiles ne sont que des fragments détachés appartenant en commun aux lois pénales. Les lois dépourvues de toute sanction factice exercent une influence trop faible pour qu'on doive s'y fier quand on peut faire autrement. Faire une loi pénale, c'est créer un délit. La distribution des lois pénales sera donc la même que celle des délits. En déterminant, dénominant, arrangeant, dénombrant les délits, on aura déterminé, dénommé, arrangé, dénombré les lois pénales.

Ainsi, sous le principe de l'utilité, on ne doit ranger parmi les délits que les actes qui peuvent être nuisibles à la communauté. Un acte ne peut nuire à la communauté qu'autant qu'il est nuisible à un ou à plusieurs des individus qui la composent. Ces individus seront assignables ou non assignables. L'individu assignable auquel le délit est nuisible peut-être le délinquant lui-même ou toute autre personne que le délinquant. (Chapitre VI intitulé « De la division des délits »). Jeremy BENTHAM définit l'individu assignable comme étant celui qu'on peut distinguer de tout autre, soit par son nom, soit par quelques circonstances particulières.

1832). Source : Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/11891300/jeremy_bentham/>

³⁹¹ De cette façon, la Loi génère les conditions essentielles pour garantir la vie dans le cadre des sociétés humaines. Voir, *Annexe*, p. 75 : Noël COYPEL, *La Loi garante de la Paix, de la Concorde et de la Sécurité*, Parlement de Bretagne, Rennes, Plafond de la Grand'Chambre.

234. Sur le fondement de la pensée de Cesare BECCARIA³⁹², en France, un Code d'instruction criminelle fut rédigé en l'an IX notamment par Jean BLONDEL³⁹³, René VIELLART³⁹⁴, Jean-Baptiste TREILHARD³⁹⁵. Le Code d'instruction criminelle fut remplacé par le Code de procédure pénale par le vote de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957³⁹⁶. Pour ce qui concerne la division du droit en branches, il est fort intéressant de mettre en lumière les divergences doctrinales en la matière. Des universitaires revendiquèrent l'appartenance du droit criminel au droit public. Le **Professeur René GARRAUD** (1849-1930), Professeur de droit criminel à l'Université de Lyon, avocat à la cour d'appel,

³⁹² Cesare BECCARIA (1738-1794). Pays : Italie, langue : italien, naissance : 15-03-1738, Milan, mort : 28-11-1794, Milan. Il fut juriste, criminologue et philosophe. Autre forme : Cesare Bonesana Beccaria (1738-1794).

Source : Bibliothèque nationale de France, Catalogue général : Beccaria (Marquis Cesare Bonesana) ; <http://data.bnf.fr/11890868/cesare_beccaria/>

BECCARIA (Cesare), *Traité des délits et des peines*, Éditeur à Philadelphie, M. DCC. LXVI (1766), 148 p. ; in-8. Traduit de l'italien par Morellet, André (1727-1819), d'après la troisième édition, revue, corrigée & augmentée par l'auteur ; avec des additions de l'auteur qui n'ont pas encore paru en italien. Nouvelle édition plus correcte que les précédentes.

Titre original : « Dei delitti e delle pene » (*italien*) paru en 1764. Cette œuvre cardinale pour la matière pénale se présente sous la forme d'un Traité de droit criminel, lequel primitivement est paru anonymement. Cette œuvre eut une très grande renommée. Ainsi fut-il traduit dans de nombreuses langues ; Über Verbrechen und Strafen (*allemand*), An essay on crimes and punishments (*anglais*), Tratado de los delitos y de las penas (*espagnol; castillan*), Traité des délits et des peines (*français*), Apie nusikaltimus ir baudsmes (*lituanien*), Over misdaden en straffen (*néerlandais; flamand*), O przestępstwach i karach (*polonais*), Dos delitos e das penas (*portugais*), Despre delictes si pedepse (*roumain; moldave*).

³⁹³ BLONDEL (Jean). Né le 20/04/1733, et mort en 04/1810, il fut avocat et secrétaire du Sceau, puis conseiller à la Cour d'appel de Paris dont il devint Président. Source : Agence bibliographique de l'enseignement supérieur, <<http://www.idref.fr/035134240>>

³⁹⁴ VIELLART (René), juriste français, né à Reims le 17 août 1754, mort à Paris le 23 février 1809. René Louis Marie Viellart, avocat du roi au Présidial, fut Professeur de droit à l'Université de Reims, et lieutenant du bailliage ducal. Dès 1791, il fut élu par le département de la Marne, membre du Tribunal de cassation ; il fit partie de la Cour suprême jusqu'à sa mort. Ses travaux sur l'élaboration du Code civil et du Code criminel en l'an IX, sa réputation de jurisconsulte l'ont fait considérer comme un des fondateurs de notre organisation judiciaire. Viellart fut nommé, en l'an XII, inspecteur général des Facultés de droit. Il était membre de la Légion d'honneur et il fut promu commandeur en 1804.

³⁹⁵ Né le 03/01/1742 à Brive (Corrèze - France), décédé le 01/12/1810 à Paris (Paris - France). Il fut Député en 1789, membre de la Convention, député au Conseil des Cinq-Cents et à celui des Anciens, membre du Directoire. Fils de Jean Treilhard, avocat, et de Jeanne Lachèze, il étudia le droit et devint avocat au parlement de Paris (1761). Il fut désigné en 1796, par le Directoire, pour le poste de ministre de la Justice ; mais il n'accepta pas. Il fut nommé alors membre du Tribunal de cassation, et il entra la même année au Conseil d'État, où il présida, depuis 1808, la section de législation. Grand officier de la Légion d'honneur le 25 prairial an XII, comte de l'Empire le 24 avril 1808, il reçut, le 30 mars 1809, le titre de ministre d'État. Lors de la proclamation de l'Empire, il avait été chargé de donner communication au Tribunat du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII : il prit une part importante à la rédaction du Code civil, du Code d'instruction criminelle, du Code pénal et du Code de commerce.

³⁹⁶ Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un Code de procédure pénale, *JORF* du 8 janvier 1958, pp. 258-277.

dans son *Précis de droit criminel*³⁹⁷ inclut le droit criminel au sein du droit public. Le droit public interne ou national s'occupe de l'organisation des pouvoirs publics et des rapports des individus avec ces pouvoirs. Or, toute infraction supposant un rapport de droit entre le coupable, qui est poursuivi, jugé et puni, et le pouvoir social, au nom de qui la poursuite est intentée, le jugement prononcé et la peine infligée, le droit criminel n'est qu'une branche du droit public d'un peuple, qui se subdivise ainsi, en droit constitutionnel, droit administratif et droit criminel.

L'objet propre du droit criminel est de sanctionner l'observation des préceptes du droit, en menaçant d'une peine ceux qui les enfreignent (c'est le côté préventif), et en organisant des moyens propres à réaliser cette menace (c'est le côté répressif). En raison même de ce caractère, le droit criminel pouvait être présenté comme étant celui qui n'était qu'une face de tous les autres droits, lesquels trouvaient en lui leur sanction. Toutefois, cette formule paraît être trop absolue ; car si l'on rencontre, dans toutes les branches du droit, un certain nombre de règles qui sont sanctionnées par les moyens de contrainte pénale et rentrent ainsi, dans le domaine du droit criminel, il est vrai de dire que le droit civil, le droit commercial, le droit administratif ont, pour la plupart de leurs prescriptions, des sanctions qui leur sont propres et qui leur suffisent, les nullités d'actes, les diverses saisies, les réparations pécuniaires. Ainsi, comme acte du domaine exclusif du droit pénal, l'infraction constitue une espèce particulière de faute, c'est-à-dire d'action coupable contraire à la loi. Comme sanction propre au droit pénal, la peine se distingue ainsi, par son caractère de contrainte, des autres sanctions de droit. Partant, l'infraction et la peine sont les deux notions fondamentales du droit pénal ou criminel, qui est distinct des autres branches du droit.

Le **Professeur Ferdinand LARNAUDE**, qui a fondé l'excellente *Revue de droit public et de sciences politiques*, classe également au sein du droit public, le droit criminel, « qui est une partie si importante du droit public »³⁹⁸.

235. Il est particulièrement intéressant de retracer l'histoire du droit pénal sur le continent européen³⁹⁹. Le droit pénal ou droit criminel mérite l'attention toute particulière car il est avant tout le droit de la sécurité intérieure d'une société organisée. Le droit pénal au XXI^e siècle, comme le droit criminel au XVI^e siècle, s'efforcent de qualifier juridiquement les méfaits et les turpitudes humaines

³⁹⁷ GARRAUD (René), *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du code pénal, du code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié le code*, Librairie de la société du recueil SIREY, Paris, 11^e édition, édition revue et corrigée, 1912, 1049 pages.

³⁹⁸ LARNAUDE (Ferdinand), *Les sciences juridiques et politiques*, librairie Larousse, Paris, [s.d.], 75 pages ; voir p. 29.

³⁹⁹ Voir l'ouvrage du Professeur Yves JEANGLIS, *Droit pénal européen, Dimension historique*, Economica, Corpus « Histoire du droit », dirigé par Albert Rigaudière, Paris, 2009, 581 pages.

et d'imposer des sanctions aux violateurs de la loi pénale. Le droit constitue ainsi la ligne de conduite invisible et générale destinée à garantir la paix et le développement à l'intérieur d'une société humaine, à une époque donnée. Le droit constitue un lien virtuel, continu et permanent qui unit deux personnes au moins et détermine leurs relations civiles et économiques. Il sert à établir une ligne de communication et de compréhension entre les personnes aux attitudes et aux intérêts différents, divergents ou convergents. Il est donc le vecteur de la vie privée et le garant la vie sociale.

236. Selon une approche philologique, le vocable « droit » provient du latin *di-rectum*, formé du préfixe animatif *di-* et du participe passé du verbe *regere* qui signifie « conduire, guider, voire commander, donner un ordre, lui-même composé du terme atrophié *re[m]* et du verbe *agere*, l'ensemble se traduisant par : « régler une affaire ». De cette manière, droit et action sont intimement liés : le droit autorise toute action conforme aux usages respectés par une société humaine donnée. Le droit, produit de la volonté humaine et de conceptions intellectuelles, repose ainsi sur une morale humaine et théologique créée et voulue par l'être humain. Selon une conception qui remonte à l'Antiquité romaine, le droit constitue l'*ars boni et aequi*, c'est-à-dire une façon d'agir qui satisfait à la fois la morale et l'équilibre entre les hommes. (Voir, Digeste, 1, 1, 1, pr., Ulpianus, lib. 1 Institutionum, pr : ... nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi).

237. Empruntant tour à tour deux adjectivations, le droit répressif est qualifié de « criminel » puis de « pénal ». Pendant la plus grande partie du temps historique, le droit répressif est dénommé droit criminel, manifestant la priorité donnée par la société à l'acte déclencheur de l'infraction du dommage infligé. Il est lié ainsi à la visibilité de l'acte infractionnel : un homme est trouvé mort, une personne porte une blessure. Il s'agit donc d'un droit tourné vers la qualification de l'action qui porte atteinte à un homme, à une chose ou à l'État. Le droit criminel s'efforce de cette manière de donner un nom générique aux actes répréhensibles, puis il affine son approche en forgeant des terminologies précises, déclinées selon les personnes mises en cause et les circonstances de l'infraction.

À partir du XVIII^e siècle, lors de la Révolution française, le droit criminel se mue en droit pénal. Il exprime l'approche triomphante des juristes en faveur de la souffrance subie par la victime et la société. De plus, il manifeste la prééminence d'une justice rétributive : l'imposition d'une peine au coupable est censée apaiser les douleurs de la victime. Désormais, le droit pénal s'oriente vers la détermination et la fixation d'une peine qui correspond le mieux possible à l'auteur du crime commis (voir MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre VI, chapitre 16 : de la juste proportion des peines avec le crime). Le droit répressif est ainsi qualifié de pénal par des juristes éminents à l'instar de Cesare Beccaria, lequel publia son célèbre ouvrage intitulé « Des délits et des peines » », en 1764.

238. Du point de vue du droit constitutionnel, il convient de mettre en exergue que le droit pénal structure l'État, et plus particulièrement l'État nouveau, pour l'Amérique septentrionale nouvellement indépendante (Constitution des États-Unis d'Amérique, article 20, Section huit, alinéa neuf ; le Congrès aura le pouvoir « de constituer des tribunaux inférieurs à la cour suprême », et alinéa 10 : « de définir et punir les pirateries crime commises en haute mer et les atteintes à la loi des nations »)⁴⁰⁰.

La force publique ne peut que réprimer des infractions qui ont au préalable été déterminées de manière claire et précise ; ainsi, chaque membre de la Communauté humaine pourra adopter le comportement idoine pour le bien vivre ensemble. Faute de respecter les règles sociales, l'auteur de l'infraction encourt les sanctions prévues : la responsabilité est le corollaire de la liberté.

II. Les bases constitutionnelles du principe de la légalité des délits et des peines.

239. Les matières pénales possèdent des bases constitutionnelles forgées par le Conseil constitutionnel au fil de ses décisions. Ainsi, le juge constitutionnel a fait des grands principes du droit pénal des principes constitutionnels.

240. La sûreté dans la pensée de CONDORCET (1743-1794)⁴⁰¹. Condorcet considère très justement que le but de toute association politique réside dans la sûreté. Ainsi, précisa-t-il que « enfin, les hommes ne s'étant réunis que pour jouir de leurs droits, d'une manière plus sûre, plus tranquille et plus complète, la puissance publique est obligée, envers les citoyens, à faire les lois nécessaires pour leur assurer cette jouissance » (préambule, quatrième alinéa de la Déclaration des

⁴⁰⁰ Voir, JEANCLOS (Yves), *Droit pénal européen, Dimension historique*, précité, Prolégomènes « La diagonale du droit criminel et pénal en Europe », Section première intitulée « Premières lignes générale d'analyse : le droit criminel et pénal en Europe ou droit de la sécurité, de la prévention et de la répression dans les sociétés humaines organisées », § 2. Le droit répressif : l'aigle attentif à la proie, A. Le droit criminel dans les sociétés humaines organisées, et B. Le droit pénal à partir du XVIIIe siècle.

⁴⁰¹ Jean-Antoine-Nicolas Caritat de Condorcet (1743 – 1794). Condorcet naquit à Ribemont (Picardie) d'une famille noble de modeste fortune. Élève des Jésuites qu'il critiquera avec férocité, il s'intéressa très tôt aux mathématiques, à la chimie, à la physique. En 1769, il entra à l'Académie des Sciences de Paris ; il sera membre de plusieurs Académies en Europe et à Philadelphie. Il fréquenta les philosophes et participa à la rédaction du *Supplément de l'Encyclopédie*. En 1782, il entra à l'Académie française. Défenseur des idées maîtresses de l'époque éclairée, il prit parti pour la Révolution, et il fut élu à la Commune de Paris en 1789, à l'Assemblée législative en 1791, à la Convention 1792. Il rédigea alors *Cinq mémoires sur l'Instruction publique*, ainsi qu'un *Projet de Constitution*. Suspect de « girondisme », il fut condamné à mort le 2 octobre 1793. Il mourut en prison en mars 1794.

droits de Condorcet de 1789)⁴⁰². Condorcet préconise trois divisions à la déclaration des droits. La première division indique les limites du pouvoir que la société peut exercer ou conférer ; la deuxième, les règles dont elle ne pourrait s'écarter dans l'exercice de son pouvoir légitime, sans en abuser ; la troisième, les devoirs qu'elle doit remplir à l'égard du citoyen. À cet égard, une déclaration des droits des citoyens considérés comme individus, relativement à la puissance publique de la société, doit renfermer trois parties : premièrement, la déclaration des droits auxquels la puissance publique ne doit porter aucune atteinte, dans les lois qu'elle peut faire ; deuxièmement, la proscription de toutes les formes et de toutes les dispositions qui exposeraient, dans l'exécution des lois, à des violations de ces droits; troisièmement, l'obligation de faire toutes les lois nécessaires pour empêcher les citoyens d'être troublés dans la jouissance de leurs droits, soit par les individus, soit par une force qui doit son origine à la société. Chacun, en votant pour l'établissement d'une puissance législative régulière, lui dit : « je vous établis pour régler la manière d'assurer à mes concitoyens comme à moi, la jouissance de mes droits ; je me sou mets à obéir aux volontés générales que vous érigerez en lois ; mais je dois mettre des limites à ce pouvoir, et vous empêcher d'employer contre mes droits la puissance que je vous donne pour les défendre. Voilà quels sont ces droits, et vous ne pourrez y porter atteinte. Voilà les dangers qui peuvent résulter pour ces droits, de l'autorité confiée à la puissance publique, vous ne pouvez les y exposer. Voilà ceux qui résultent nécessairement de l'état social, vous y apporterez un remède. »

241. Les droits naturels se réduisent : premièrement, à la sûreté de la personne ; deuxièmement, à la liberté des personnes ; troisièmement, à la sûreté des biens ; quatrièmement, à la liberté des biens ; cinquièmement, à l'égalité naturelle. Condorcet érige la sûreté personnelle au sommet de la

⁴⁰² En matière de Droits de l'homme, la déclaration des droits de CONDORCET est digne d'être remarquée ; elle fut publiée avant celle de l'Assemblée constituante. Source : *Législation constitutionnelle, ou recueil des Constitutions françaises ; précédées des Déclarations des droits de l'homme et du citoyen, publiées en Amérique et en France ; divisé en deux parties ; la première : Déclarations des droits ; la seconde : Constitutions*, chez Corréard, libraire au Palais-Royal, Paris, 1820, 276 p.

On retrouve une conception identique dans la pensée de Jérôme PÉTION DE VILLENEUVE (1756-1794) qui rédigea un projet de Déclaration de droits (Déclaration des droits de l'homme par Pétion (1789), déclaration des droits en 19 articles). La Déclaration des droits de l'homme rédigée par Pétion fut remise manuscrite dans les bureaux de l'Assemblée constituante, à l'époque où Gilbert de LAFAYETTE fit à la tribune la proposition publique d'une déclaration.

« Tous les hommes naissent libres, et ils ne se réunissent en société que pour leur avantage commun (Article premier). Le but de toute association doit être de procurer aux individus qui la composent, la plus grande somme de bonheur, de liberté et de sûreté (article 2). La liberté des citoyens doit être sacrée, et ne doit avoir d'autres limites que celles fixées par les lois qu'ils ont consenties (article 11). Un citoyen ne doit être arrêté et détenu en captivité, que par le jugement d'un tribunal régulier ; et dans tout délit qui n'est pas capital, il est juste de lui laisser la faculté d'offrir une caution ; il est également juste qu'il ne soit pas privé de l'usage des moyens qui peuvent préparer et établir sa justification ; il ne doit jamais être jugé que par ses pairs (article 15). » Source : *Archives parlementaires*, précitées, tome VIII.

pyramide des droits naturels. La sûreté de la personne occupe une place cardinale comme l'atteste la classification des droits naturels qu'il opère. La sûreté de la personne figure au premier rang des droits naturels.

De cette manière, la puissance législative ne pourra établir aucune peine pour une action qui ne serait pas une violation évidente, immédiate et grave, soit des droits d'un ou de plusieurs individus, soit des droits de la société entière, tels qu'ils résultent de la nature même des sociétés. (Article premier, Section première intitulée « Droits des hommes, relatifs à la sûreté des personnes », Division première intitulée « Des atteintes que les lois pourraient porter directement à ces droits » de la Déclaration des droits de Condorcet).

242. S'agissant du principe de la légalité des délits et des peines (prévu à l'article troisième de la Déclaration des droits de 1789 rédigée par Condorcet), il ne pourra être infligé aucune peine pour aucun délit, à moins qu'elle n'ait été établie par une loi expresse, et que cette action ne soit littéralement exprimée dans le texte de la loi, non seulement par un nom qui ne puisse se rapporter qu'à une seule espèce d'action, dont la moins criminelle nécessite la peine imposée par la loi, mais par une définition claire et régulière de l'idée exprimée par ce nom. Aucune peine ne pourra être infligée qu'en vertu d'un jugement rendu par un tribunal établi par la loi, et suivant les formes prescrites par elle (article quatrième).

243. Dans la Division II intitulée « Des dangers auxquels la puissance publique pourrait exposer la sûreté des individus », Condorcet encadre l'exercice de la contrainte employée par la Force publique. « Le corps législatif ne pourra se réserver ni confier à personne le droit arbitraire d'employer une force armée contre les citoyens, soit pour assurer l'exécution des lois, soit pour maintenir la tranquillité de l'État ; mais seulement celui d'employer cette force armée dans les cas clairement exprimés par une loi, et suivant des formes également prescrites par cette loi (article six) ».

244. Dans la Section II, Division première intitulée « Liberté des personnes : atteintes directes à la liberté », Condorcet précise que « [l]a puissance législative ne pourra interdire aucune action qui ne soit pas contraire aux droits d'autrui, ou aux droits de la société, ni soumettre à aucune formalité, ou faire acheter par aucun tribut la permission de faire aucune de ces actions » (article deux).

En matière d'arrestation et de détention arbitraire, l'article six prévoit qu' « [a]ucun homme ne pourra être privé de la liberté, que par un jugement qui le déclare convaincu d'un délit contre lequel la loi a prononcé cette peine, ou atteint d'une démence dangereuse, déclarée telle par un jugement régulier ». « Aucun homme ne pourra être arrêté, s'il n'est prévenu d'un délit dont la peine soit telle qu'on puisse supposer raisonnablement qu'il aimera mieux s'échapper que de s'exposer au

jugement; mais il pourra seulement, si le délit est moindre, être tenu à cautionner qu'il ne disparaîtra pas, ou gardé à défaut de caution ». (Article sept). « Aucun homme ne pourra être détenu plus d'un jour, en vertu de l'ordre d'un officier public à qui la loi en aura conféré l'autorité, s'il n'est déclaré par un tribunal régulier dans le cas de subir un jugement, pour un crime de l'espèce de ceux qui sont mentionnés ci-dessus ». (Article huit).

Dans la Division II intitulée « Dangers qui menacent la liberté », l'article premier énonce que « [l]a loi ne pourra donner aucune sanction publique à aucun acte irrévocable qui renfermerait, ou une aliénation totale de la liberté, même pour un temps fixe, ou une aliénation, soit totale, soit partielle pour la vie entière, ou pour un temps indéfini, mais seulement aux engagements déterminés pour l'objet comme pour le temps [...]. » En outre, le droit d'arrêter et de remettre entre les mains d'un tribunal, ne pourra être réuni à la fonction de juge, ni confié aux membres du pouvoir législatif. (Article deux). Enfin, pour ce qui concerne la durée de la détention, la loi ne pourra établir aucune détention indéfinie, soit en autorisant à garder en prison ceux dont le crime n'est pas prouvé, soit en donnant lieu à un retard indéfini des jugements. (Article trois).

245. Dans la Division III intitulée « Lois nécessaires pour le maintien de la liberté », l'article premier prévoit que « [l]a loi réglera la manière dont les citoyens doivent jouir des choses communes, comme des vues, rivières, etc. : elle réglera de même la manière dont ils doivent agir dans le cas où, en usant de la liberté naturelle, ils nuiraient à celle des autres ». La loi établira une force publique, pour empêcher la violence populaire de gêner la liberté des actions, soit dans la religion, soit dans la vie civile (article trois). L'abus d'autorité que pourra commettre la force publique sera réprimé. « Il sera établi des peines contre la violation de la liberté des particuliers, faite par l'abus de l'autorité publique, et ce délit sera soumis à un jugement régulier. » (Article quatre).

« Comme la loi doit également chercher à réparer le mal qui peut naître de la détention même juste d'un citoyen, soit pour lui, soit pour sa famille, la puissance publique fera les lois nécessaires pour que toute prison soit saine ; que les détenus jouissent de tous les avantages compatibles avec la sûreté de la détention ; que ces prisons ne soient pas arbitraires ; qu'aucune vexation ne puisse rester secrète ; que ceux qui seront entretenus aux dépens du public soient traités, pour les commodités de la vie, comme les citoyens de la dernière classe le sont dans leur maison ; que les autres puissent, en payant, se procurer celles dont l'habitude leur a fait un besoin, sans être forcés à les acheter exclusivement des employés de la prison ; enfin, s'il est prouvé que les citoyens détenus faisaient subsister sa famille, en tout ou en partie, elle puisse obtenir, sur les fonds publics, un dédommagement pour tout le temps de sa détention. » (Article cinq).

Dans la Section III « Droits relatifs à la division des biens », Division première « Atteintes directes portées à la sûreté des biens », l'article premier énonce qu' « [a]ucun homme ne doit être privé d'une propriété quelconque dont il jouit, si ce n'est en vertu d'un jugement régulier rendu contradictoirement avec lui, d'après une loi expresse, à la lettre de laquelle le juge sera tenu de se conformer ; mais seulement s'il s'agit d'un bien qu'on peut faire disparaître, le propriétaire pourrait être obligé de donner caution, faute de quoi, le tribunal pourra mettre le bien en séquestre. (Article deux). Il ne sera établi en faveur d'aucune personne, aucun droit duquel puisse résulter un dommage à la propriété d'autrui : tel est le droit exclusif de la chasse, celui de glaner, sans la permission du propriétaire, le droit de parcours, etc., etc. »

246. Dans la Division II « Dangers pour la sûreté des personnes », l'article premier prévoit qu' « [i]l doit être établi des tribunaux civils pour une seule classe de citoyens, qu'à la seule condition que si un citoyen d'une autre classe a intérêt dans la discussion, elle soit renvoyée de droit devant le tribunal commun. »

247. De surcroît, en matière de déclarations des Droits de l'homme et dans le domaine de l'égalité de tous devant la loi pénale, il convient de mettre en lumière les différentes déclarations de droits qui ont été élaborées au cours de la rédaction des cahiers de doléances pour la préparation des États-Généraux. L'on peut par exemple se référer à la Déclaration par le bailliage de Paris, laquelle figure dans son cahier pour ses députés aux États-Généraux (1789). « Dans toute société politique, tous les hommes sont égaux en droits. » L'on rencontre ici la volonté majeure d'égalité comme en témoigne la place de cette proclamation d'égalité à savoir la première au sein de la déclaration rédigée par le bailliage de Paris.

Par une sentence bien frappée, le bailliage de Paris a assigné à la force publique le rôle d'exécution des lois, laquelle est l'expression de la volonté générale. « La volonté générale fait la loi, la force publique en assure l'exécution ». (Troisième alinéa de la Déclaration des droits rédigée par le bailliage de Paris en 1789). D'un point de vue téléologique, « [l]es lois n'existent que pour garantir à chaque citoyen la propriété de ses biens et la sûreté de sa personne. » (Quatrième alinéa de la déclaration). Et, pour ce qui concerne la nature du droit de propriété, la déclaration des droits proclame que « [t]oute propriété est inviolable. » (Cinquième alinéa la déclaration). Le bailliage de Paris proscrivait les détentions arbitraires : « Nul citoyen ne peut être arrêté ni puni que par un jugement légal. » (Cinquième alinéa de la déclaration). Enfin, la déclaration des droits revêt une importance primordiale puisque « [l]a déclaration de ces droits naturels, civils et politiques, laquelle sera arrêtée dans les États Généraux, deviendra la charte nationale et la base du gouvernement français ». (Douzième et dernier alinéa).

§1. Le principe de la légalité des délits et des peines et ses corollaires.

248. Le principe de la légalité des délits et des peines est fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; les juges constitutionnels en ont déduit « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (C.C., n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 « Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes »⁴⁰³ ; C.C., n° 84-176 DC, 25 juillet 1984 « Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle »⁴⁰⁴ ; C.C., n° 86-210 DC, 29 juillet 1986 « Loi portant réforme du régime juridique de la presse »⁴⁰⁵).

Dans sa décision en date du 16 juin 1999 (C.C., n° 99-411 DC, 16 juin 1999 « Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs »⁴⁰⁶), les juges constitutionnels accordèrent une valeur constitutionnelle au principe selon lequel, pour ce qui concerne les crimes et les délits, « la définition d'une incrimination doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non de celle-ci ».

249. Le principe de la légalité des délits et des peines constitue le premier des principes actifs du droit pénal dans toute société humaine organisée. Il s'est érigé de manière naturelle voire spontanée, avant d'être l'objet des préoccupations juridiques de tout pouvoir politique. Il se fonde sur l'énoncé de l'interdit. Il est au cœur de l'architecture de tout système répressif dans les sociétés humaines organisées de manière politique, juridique et économique. Il est alors le rempart contre lequel doivent se briser les intentions nuisibles de l'être humain malfaisant⁴⁰⁷.

Le principe de légalité des délits et des peines apparaît comme étant la manifestation de la prévisibilité délictuelle destinée à garantir la sécurité intérieure de l'État. Il agit par prévention, en indiquant aux êtres humains le risque de devenir des infracteurs. Ce principe a pour fondation technique le droit romain. Le principe de la légalité des délits et des peines s'arrime ainsi fortement

⁴⁰³ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 15 et *Journal Officiel de la République française* du 22 janvier 1981, p. 308.

⁴⁰⁴ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 55 et *Journal Officiel de la République française* du 28 juillet 1984, p. 2492.

⁴⁰⁵ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 110 et *Journal Officiel de la République française* du 30 juillet 1986, p. 9393.

⁴⁰⁶ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 75 et *Journal Officiel de la République française* du 19 juin 1999, p. 9018.

⁴⁰⁷ Voir l'ouvrage du Professeur Yves JEANGLON, *Droit pénal européen, Dimension historique*, Economica, Corpus « Histoire du droit », dirigé par Albert Rigaudière, Paris, 2009, 581 pages.

dans l'espace juridique par la détermination des peines infligées aux violateurs de la règle. Il admet, dès le droit romain, que la peine vise à venger le dommage subi (voir le Digeste, 50, 16, 13, 1, pr. : ... *poena est noxae vindicta*). Le principe de la légalité repose sur un équilibre entre un ensemble de crimes et de délits déterminés a priori et un ensemble de peines énoncées *ab initio* par le législateur.

La mission première du principe de légalité des délits et des peines consiste ainsi dans la détermination de l'infraction de nature délictuelle ou criminelle. Il est dès lors lié à un système de valeurs culturelles et culturenelles. Le principe de la légalité des délits et des peines fut interprété par des criminalistes du XVI^e siècle à l'instar de Marc Blanc – Pavin et de Bartholomée Taegius, lesquels soutenaient que là où il n'y avait pas de peines, il n'y avait pas de délits⁴⁰⁸.

Le principe de la légalité des délits et des peines conduit ainsi à la condamnation des atteintes infligées aux personnes, atteintes qui sont déstabilisatrices de la vie sociale, puisque celles-ci créent des ruptures du pacte social. Aussi, ce principe a pour mission cardinale de garantir en priorité la vie humaine, par l'application des prescriptions religieuses et morales. Sa fonction première consiste à protéger les titulaires des pouvoirs religieux et politique, tant dans le monde antique et romain qu'à l'époque monarchique de l'Ancien Régime. Le principe est perçu comme étant un moyen direct pour assurer la pérennité des institutions politiques publiques face aux ennemis du pouvoir. Le principe de légalité est alors reconnu comme un élément moteur de la régulation sociale, en avertissant les éventuels violateurs de l'inéluctabilité de la répression.

250. De manière plus ordinaire, le principe de la légalité des délits et des peines vise à garantir l'intégrité physique de chaque être humain vivant au sein des sociétés humaines. Il s'emploie plus particulièrement à défendre les êtres considérés comme étant faibles physiquement. Poursuivant la conquête de l'espace de sécurité intérieure, le principe est également destiné à défendre les atteintes aux biens, tant de nature mobilière qu'immobilière, et qui relèvent soit d'une propriété privée soit d'une propriété publique.

251. L'institution du principe de la juste peine eut lieu en 1789. Ce principe est inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en son article huit, selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Aussi, ce principe est bien forgé au fronton de la justice criminelle rétributive. Ce principe est clairement en adéquation avec les analyses développées par des auteurs du XVI^e siècle, parmi lesquels André Tiraqueau, qui se

⁴⁰⁸ Voir BLANC – PAVIN (Marc-Antoine), *Practica Criminalis*, Venise, 1556, f° 40 v°, summarium 41 : «... Il n'existe pas de délits là où il n'y a pas de peines. » Et, Bartholomée TAEGIUS, circa 1550, Venise, *De crimine*, summarium 6 : « il n'y a pas de délits là où il n'y a pas de peines. », cités par le Professeur Yves JEANCLOS, *Droit pénal européen, Dimension historique*, précité, voir la page 95.

distingua tout particulièrement pour réclamer la mitigation des peines, autrement dit une approche plus douce de la détermination des peines⁴⁰⁹.

Ce principe est également mis en lumière dans la seconde moitié du XVIIIe siècle par Muyart de Vouglans. Et, il devient éclairant sous la plume de Cesare Beccaria, lequel réclama une peine proportionnée au crime, pour permettre la juste correction du délinquant (Beccaria Cesare, *Traité des délits et des peines*, traduction de Morellet, édition avec les notes de Denis Diderot, Paris, 1717, paragraphe 15, page 70).

Le principe de la juste peine constitue un idéal vers lequel toute législation pénale doit tendre, pour rétablir, maintenir et garantir la sécurité intérieure et la paix sociale. Ce principe est clairement à la disposition du juge tant dans le décret des 19 – 22 juillet 1791, décret relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, que dans le Code des délits et les peines de 1795 (3 brumaire an IV). Le principe de la juste peine est également inscrit dans le Code pénal de 1810 ainsi que dans la plus récente version de l'article 132 – 24 alinéa 2 du Nouveau Code pénal de 1994.

252. Le principe de la légalité des délits et des peines fut adopté par les systèmes juridiques nationaux et européens. Le principe fondateur du droit pénal nouveau au XVIIIe siècle permet de comprendre l'attachement des juristes constituants de 1789 à la supériorité de la loi, impliquant le respect du principe lui-même. De cette manière, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 89 précise que «... Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit », après que l'article 5 ait rappelé que «... Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Le principe de la légalité des délits et des peines s'insère également dans le droit pénal européen en formation. Le principe est si solide dans la doctrine et la pratique pénales, que celui-ci est inséré dans au sein de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 en son article 7 alinéa premier et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 07 décembre 2000 (en son article 49, alinéa premier). Il convient ici de relever que le texte juridique est identique à celui de la Convention européenne des droits de l'homme, soulignant ainsi le rôle de producteur de normes européennes du Conseil de l'Europe installé dans la ville de Strasbourg depuis 1949.

253. Le principe de la proportionnalité des peines. Lorsque le Conseil constitutionnel a fondé le principe de la proportionnalité des peines sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, les Sages

⁴⁰⁹ Voir TIRAQUEAU (André), *De pœnis temperandis*, 1559, édition et traduction d'André LAINGUI, préface de Jean IMBERT, Economica, Paris, 1986, 342 p.

ajoutèrent à l'exigence de nature constitutionnelle de la nécessité des peines, énoncée à l'article 8 susvisé, celle pour le Parlement de n'établir que des peines dont la gravité soit proportionnée à celle de l'infraction (C.C., n° 86-215 DC, 3 septembre 1986 « Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance »⁴¹⁰). Ainsi, le Conseil constitutionnel opère un examen attentif de la loi contestée en vue de s'assurer de « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

254. Le principe de la nécessité des peines. Le Conseil constitutionnel, en se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, met en lumière le principe de la nécessité des peines. Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires. Dès lors, sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée. (Conseil constitutionnel, décision n° 2010-74 QPC, 3 décembre 2010, « M. Jean-Marc P. et autres » [Rétroactivité de la loi pénale plus douce]⁴¹¹, considérant 3).

§ 2. La notion de sûreté.

La notion de sûreté doit être préalablement déterminé (1), avant d'examiner le respect du principe d'égalité devant la loi pénale qui constitue le fondement de la mesure de contrainte (2).

1) La détermination du concept de sûreté.

255. La liberté individuelle a été admirablement définie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en son article quatrième : « La liberté consiste à 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 des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». La liberté individuelle peut être déterminée selon une acception étroite. De cette manière, la liberté individuelle vise le droit d'aller et de venir librement, le droit de

⁴¹⁰ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 130 et *Journal Officiel de la République française* du 05 septembre 1986, p. 10788.

⁴¹¹ *Journal Officiel de la République française* du 4 décembre 2010, p. 21117 et *Recueil*, p. 361. Le Conseil constitutionnel saisi le 30 septembre 2010 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 5257 du 22 septembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité s'est prononcé sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

rester sur le territoire national ou d'en sortir. La liberté individuelle vise également la « sûreté » autrement dit la garantie contre les arrestations, emprisonnements et pénalités arbitraires⁴¹².

Les intérêts matériels de l'individu qui vit au sein de la société humaine regroupent également, en plus de la liberté individuelle considérée dans son sens étroit, autrement dit le droit d'aller et de venir librement et le droit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement, la propriété individuelle. Celle-ci constitue l'un des droits individuels qui furent tout d'abord mis par la théorie dans une position avancée et hors des atteintes de l'État.

256. La notion de liberté individuelle donne lieu à plusieurs définitions doctrinales, lesquelles recouvrent une acception plus ou moins large. Pour Jean RIVERO⁴¹³, la liberté individuelle correspond à la sûreté. Cette notion est beaucoup plus qu'une liberté particulière ayant un objet déterminé. C'est la restreindre que de la réduire uniquement à son aspect le plus voyant, à savoir, la protection contre les détentions arbitraires. « Elle est plus largement la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir. ».

Au contraire, le Professeur WACHSMANN⁴¹⁴ retient une conception plus large de la liberté individuelle. Celle-ci recouvre le droit de n'être ni arrêté ni détenu arbitrairement, c'est-à-dire la conception classique, la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée (en dépit du fait que ce dernier a été détaché de la notion de liberté individuelle par la décision du Conseil Constitutionnel du 23 juillet 1999). Patrick WACHSMANN, pour traiter de la question de la définition de la liberté individuelle, s'attache à une question qui lui est consubstantielle, celle de son fondement⁴¹⁵. En effet, on peut se demander sur quelle norme de valeur constitutionnelle, les juges de la rue de Montpensier se sont fondés pour la consacrer. La liberté individuelle possède un caractère constitutionnel depuis la décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 dans laquelle le Conseil Constitutionnel précise « qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles

⁴¹² Voir BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois d'Angleterre*, précité, Livre premier intitulé « Des droits des personnes », Chapitre premier « Des droits absolus des individus », pp. 175-215 : « Les vues principales de la société, sont de maintenir les individus qui la composent dans la jouissance des droits absolus qu'ils tiennent des Loix immuables de la nature, mais qu'ils ne peuvent conserver sans l'assistance des institutions établies par le concours unanime de tous les membres de la communauté. » (p. 180) ; voir également, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en ses articles 2 et 7.

⁴¹³ RIVERO (Jean), MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome II, 7^{ème} édition, PUF, collection « THÉMIS », Paris, 2003, 269 p.

⁴¹⁴ WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 3^{ème} édition, 2000, 542 p.

⁴¹⁵ WACHSMANN (Patrick), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *RSC* (1), janvier-mars 1988, pp. 1-15.

auxquels il serait susceptible de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle. » (cinquième considérant). Et, la Haute Juridiction énonce que « la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République. » (Premier considérant). Mais, comme le souligne, à juste titre, l'éminent Professeur, il ne fait aucune référence à une loi de la République.

Le Conseil vise expressément l'article 66 de la Constitution de la Vème République. « Il est pour le moins étrange [...] de voir un article de la Constitution faire office de disposition de renvoi à un principe préexistant. L'article 66 de la Constitution est ici interprété comme purement confirmatif de l'existence de la liberté individuelle, à laquelle il se bornerait à ajouter une précision quant à l'autorité chargée de sa mise en œuvre. Une telle attitude privilégie singulièrement les principes non écrits dégagés par le Conseil Constitutionnel.» Cette norme constitutionnelle fonde la liberté individuelle comme ce fut le cas depuis la décision du 9 janvier 1980 rendue à propos de la loi relative à l'immigration clandestine. Le Conseil Constitutionnel, s'agissant de la liberté individuelle, en retient une large acception.

257. Face à la liberté individuelle, on peut se demander s'il existe un droit fondamental à la sécurité. C'est la loi du 18 janvier 1995 qui est la mère de la notion de droit fondamental à la sécurité. Son article 1^{er} prévoyait : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. »

Le Professeur LUCHAIRE, dans son article intitulé « La sûreté : Droit de l'homme ou sabre de M. PRUDHOMME ? »⁴¹⁶, met en lumière les différentes conceptions de la sûreté depuis la Révolution française. La conception révolutionnaire de la sûreté consiste en ce qu'elle soit appréhendée comme une garantie de droits. Ainsi, la sûreté désigne la sûreté des personnes et des biens ; et, il faut y ajouter les droits. Celle-ci est clairement définie par la Déclaration des droits naturels, civils et politiques votée par la Convention le 26 février 1793. Son article 10 prescrit que « la sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chaque citoyen pour la conservation de sa personne, de ses biens et de ses droits. »

Au XIXème siècle, la sûreté se comprend comme garantie de l'ordre. La sûreté ne concerne que la conservation de l'État. La Constitution de l'an VIII prévoit en son article 7 que « le gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure de l'État ». Puis, la Constitution républicaine du 04 novembre 1848 dégage la notion de sécurité publique. C'est ainsi que l'exercice du droit des citoyens n'est plus limité seulement par les droits ou la liberté d'autrui mais aussi par la sécurité publique. La

⁴¹⁶ LUCHAIRE (François), « La sûreté : Droit de l'homme ou sabre de M. PRUDHOMME ? », *RDP* 1989, pp. 609-634.

notion d'ordre public apparaît également ; et, la force publique est instituée « pour assurer au dedans le maintien de l'ordre » (article 101).

La conception contemporaine de la sûreté est une conception « attrape-tout » selon les termes mêmes du Professeur LUCHAIRE. Elle est, certes, la garantie des Droits de l'Homme, la garantie de l'ordre public, mais nous ne partageons pas l'avis de l'auteur qui fait de la sûreté, la garantie des moyens d'existence (laquelle était la conception de la sûreté à la Libération). En effet, François LUCHAIRE considère que même si le terme « sûreté » n'est pas employé dans le Préambule de la Constitution de 1946, des dispositions en appliquent l'idée, comme, par exemple, assurer à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement (alinéa 10). Mais ce qui caractérise la sûreté dans le sens de ne pas être détenu arbitrairement, c'est une abstention de l'État par rapport à l'individu ; or, dans le cas de figure précédent, l'État détient une obligation positive à l'endroit de l'individu et de la famille.

258. La sûreté s'envisage comme une protection contre l'arbitraire. Telle était le but que s'étaient donnés les révolutionnaires. De cette manière, le Conseil constitutionnel a fait application des normes constitutionnelles visant à prévenir cet arbitraire, comme il est indiqué à l'article 66 de la Constitution. Il lui a donné une interprétation dépassant la lettre du texte. Ainsi, le Conseil constitutionnel concrétise le principe plus général du droit à la sûreté. On peut donner l'exemple de la décision du 30 décembre 1982 par laquelle la Haute Juridiction a étendu l'interdiction de la rétroactivité de la loi prévue par la Déclaration en matière pénale, à toutes lois répressives, même lorsque la sanction est prononcée par une autorité non judiciaire, et notamment en matière fiscale (C.C., décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, « Loi de finances rectificative pour 1982 », *Recueil* p. 88). De la même façon, la Haute Juridiction affirme que le législateur doit « définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis. (CC., décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, « Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », *Recueil* p. 15).

C'est la sûreté que le Conseil a considérée plus que la lettre de l'article 66 de la Constitution en plaçant la liberté individuelle sous la garde de l'autorité judiciaire. Un exemple topique en est donné par la décision du 3 septembre 1986 (C.C., décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, « Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *Recueil* p. 135) dans laquelle il a montré qu'à propos de l'expulsion des étrangers que ce qui importe c'est la sûreté i.e. l'intervention d'une juridiction, plus que le caractère administratif ou judiciaire de cette dernière.

259. La notion de sûreté présente un double visage : tantôt elle s'entend comme étant une protection contre l'arbitraire et celle-ci se pose alors en garantie des libertés ; tantôt elle peut se définir comme étant une borne à la liberté. De cette manière, le Conseil constitutionnel utilise la

notion de sauvegarde de l'ordre public nécessaire pour assurer l'exercice des libertés. Ainsi, celui-ci a justifié l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (C.C., décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Recueil* p. 43). Cette notion est une idée qui concourt à la sûreté. Il en est de même pour la protection de la sécurité des personnes et des biens qui a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle. (C.C., décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 « Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires », *Recueil* p. 42)⁴¹⁷.

C'est au Législateur qu'il convient de « fixer les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. » En fixant les garanties de la liberté, le Législateur peut en même temps en déterminer les limites. En conséquence, la liberté se trouve limitée par la nécessité de l'ordre public, de la sécurité des personnes et des biens. La sûreté se pose donc comme un principe constitutionnel qui se trouve en face de la liberté et oblige à concilier son exercice.

2) Le respect du principe d'égalité devant la loi pénale : fondement de la mesure de contrainte.

Le principe d'égalité revêt une valeur juridique sommitale au sein de l'ordonnement juridique (a) ; ce principe présente des composantes qu'il conviendra d'examiner en France et en droit comparé (b).

a) La valeur constitutionnelle du principe d'égalité.

260. La valeur constitutionnelle du principe d'égalité est reconnue à l'égard du principe général d'égalité comme à l'égard de ses multiples cas d'application. La valeur constitutionnelle du principe d'égalité fut reconnue pour la première fois, par le Conseil constitutionnel, dans sa décision en date du 27 décembre 1973 (décision du Conseil constitutionnel, C.C., n° 73-51 DC, 27 décembre 1973 « Loi de finances pour 1974 »⁴¹⁸). Pour ce qui concerne les normes de référence applicables utilisées par le Conseil constitutionnel, il est possible de citer, dans le domaine du principe d'égalité, les textes juridiques de valeur constitutionnelle variés qui sont le siège de ce principe cardinal. Ainsi, les articles 2 et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, différents alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et les articles 1er, 6 et 13 de la Déclaration du 26 août 1789 visent le principe d'égalité. Le choix effectué par le Conseil constitutionnel, quant au fondement constitutionnel retenu, nous livre de riches enseignements sur la politique jurisprudentielle adoptée par les juges constitutionnels.

⁴¹⁷ LUCHAIRE (François), « La sûreté : Droit de l'homme ou sabre de M.PRUDHOMME ? », *RDP* 1989, pp. 609-634.

⁴¹⁸ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 25 et Journal Officiel de la République française du 28 décembre 1973, p. 14004. Voir, MICLO (F.), « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois » in *Actualité juridique droit administratif*, 1982, p. 115.

261. Dans ses premières décisions, le Conseil constitutionnel se réfère à la Déclaration de 1789, de manière générale, jugeant de la conformité de la loi au regard « du principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 » (C.C., n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, « Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale »⁴¹⁹). Aussi, le Conseil ne se fonde donc pas, sauf à de très rares exceptions (C.C., n° 77-79 DC, 5 juillet 1977, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 35), sur l'article 2 de la Constitution. Peut-être a-t-il considéré qu'une telle référence limitait son pouvoir d'appréciation. En interdisant expressément, mais uniquement, les discriminations fondées sur « une distinction d'origine, de race ou de religion », cet article peut être interprété comme autorisant les atteintes à l'égalité fondée sur d'autres motifs⁴²⁰.

262. Cette analyse est renforcée par la manière dont le Conseil utilise la Déclaration du 26 août 1789. D'une part, il ne vise très souvent aucun article en particulier, mais l'ensemble du texte ; d'autre part, lorsqu'il spécifie la disposition de la Déclaration sur laquelle il fonde précisément le principe d'égalité, il ne cite pas le fameux article premier, mais prend pour fondement l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (C.C., n° 79-112 DC, 9 janvier 1980, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 32 ; C.C., n° 85-204 DC, 16 janvier 1986, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 18). Le Conseil constitutionnel choisit le texte le moins précis, et, partant, le moins contraignant à l'égard de son pouvoir d'appréciation. Effectivement, l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », alors que l'article 6 de la Déclaration se contente d'affirmer que « la loi est l'expression de la volonté générale. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

263. Enfin, le Conseil constitutionnel affirme sa volonté de ne pas être lié par les textes, quel que soit leur degré de contrainte dans le but de jouir d'un large pouvoir d'appréciation, en invoquant purement et simplement « le principe constitutionnel d'égalité », abandonnant ainsi toute référence textuelle⁴²¹.

⁴¹⁹ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 22 et Journal Officiel de la République française du 24 juillet 1975, p. 7533.

⁴²⁰ ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, collection « Domat, Droit public », Paris, 6^{ème} édition, 2001, 507 p. ; voir spécialement p. 410.

⁴²¹ C.C., n° 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 35 ; C.C., n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 15 ; C.C., n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 57 ; et, C.C., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 33.

b) Les composantes du principe d'égalité : le principe d'égalité devant la loi et ses applications particulières.

264. Le principal cas d'application du principe d'égalité est le principe d'égalité devant la justice qui, selon le Conseil constitutionnel, « est inclus dans le principe d'égalité devant la loi » (C.C., n° 75-76 DC, 23 juillet 1975, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 22). Et, ce principe regroupe lui-même des sous-principes multiples. Ainsi, l'égalité des garanties assurées au prévenu dérive du principe d'égalité devant la justice. Les juges constitutionnels ont censuré, dans leur décision datée du 19-20 janvier 1980 (C.C., n° 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 15), la faculté pour la victime s'étant constituée partie civile en première instance de présenter, en cas de motif sérieux, des demandes nouvelles en cour d'appel, et celle, pour la personne lésée, de se constituer partie civile pour la première fois en appel, au motif que ces dispositions sont génératrices « d'inégalités devant la justice, puisque, selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils ».

265. L'égalité des parties devant les moyens de preuve dérive du principe d'égalité devant la justice. Le Conseil constitutionnel a censuré, dans sa décision en date du 27 décembre 1973 (C.C., n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 25), une disposition législative qui accordait à certains contribuables la possibilité d'apporter la preuve du mal fondé d'une taxation d'office, et l'a refusée à d'autres en raison du montant de leurs bases d'imposition, au motif qu'elle « tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision les concernant ».

Le principe d'égalité devant la loi pénale permet à la force publique d'intervenir sans distinctions sociales. Il convient d'étudier l'égalité devant la loi pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (**α**) ; notre étude s'inscrira également en Droit comparé mexicain (**β**).

α - L'égalité devant la loi pénale.

266. Le Conseil constitutionnel ne censure pas, dans sa décision datée du 27 juillet 1978 (C.C., n° 78-97 DC, 27 juillet 1978, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 31) une disposition de nature législative qui prévoyait que tous les condamnés à une même peine pouvaient accéder aux mêmes régimes carcéraux dès lors qu'ils remplissaient les conditions requises.

267. Le principe d'égalité devant la loi pénale. Le traitement jurisprudentiel du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel adopte vis-à-vis du principe d'égalité une politique jurisprudentielle laquelle est énoncée selon une formule maintes fois réitérée au fil des décisions du Conseil. Le considérant de principe est le suivant : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » (C.C., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 17). Ce contrôle des justifications possibles des atteintes au principe d'égalité, sur le modèle de la jurisprudence administrative, a engendré des réserves, voire des critiques de la part de la doctrine qui y voit un contrôle de l'opportunité des lois.

268. Le contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité. Le contrôle des différentes situations. Le premier motif qui peut justifier une atteinte au principe d'égalité consiste dans la différence de situations : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes » (C.C., n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 31). En d'autres termes, le principe d'égalité prévaut dans des situations semblables ; si des personnes se trouvent par rapport à d'autres personnes dans des situations différentes, le législateur peut édicter des règles spécifiques pour les unes et, partant, des règles différentes pour les autres. Cette méthode de jugement relatif au respect du principe d'égalité par le législateur est mise en œuvre dans tous les domaines particuliers d'application du principe.

269. En ce qui concerne l'égalité devant la loi pénale, ce principe ne fait pas interdiction au législateur, pour déterminer les peines applicables, d'établir une différenciation entre des agissements de nature différente. Par exemple, les juges constitutionnels ont jugé que la loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs pouvait distinguer, pour la protection des mineurs, les actes accomplis entre personnes du même sexe et ceux qui sont accomplis entre personnes de sexe différent (C.C., n° 80-125 DC, 19 décembre 1980, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 51). Cette décision qui s'inscrit dans une époque datée de la société française, ne peut être, à notre sens, que critiquée de manière vive au regard du principe d'égalité des orientations sexuelles.

β - Le principe d'égalité en droit comparé.

270. Au **Mexique**, la Constitution politique de l'**État de GUANAJUATO**⁴²² prévoit en son titre Ier les garanties constitutionnelles dont jouissent les personnes. Son chapitre premier est consacré aux garanties individuelles et sociales. Ainsi, en vertu de l'article premier, toutes les personnes jouissent de la protection que leur octroient les garanties établies par la Constitution politique des États-Unis du Mexique ainsi que par la Constitution de l'État fédéré et ses lois et règlements. Ainsi, est prohibé tout type de discrimination qui attente à la dignité humaine, ou contre les droits et libertés de la personne, en raison de son origine ethnique, de sa nationalité, de son genre, de son âge, de sa condition sociale, de ses conditions de santé, de sa religion, de son état civil ou de quelque autre circonstance de qualité ou de conditions (paragraphe réformé par une révision constitutionnelle en date du 26 février 2010). [Article premier de la Constitution du 18 octobre 1917, modifiée le 26 février 2010]. Le pouvoir public agit uniquement en vertu de la loi (article de la constitution précitée).

271. La Constitution étudiée consacre des droits et libertés au bénéfice des personnes se trouvant sur le territoire de l'État de Guanajuato. En France, ces droits et libertés à l'instar de la présomption d'innocence ne reçoivent pas de consécration constitutionnelle mais n'ont qu'une simple valeur législative. Concernant le principe d'égalité, la loi est la même pour tous ; de la loi émane les attributions des autorités et les droits et obligations de toutes les personnes qui se trouvent au sein de l'État de Guanajuato et qui y sont domiciliées ou qui sont en transit. À tous correspondent la jouissance de ses bénéfices et l'obéissance de ces dispositions (paragraphe réformé par la révision constitutionnelle du 26 février 2010). À aucune loi ni disposition gouvernementale ne sera donné un effet rétroactif pour le préjudice de quelconque personne. Contre son respect, personne ne pourra alléguer de son ignorance. (Article deux, alinéa troisième de la Constitution précitée).

Le principe d'égalité de tous devant la loi pénale engendre la concaténation suivante : l'arrestation et le placement en garde à vue de l'auteur de l'infraction qui a brisé le contrat social.

⁴²² L'État de Guanajuato est régi par la Constitution politique du 18 octobre 1917. La Constitution fut publiée au *Journal officiel du gouvernement de l'État de Guanajuato* du 18 octobre 1917). L'État de Guanajuato est une entité juridique politique, État qui est membre des États-Unis du Mexique selon les termes de la Constitution politique de la Nation et par son incorporation au pacte fédéral (article 28 de la Constitution de l'État de Guanajuato). Tous les pouvoirs publics émanent du peuple et ils sont institués pour son bénéfice (article 30 de la Constitution précitée). Le gouvernement de l'État est républicain, représentatif et démocratique (article 32 de la Constitution susvisée).

Section deuxième. Les arrestations et la garde à vue : le cœur de la contrainte de la force publique.

272. Le député Jean-Joseph MOUNIER, député à l'Assemblée nationale constituante et membre du comité chargé de préparer le travail de la Constitution, mit en exergue les missions cardinales dévolues à la force publique. « Pour l'exécution des lois et la défense du royaume, il faut une force publique. Il s'agit donc de déterminer les principes qui doivent la diriger. » (Article 10 de l'ordre du travail proposé par le comité chargé de préparer le travail de la Constitution)⁴²³.

Ainsi, la force publique intérieure est en charge d'assurer l'exécution des lois, et en l'occurrence des lois pénales dans le but de garantir à tous les êtres humains qui vivent dans le cadre étatique une sécurité indispensable à toute Communauté politique. La contrainte déployée par la force publique doit être strictement encadrée afin d'assurer la conciliation entre la liberté d'aller et de venir, consacrée constitutionnellement, et la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions. En vue d'accomplir les missions cardinales qui lui incombent, la force publique exerce sa contrainte légitime selon deux phases : la phase d'arrestation et la phase de la vérification d'identité (I). Et, la personne qui fait l'objet de cette mesure de contrainte peut par la suite être placée en garde à vue, laquelle constitue une mesure de police judiciaire strictement encadrée par l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles (II).

I. La contrainte exercée par la force publique : la phase d'arrestation et la phase de la vérification d'identité.

273. Dans une perspective de droit comparé, et, plus précisément en histoire du droit comparé, la Charte constitutionnelle du royaume du **Portugal** et Algarve décrétée par le roi du Portugal et Algarve Don Pedro 1er, empereur du Brésil, le 29 avril 1826, prévoit en son titre VIII intitulé

⁴²³ Source : Séance de l'Assemblée Nationale, séance du jeudi 9 juillet 1789 tenue sous la présidence de M. Le Franc de Pompignan, Archevêque de Vienne, version insérée au procès-verbal, pp. 211-217 ; voir spécialement, pp. 214-217 in *Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises imprimé par ordre de l'Assemblée nationale sous la direction de M. J. MAVIDAL, chef du bureau des procès-verbaux, de l'expédition des lois, des pétitions, des impressions et distributions de l'Assemblée nationale et de MM. E. LAURENT et E. CLAVEL, sous-bibliothécaires de l'Assemblée nationale, première série (1789 à 1799), tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris, librairie administrative de Paul DUPONT, 1875, 731 p.*

« Dispositions générales et garanties des droits civils et politiques des citoyens portugais »⁴²⁴ que « [l']inviolabilité des droits civils et politiques des citoyens portugais qui ont pour base la liberté, la sûreté individuelle et la propriété, est garantie par la constitution du royaume de la manière suivante: [...], § Sept. Nul ne pourra être arrêté sinon dans les cas énoncés par la loi ; dans ce cas, le juge, par une note de lui signée, fera connaître à l'inculpé les motifs de l'arrestation, les noms des accusateurs et des témoins, et ce, dans le délai de 24 heures si l'arrestation s'opère dans les villes, bourgs ou autres localités voisines de la résidence du juge, et, dans les lieux éloignés, dans un délai convenable que la loi fixera d'après les distances. »

De plus, même en cas de délit commis, nul ne sera conduit en prison où il sera retenu étant déjà arrêté s'il fournit caution suffisante dans les cas où la loi l'admet, et en général, pour les délits qui n'entraînent pas de peine plus forte que l'emprisonnement pendant six mois ou le bannissement du canton, le prévenu pourra obtenir sa mise en liberté sous caution. (§ 8).

En cas de flagrant délit, l'arrestation ne peut avoir lieu, sinon en vertu d'un ordre écrit émané de l'autorité compétente. En cas d'arrestation arbitraire, le juge qui l'a ordonnée et quiconque l'a requise encourt les peines portées par la loi. (§ 9, alinéa premier).

274. Au **Mexique**, la Constitution politique de l'**État de GUANAJUATO** prévoit que le pouvoir judiciaire est indépendant des autres pouvoirs étatiques. L'exécutif garantira la pleine exécution des décisions judiciaires. (Article deux, alinéa septième de la Constitution précitée). Il convient de relever que ce paragraphe à valeur constitutionnelle fut ajouté par la révision en date du 26 février 2010.

S'agissant du pouvoir d'arrestation, ce dernier trouve sa justification dans la Constitution de l'État en son article 6 qui énonce : « Personne ne pourra échapper à un ordre d'arrestation émis par l'autorité judiciaire pour un fait que la loi incrimine comme étant une infraction sanctionnée par une peine privative de liberté ». Toute personne peut détenir l'inculpé au moment où celui-ci est en train de commettre une infraction ou immédiatement après l'avoir commise en le mettant à disposition sans retard à l'autorité la plus proche et cette dernière avec la même promptitude remettant la personne au ministère public (article six, alinéa troisième de la Constitution précitée).

L'État de Guanajuato constitutionnalise aussi les limitations des pouvoirs de la force publique en matière de détention. Ainsi, aucun inculpé ne pourra être retenu par le ministère public pour plus de 48 heures, délai dans lequel devrait être ordonnée sa liberté ou délai pendant lequel il sera mis à

⁴²⁴ Source : LAFERRIÈRE (Édouard), *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, Cotillon, libraire du Conseil d'État, Paris, 1869, 654 p. Cet ouvrage a été revu par Anselme Polycarpe Batbie, Professeur à la faculté de droit de Paris.

la disposition de l'autorité judiciaire afin que celle-ci prononce son incarcération. Tout abus sera sanctionné par la loi pénale. (Article six, alinéa six de la Constitution précitée).

275. Sur le **continent européen**, en **Suisse**, le **Canton de Berne** prescrit sur un fondement législatif les pouvoirs propres des forces de police en matière d'arrestation. De cette manière, la Loi sur la police (LPol) du 8 juin 1997⁴²⁵ prévoit en son article 32 les conditions de la garde autorisée.

La Police cantonale peut placer une personne sous sa garde et la retenir lorsque cette mesure sert à prévenir ou à interrompre la commission d'un acte punissable grave, lorsque la personne s'est soustraite par la fuite à l'exécution d'une peine ou d'une mesure privative de liberté ou lorsque cette mesure sert à garantir l'exécution d'un renvoi, d'une expulsion ou d'une extradition.

Concernant le traitement des personnes retenues sous la garde de la Police cantonale, la personne placée sous sa garde en vertu de la présente loi est informée sans délai du motif de la privation de liberté. De plus, elle doit avoir au plus vite la possibilité d'aviser un ou une de ses proches ou une personne de confiance, à condition que le but de la mesure ne s'en trouve pas compromis. (Article 33).

En outre, pour ce qui concerne la durée de la privation de liberté, la personne placée sous la garde de la police est relâchée dès que le motif de cette mesure a disparu, lorsque la privation de liberté est déclarée injustifiée par décision judiciaire ; en tous les cas après 24 heures, si la prolongation de la privation de liberté n'a pas été ordonnée par décision judiciaire en vertu d'une autre loi. (Article 34).

Le juge judiciaire contrôle cette mesure de privation de liberté le plus rapidement possible. Lorsqu'une personne est privée de liberté en vertu de la loi étudiée, la Police cantonale requiert le plus vite possible une décision judiciaire concernant l'admissibilité et la prolongation de la privation de liberté.

⁴²⁵ Source : *BELEX - Recueils des lois bernoises, Recueil officiel des lois bernoises (ROB)*. Le Recueil officiel des lois bernoises est l'organe de publication officiel des actes législatifs du canton de Berne. Il est publié périodiquement dans les deux langues officielles. (Article premier, 1.1 Dispositions générales de la Loi sur les publications officielles (LPO) du 18 janvier 1993, N° de l'acte 103.1).

Source : Chancellerie d'État du Canton de Berne, <<http://www.sta.be.ch/>>

N° de l'acte 551.1. Le canton de Berne est un État de droit libéral, démocratique et social. Le pouvoir de l'État appartient au peuple. Il est exercé par le corps électoral et les autorités. (Article premier de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993). Le français et l'allemand sont les langues nationales et officielles du canton de Berne. (Article 6 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993).

Pour une étude doctrinale relative au droit constitutionnel bernois, l'on pourra se reporter avec profit à l'ouvrage du Prof. Dr. Walter Kälin Professeur de droit constitutionnel et de droit international à l'Institut de droit public (Institut für öffentliches Recht) de l'Université de Berne (Universität Bern). KÄLIN (Walter), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, P. Haupt, Berne, 1995, 602 pages.

La force publique agit donc en vue d'exécuter les décisions de justice pour leur donner une force exécutoire. Les fondements de l'arrestation opérée par la force publique résident donc dans l'exécution des mandats de justice (§ 1). Par la suite, afin d'établir l'identité de la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte, la force publique a le pouvoir de procéder à des vérifications d'identité, lesquelles sont strictement encadrées par le juge (§ 2).

§ 1. Les fondements de l'arrestation : l'exécution des mandats de justice.

276. Le vocable « mandats de justice » recouvre quatre types de mandat lesquels émanent du juge d'instruction. En premier lieu, il s'agit du mandat de comparution qui a « pour objet de mettre la personne contre laquelle il est décerné, en demeure de se présenter devant le juge à la date indiquée ». On distingue ensuite le mandat d'amener, lequel se définit comme étant « l'ordre donné par le juge à la force publique de conduire immédiatement la personne à l'encontre de laquelle il est décerné, devant lui ». De plus, il peut s'agir d'un mandat de dépôt, qui est « l'ordre donné par le juge au chef de l'établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne » considérée. Enfin, il s'agit du mandat d'arrêt, lequel est « l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne contre laquelle il est décerné et de la conduire à la maison d'arrêt indiquée sur le mandat où elle sera reçue et détenue » (Code de procédure pénale, article 122, modifiée par la loi numéro 93-2 du 4 janvier 1993 et par la loi numéro 93-1013 du 24 août 1993).

277. Il convient ici de préciser que l'on doit distinguer les mandats de justice des demandes de recherche, encore dénommées notes de recherche d'individu ou d'objet, émanant des cabinets d'instruction et dont la direction centrale de la police judiciaire assure la diffusion (Code de procédure pénale, article 226 et suivants). L'article 560 du Code de procédure pénale issu de la loi numéro 95-125 du 8 février 1995 donne la possibilité au parquet de délivrer un ordre de recherche par lequel il est demandé à la police de rechercher l'adresse d'une personne. L'ordre de recherche ne saurait être assimilé au mandat d'amener. L'intéressé peut, au cas de découverte, être invité à demeurer dans les locaux de police ou de gendarmerie en attente des instructions du parquet, mais il ne peut y être contraint (circulaire, ministère de la Justice, Garde des Sceaux, du 14 février 1995).

278. L'exécution des mandats de justice porte atteinte à la liberté d'aller et de venir. De surcroît, l'exécution des mandats d'amener et des mandats d'arrêt autorisent la pénétration coercitive si besoin en est, au domicile du mis en cause. À cet égard, l'exécution des mandats est particulièrement réglementée et est assortie d'un formalisme strict. Il convient ici d'évoquer la genèse du Code de

procédure pénale actuellement applicable en France. En 1959, l'instruction générale édictée pour l'application du nouveau Code de procédure pénale énonça : « Sans apporter de nombreuses modifications de principe à la législation établie par le Code d'instruction criminelle en cette matière, le Code de procédure pénale précise ou consacre législativement toute une série de points sur lesquels s'était établie une jurisprudence constante » (article C. 222).

À cet égard, le Code de procédure pénale porte à 200 km la distance entre le lieu de capture et le cabinet du juge mandant au-delà de laquelle l'inculpé faisant l'objet du mandat d'amener est conduit non pas devant le juge mandant mais devant le procureur du lieu de capture. Les modifications qui ont été apportées au texte par l'ordonnance numéro 60-529 du 4 juin 1960 sont d'importance mesurée. Elles sont afférentes à la terminologie ainsi qu'aux modalités de notification du mandat d'amener et aux modalités de notification du mandat d'amener ou d'arrêt à un individu déjà détenu pour une autre cause.

279. En revanche, les modifications procédant de la loi numéro 70-143 en date du 17 juillet 1970, tendent à renforcer la garantie des droits individuels, relatives aux conditions de la mise en détention provisoire par le magistrat instructeur et ne concerne pas la police. La loi numéro 72-1226 en date du 29 décembre 1972 a apporté aux articles 127, 130 et 134 du Code de procédure pénale des modifications tendant à assurer une meilleure protection du mis en cause. Ainsi, l'article 127 dispose dorénavant que lorsque l'inculpé est arrêté en vertu d'un mandat d'amener à plus de 200 km du siège du magistrat mandant, l'agent exécuter ne peut le conduire devant celui-ci qu'avec son accord, faute de quoi il est amené devant le procureur de la république du lieu de son arrestation.

La loi numéro 85-432 en date du 22 juin 1987 a opéré la substitution dans les textes s'agissant du mandat de justice du mot « surveillant-chef » aux termes « chef d'établissement pénitentiaire ». En dernier lieu, la loi numéro 95-125 en date du 8 février 1995, en son article 41 a inséré au sein du Code de procédure pénale un article 410-1, qui permet au tribunal correctionnel de décerner mandat d'amener. Ce type de mandat « comble une lacune : il était paradoxal qu'une juridiction de jugement ne puisse pas, contrairement aux juridictions d'instruction, obliger la personne poursuivie à comparaître devant elle, alors qu'elle disposait d'une telle contrainte à l'endroit des simples témoins » (circulaire du Garde des Sceaux, 14 février 1995, référence crim. 95. 5/F1).

Plusieurs types de mandat peuvent être délivrés par l'autorité judiciaire. Il incombe à la force publique d'en assurer l'exécution.

A. Le mandat de comparution.

280. Le mandat de comparution est défini par l'article 122 du Code de procédure pénale suivant lequel ce mandat a pour objet « de mettre la personne à l'encontre de laquelle il est décerné, en demeure de se présenter devant le juge à la date indiquée par ce mandat ». Le mandat de comparution doit préciser l'identité de la personne concernée, être daté, signé par le magistrat mandant et revêtu de son sceau (article 123, alinéa premier). Il convient ici de souligner que l'adresse de l'intéressé constitue l'un des éléments substantiels du mandat (Tribunal correctionnel de Paris, 11e chambre, 8 octobre 1986, *Gazette du palais*, 5, 6 décembre 1986, p. 10, note J.-P. Marchi).

281. L'exécution du mandat de comparution échet à la force publique. Le mandat de comparution est exécutoire à l'instar de tous les mandats de justice, sur toute l'étendue du territoire (Code de procédure pénale, article 124). Ce mandat est, soit signifié par un huissier à celui qui en est l'objet, soit notifié à celui-ci par un officier ou agent de police judiciaire ou par un agent de la force publique, lequel lui en délivre copie (article 123, alinéa troisième, modifié par l'ordonnance du 4 juin 1960). Il convient de mettre en lumière qu'aucune forme de coercition ne peut en l'espèce être mise en œuvre, tant pour pénétrer dans un domicile que pour contraindre le mis en cause à déférer à la convocation du juge mandant.

B. Le mandat d'amener.

282. Le mandat d'amener est déterminé à l'article 122 du Code de procédure pénale. Il est défini comme étant « l'ordre donné par le juge à la force publique de conduire immédiatement la personne à l'encontre de laquelle il est décerné devant lui ». Ce mandat est utilisé dans l'hypothèse où l'intéressé est domicilié, ou lorsqu'il peut être arrêté par les autorités locales de police ou de gendarmerie sans que soit utile la formalité compliquée et coûteuse de la diffusion (Code de procédure pénale, article C. 254). Le mandat d'amener doit préciser l'identité de la personne concernée, être daté, signé par le magistrat mandant et revêtu de son sceau (Code de procédure pénale, article 123 alinéa premier). De surcroît, il doit mentionner les « faits imputés à la personne, leur qualification juridique et les articles de loi applicables » (Code de procédure pénale, article 123, modifié par la loi du 4 janvier 1993).

Le mandat d'amener peut être diffusé par tout moyen (article 123 alinéa sixième du Code de procédure pénale). Dans ce cas, les mentions originales essentielles à savoir l'identité de la personne, la nature des faits qui lui sont imputés et leur qualification juridique, le nom et la qualité du magistrat mandant, doivent être précisées dans le message. Au cas de mise à exécution, l'original ou la copie du mandat est transmis dans les plus brefs délais à l'agent exécuteur (Code de procédure pénale,

article 123, alinéa septième). Tous les mandats sont exécutoires « dans toute l'étendue du territoire de la République » (Code de procédure pénale, article 124).

L'article 70 du Code de procédure pénale énonce qu'en cas de crime flagrant, si le juge d'instruction n'est pas encore saisi, « le procureur de la République peut décerner mandat d'amener contre toute personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction ». En outre, le juge de l'application des peines dans les cas prévus par l'article 733 du Code de procédure pénale, peut ordonner l'arrestation du libéré conditionnel. Il peut également, lorsque le condamné mis à l'épreuve est en fuite, ordonner qu'il sera conduit devant lui sans délai par la force publique (Code de procédure pénale, article 741-1).

Enfin, il convient de préciser que si la personne intéressée est trouvée hors le ressort territorial du juge mandant, il est conduit devant le juge de l'application des peines territorialement compétent. En dernier lieu, depuis la loi numéro 95-125 en date du 8 février 1995, l'article 410-1 du Code de procédure pénale permet au tribunal correctionnel de décerner mandat d'amener contre le prévenu sous trois conditions : premièrement, le prévenu doit avoir été convoqué dans les conditions prévues par le premier alinéa de l'article 410 (citation à personne ou bien connaissance de la citation délivrée à domicile ou convocation par un officier de police judiciaire [...]). Deuxièmement, le prévenu doit ne pas avoir fourni d'excuses reconnues valables par le tribunal ; et troisièmement, la peine encourue doit être « égale ou supérieure à deux années d'emprisonnement ».

En dernier lieu, l'article 310 du Code de procédure pénale permet au président de la Cour d'assises de faire comparaître toute personne à la barre, au besoin par mandat d'amener.

283. L'exécution est confiée aux officiers de police judiciaire, aux agents de police judiciaire, à tous agents de la force publique (Code de procédure pénale, article 123, alinéa troisième), lesquels doivent en principe, en faire exhibition à la personne en cause (ibidem). Le mis en cause peut-être appréhendé, à l'aide de la coercition si besoin est, par le ou les agents exécuteurs qui, lorsqu'ils ne sont pas en tenue, sont dans l'obligation de décliner leur qualité en présentant l'insigne de leurs fonctions ou leur carte professionnelle. L'objet de l'interpellation est, sur le champ, précisé à l'intéressé, à l'encontre duquel il peut être procédé à une palpation de sécurité. Lorsque l'agent exécuteur est porteur de l'original ou d'une copie du mandat, ce document est alors exhibé.

L'article 803 du Code de procédure pénale (issu de la loi numéro 93-2 du 4 janvier 1993) dispose que « nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de prendre la fuite ». L'agent exécuteur, en fonction des circonstances, appréciera le danger évoqué. C'est aussi à

l'appréciation de l'agent exécuter qu'est laissée l'opportunité de procéder à une fouille dite de sécurité sur la personne en cause.

284. L'agent exécuter « ne peut s'introduire dans le domicile d'un citoyen avant 6 heures ni après 21 heures [...]. Si la personne ne peut être saisie, un procès-verbal de perquisition et de recherches infructueuses est adressé au magistrat qui a délivré le mandat » (Code de procédure pénale, article 134). Ce texte paraît être ambigu. En effet, en premier lieu, il semble autoriser l'agent de la force publique à opérer une véritable perquisition, alors qu'il ne s'agit, que de rechercher l'intéressé dans les lieux. Il s'agit donc en l'occurrence de ce que l'on appelle une visite domiciliaire à vocation déterminée⁴²⁶.

Le fonctionnaire de police qui, par l'exécution d'un mandat d'amener ou d'un mandat d'arrêt, procéderait à une perquisition assortie de saisie, outrepasserait les limites de son mandat. Si le juge mandant l'estime opportun, il lui est loisible d'ordonner une telle opération par la voie d'une commission rogatoire confiée à un officier de police judiciaire.

De surcroît, il semble permettre une perquisition dans le domicile d'un quelconque citoyen chez qui l'intéressé pourrait se trouver, alors que cette opération coercitive ne peut être réalisée que dans le domicile de la personne visée au mandat, ou, plus exactement, au lieu de sa dernière résidence connue. La loi du 29 décembre 1972 a supprimé l'obligation, en l'absence du maître de maison, d'agir en présence de deux témoins. L'agent exécuter n'a pu à faire viser son procès-verbal de perquisition et de recherches infructueuses par le commissaire de sécurité publique ou le chef de brigade de gendarmerie ou le maire. Il est préférable que cet agent tienne préalablement informé l'officier de police judiciaire territorialement compétent puisqu'il peut lui demander assistance sur le fondement de l'article 131 du Code de procédure pénale. Celui-ci énonce que l'agent exécuter peut « se faire accompagner d'une force suffisante pour que l'intéressé ne puisse se soustraire à la loi. La force est prise dans le lieu le plus proche de celui où le mandat doit s'exécuter et elle est tenue de déférer aux réquisitions contenues dans ce mandat ».

285. Lors de la découverte et, partant, de l'appréhension de la personne intéressée soit sur la voie publique soit à son domicile, celle-ci est amenée, de manière coercitive si besoin en est, au service de police ou de gendarmerie, où le mandat lui est notifié par procès-verbal, une copie de celui-ci devant lui être remise (Code de procédure pénale, article 123, alinéa quatrième). Lorsque l'exécution est réalisée sur diffusion de recherches, le procès-verbal de notification doit porter mention des exactes

⁴²⁶ Voir en ce sens MONTREUIL (Jean), « Violation de domicile par abus d'autorité » : *Juris-Classeur pénal*, article 432-8.

références du titre, copie du mandat devant alors (à l'aune du dernier alinéa de l'article 123 du Code de procédure pénale) être transmise dans les délais les plus brefs à l'agent exécuteur. L'agent chargé de l'exécution du mandat s'assurera de ce qu'il n'y a pas, en l'occurrence, cessation de recherches et, deuxièmement, de ce que le mandat s'applique bien à l'individu appréhendé ; celui-ci sera interpellé sur ce point précis et sa réponse sera portée au procès-verbal de notification qu'il sera invité à signer. La personne est ensuite mise en route, sous escorte, afin d'être présentée sur le champ au magistrat mandant.

Lorsque l'intéressé est trouvé à 200 km au plus du siège du juge mandant (la distance est décomptée en fonction des voies routières, eu égard au lieu d'arrestation (circulaire du ministre de la Justice numéro 84-21, datée du 17 décembre 1984), sa conduite sur-le-champ devant ce magistrat est ordonnée par la loi. Le juge mandant interroge alors la personne en cause, soit immédiatement, soit, en cas d'impossibilité, au plus tard dans les 24 heures à compter de l'écrou de l'intéressé dans la plus proche maison d'arrêt (article 126 du Code de procédure pénale). C'est le service capteur qui assure, en principe, le transfèrement devant le magistrat ou, à défaut, à la maison d'arrêt. Lorsque l'intéressé est arrêté à plus de 200 km du siège du magistrat mandant, il est conduit dans les 24 heures, soit, avec son accord, devant le juge d'instruction qui a délivré le mandat, soit devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation (loi du 29 décembre 1972, article 127). L'agent exécuteur expose alors à la personne mise en cause cette possibilité de choix. La mention est portée de ses diligences ainsi que de la réponse fournie au procès-verbal de notification du mandat.

Dans l'une ou l'autre des hypothèses, la conduite immédiate devant le magistrat peut se trouver retardée de quelques heures, en raison de l'interpellation du mis en cause durant la soirée. Ce dernier est alors retenu, le temps nécessaire, dans les locaux de police ou de gendarmerie, où il sera placé en chambre de sûreté. Cette rétention doit être distinguée de la mesure de garde à vue ; elle doit être aussi brève que cela est possible et elle doit être mentionnée au procès-verbal de mise à exécution du mandat. L'individu qui sera ainsi retenu par la force publique, se trouve placé « sous la responsabilité et la protection de la police » ; et, partant, elle ne saurait subir aucun « traitement inhumain ou dégradant ». (Décret numéro 86-592 en date du 18 mars 1986, portant Code de déontologie de la police nationale, article 10).

286. La rétention de l'individu visé au mandat dans un local du palais de justice, dans l'attente de sa présentation au magistrat, n'est pas fondée juridiquement sur les textes relatifs à la garde à vue. L'intéressé est alors placé « sous main de justice » et, partant, sous sa responsabilité.

Lorsque la personne est arrêtée à une distance de plus de 200 km du siège du juge mandant et lorsqu'elle a été amenée devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation, ce dernier

l'interroge sur son identité, reçoit ses déclarations, après l'avoir averti qu'elle était libre de ne pas en faire. De plus, le procureur de la République l'interpelle afin de savoir si elle consent à être transférée au siège du juge mandant ou bien si elle préfère attendre la décision de celui-ci. L'intéressé qui serait amené à refuser le transfèrement, est conduit à la maison d'arrêt la plus proche et un avis en est donné au juge mandant (article 128 du Code de procédure pénale). L'original ou la copie du procès-verbal de la comparution contenant un signalement complet est alors transmise au magistrat mandant (ibidem). Ce dernier peut alors ordonner le transfèrement, l'intéressé devant être conduit devant lui dans les quatre jours de la notification du mandat ; le délai est porté à six jours en cas de transfèrement d'un département d'outre-mer vers un autre département ou bien en sens inverse de la métropole vers un département d'outre-mer (article 130 du Code de procédure pénale).

Le transfèrement est assuré dans ce cas par les militaires de la gendarmerie nationale. Il convient ici de préciser qu'en cas d'inobservation des délais impartis, l'intéressé doit être libéré, à moins que sa conduite ait été retardée par des circonstances insurmontables (Code de procédure pénale, article 130-1, loi du 9 juillet 1984).

C. Le Mandat d'arrêt.

287. Le mandat d'arrêt se définit comme étant « l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il est décerné et de la conduire à la maison d'arrêt indiquée sur le mandat, où elle sera retenue et détenue. » (Code de procédure pénale, article 122). Le mandat d'arrêt constitue donc à la fois un ordre d'appréhension coercitive et de détention provisoire de la personne mise en examen.

Ce mandat peut être décerné par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République lorsque cumulativement l'intéressé est en fuite ou réside hors du territoire de la République et que le fait comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave (Code de procédure pénale, article 131).

288. Le mandat d'arrêt est notifié et exécuté par un officier ou agent de police judiciaire ou par un agent de la force publique (Code de procédure pénale, article 123, troisième alinéa) qui doit en principe en faire exhibition à la personne concernée et lui en délivrer une copie.

D. Le mandat de dépôt.

289. Le mandat de dépôt est « l'ordre donné par le juge au chef de l'établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne » à l'encontre de laquelle il est décerné ; ce mandat permet également de rechercher ou de transférer cette personne lorsqu'il a été précédemment notifié (Code

de procédure pénale, article 122, alinéas quatre et cinq). L'article 135 du Code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction ne peut, tant en matière criminelle qu'en matière correctionnelle, décerner mandat de dépôt « qu'après interrogatoire et si l'infraction comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une autre peine plus grave », en exécution de l'ordonnance de mise en détention provisoire prévue par l'article 145.

Le mandat de dépôt est donc essentiellement un ordre de mise en détention provisoire et subsidiairement un ordre de recherche, de capture et de transfèrement en cas d'évasion de l'individu placé en détention provisoire.

290. Le rôle de la police ou de la gendarmerie est ici matériel. En effet, le juge qui a décerné et notifié le mandat, remet l'intéressé aux fonctionnaires de police ou aux militaires de la gendarmerie, lesquels sont chargés de le conduire, de manière coercitive si besoin est, à la maison d'arrêt où le chef d'établissement remet au chef d'escorte reconnaissance de la remise de la personne (Code de procédure pénale, article 135).

E. La coopération européenne policière au sein de l'Union européenne : le mandat d'arrêt européen et le droit de poursuite transfrontalière dans le cadre de l'Accord de Schengen.

291. L'article 32 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres prévoit que les demandes d'extradition reçues à partir du 1er janvier 2004 seront régies par les règles qu'adopteront les États membres pour son exécution, mais que chacun de ces États aura, en tant qu'État membre d'exécution, la possibilité de maintenir l'application de l'ancien système extraditionnel pour les faits commis avant la date qu'il indiquera, à condition que cette date ne soit pas postérieure au 7 août 2002.

292. En **Belgique**, l'article 44, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen s'applique à l'arrestation et à la remise d'une personne recherchée en vertu d'un mandat d'arrêt européen entre la Belgique et les États membres de l'Union européenne lorsque celles-ci sont demandées à partir du 1er janvier 2004. Le deuxième alinéa de cette disposition prévoit que, dans les relations avec les autorités compétentes françaises, cette loi s'applique à l'arrestation et la remise d'une personne recherchée en vertu d'un mandat d'arrêt européen pour des faits commis après le 1er novembre 1993. L'arrêt décide que ne sont concernées que les demandes d'extradition adressées aux autorités françaises, et non celles adressées aux autorités belges. Il en déduit que le demandeur soutenait à tort devant la chambre des mises en accusation que la loi relative au mandat d'arrêt européen ne serait pas applicable en l'espèce, au motif que les faits ont

été commis avant le 1er novembre 1993.

En outre, la Cour de cassation de Belgique précisa dans un arrêt du 04 avril 2009 (P.09.1524.F) qu'aux termes de l'article 4, 5°, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, l'exécution du mandat d'arrêt est refusée s'il y a des raisons de croire qu'elle aura pour effet de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. Le refus de remise doit être justifié par des éléments circonstanciés indiquant un danger manifeste pour les droits de la personne, en particulier sous l'angle du respect de la garantie judiciaire au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴²⁷.

293. Le droit de poursuite transfrontière de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985. Il est fort intéressant, dans le cadre de la compétence des agents de la force publique, d'étudier la coopération internationale policière, et plus particulièrement le droit de poursuite transfrontière. Ainsi, pour ce qui concerne l'exemple français, l'on mettra en exergue l'Accord de Schengen ainsi que sa convention d'application. Le Conseil européen ayant adopté en 1984 le principe de la suppression des formalités tant douanières que de police pour la circulation des personnes à l'intérieur des limites de la Communauté, un accord fut signé, le 14 juin 1985, à Schengen (Luxembourg) entre les gouvernements de « l'Allemagne fédérale », de la France et des trois pays composant le Benelux, accord « relatif à la suppression des frontières communes ». Les Hautes Parties contractantes observent que « l'application du présent accord peut exiger des mesures législatives qui devront être soumises aux parlements nationaux en fonction des constitutions des États signataires ». L'Accord a été publié par la République française le 30 juillet 1986. Puis, par la suite, se joindront à l'Accord, l'Italie en 1990, l'Espagne et le Portugal en 1991, la Grèce en 1992, l'Autriche en 1995. Le Parlement français adopta, en juin 1991, un projet de loi autorisant l'approbation de la Convention du 19 juin 1990. Cette loi (numéro 91 – 737, du 30 juillet 1991) fut publiée au Journal Officiel de la République française n°178 du 1^{er} août 1991 ; NOR : MAEX9100065L)⁴²⁸.

⁴²⁷ Voir également, Cour de cassation, 27 juin 2007, RG P.07.0867.F, *Pasinomie*, 2007, n° 363 ; et, 24 juin 2008, RG P.08.0967.N, *Pasinomie* 2008, n° 393 ; enfin, l'on pourra consulter avec profit la contribution de DEJEMEPPE (B.), « Deux années d'application du mandat d'arrêt européen », in *Colloque en droit pénal et en procédure pénale*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 144-145.

Source : Site institutionnel de la justice belge : <<http://jure.juridat.just.fgov.be/>>

⁴²⁸ Travaux préparatoires: loi n° 91-737.

Assemblée nationale: Projet de loi n° 2028; Rapport de M. François Loncle, au nom de la Commission des affaires étrangères, n° 2055; Avis de M. Michel Pezet, au nom de la Commission des lois, n° 2058; Discussion et adoption le 3 juin 1991.

Sénat: Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 354 (1990-1991). Rapport de M. Xavier de Villepin, au nom de la Commission des affaires étrangères, n° 406 (1990-1991); Discussion et adoption le 27 juin 1991.

Cette loi fut publiée après que le Conseil constitutionnel eut rejeté les moyens avancés dans la saisine, en particulier celui qui dénonçait un transfert de souveraineté découlant de l'exercice du « droit de poursuite transfrontière ». (CC, décision numéro 91 – 294, 25 juillet 1991, Journal Officiel de la République Française du 27 juillet 1991, page 10 001)⁴²⁹.

294. Dans la décision n° 91-294 du Conseil Constitutionnel, les auteurs de la saisine défèrent aux Sages la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985. En ce qui concerne l'article 40 relatif à l'observation transfrontalière, les auteurs de la saisine faisaient valoir que le fait pour des policiers étrangers de poursuivre, sans l'accord des autorités françaises, leurs investigations sur le territoire national est contraire au « respect dû à la souveraineté nationale ».

Dans le cas général visé au paragraphe 1 de l'article 40, le droit d'observation transfrontalière est subordonné à l'acceptation d'une demande préalable d'entraide judiciaire. Dans le cas d'urgence visé au paragraphe 2, il est expressément stipulé que l'observation doit prendre fin, dès que l'État sur le territoire duquel se déroule l'observation le demande et au plus tard cinq heures après le franchissement de la frontière. Ainsi, le Conseil Constitutionnel estime que l'article 40 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. (Considérant 35).

295. L'article 41 de la Convention, relatif au « droit de poursuite », précise que « les agents de l'une des parties contractantes qui, dans leur pays, suivent une personne prise en flagrant délit de commission de l'une des infractions visées au paragraphe 4 [...] ou de participation à l'une desdites infractions, sont autorisés à continuer la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire d'une autre partie contractante lorsque les autorités compétentes de l'autre partie contractante n'ont pu être averties préalablement à l'entrée sur ce territoire, en raison de l'urgence particulière, par l'un des moyens de communication prévus à l'article 44 ou que ces autorités n'ont pu se rendre sur place à temps pour reprendre la poursuite ». Il en va de même pour ce qui concerne la poursuite d'un individu en « état d'arrestation provisoire » ou d'un évadé purgeant une peine privative de liberté. Au plus tard au moment du franchissement de la frontière, les poursuivants doivent faire appel aux

⁴²⁹ Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 « Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel* 1991, p. 91 et *Journal officiel de la République française* du 27 juillet 1991, p. 10001.

D'un point de vue doctrinal, l'on pourra se reporter avec un très grand profit aux articles qui suivent : ROBERT (Jacques), « Les accords de Schengen » in *Revue des affaires européennes*, 1992 (1), p. 5 s. ; LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale » in *Revue du droit public*, 1991, p. 1499 s. ; VEDEL (Georges), « Schengen et Maastricht » in *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 173 s.

autorités territorialement compétentes, et la poursuite doit être arrêtée dès que ces autorités le demandent.

« À la demande des poursuivants, les autorités localement compétentes appréhenderont la personne poursuivie pour établir son identité ou procéder à son arrestation », étant observé qu'au moment de la signature de la Convention, chaque Haute Partie contractante fait une déclaration qui précise, sur la base des principes susvisés, les « modalités de la poursuite sur son territoire pour chacune des parties contractantes avec laquelle elle a une frontière commune » : zone d'intervention, durée de mise en œuvre de celle-ci, etc. Cette déclaration peut soit prévoir que les agents poursuivants « ne disposent pas du droit d'interpellation », soit au contraire disposer que lorsque les autorités localement compétentes ne peuvent intervenir assez rapidement, les agents poursuivants pourront « interpellier la personne poursuivie jusqu'à ce que les agents de la partie contractante sur le territoire de laquelle la poursuite a lieu (qui devront être informés sans délai) puissent établir son identité ou procéder à son arrestation » (article 41, 2, b). La République française adopta une attitude restrictive, à savoir qu'il ne peut y avoir d'appréhension sur le territoire de la République française par des policiers étrangers, à l'inverse de l'Allemagne.

296. Dans la décision n° 91-294 du Conseil Constitutionnel et pour ce qui concerne l'article 41 relatif à la procédure de poursuite transfrontalière, les auteurs de la saisine soutenaient que cet article permettait aux autorités de police étrangères de procéder à des actes de police judiciaire à l'intérieur du territoire français « sans aucun droit de regard des autorités nationales » et « sans limitation dans l'espace et dans le temps ». Ils en déduisaient qu'avait lieu un transfert de souveraineté et une atteinte aux « libertés individuelles ».

Le Conseil Constitutionnel estime que la procédure de poursuite transfrontalière régie par l'article 41 de la Convention et dont les modalités d'exercice ont fait l'objet d'une déclaration du Gouvernement de la République sur le fondement du paragraphe 9 de l'article 41, n'est ni générale, ni discrétionnaire. Cette procédure n'est applicable qu'à des hypothèses où il y a soit des infractions flagrantes d'une particulière gravité, soit une volonté de la part de la personne poursuivie de se soustraire à la justice de son pays. Les agents poursuivants ne disposent en aucun cas du droit d'interpellation et l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur est interdite. (Considérant 38). En raison des modalités de son exercice, la procédure de poursuite transfrontalière ne procède pas à un « transfert de souveraineté ». (Considérant 39).

S'agissant de l'atteinte aux « libertés individuelles », l'article 41 de la Convention ne prévoit ni n'implique de dérogations aux dispositions de la législation nationale qui ont pour objet d'assurer la sauvegarde de la liberté individuelle et des droits de la défense. Le respect de ces dispositions

s'impose aux agents poursuivants des Parties contractantes. D'ailleurs, s'agissant de la rétention aux fins d'auditions de la personne poursuivie, l'article 41 renvoie, dans son paragraphe 6, aux « règles pertinentes du droit national ». (Considérant 40).

Aussi, les Sages décident que n'est pas contraire à la Constitution, la loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

297. Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation prévoit que la circonstance que les agents d'un État partie à la Convention de Schengen aient continué sur le territoire français la poursuite d'une personne sans se conformer aux prescriptions de l'article 41 de ladite convention, est sans incidence sur la régularité de la dénonciation, par les autorités de cet État, effectuée conformément à l'article 113-8 du Code pénal, des infractions reprochées à la personne ayant fait l'objet de la poursuite⁴³⁰.

F. La coopération internationale policière : Interpol.

298. L'action de l'État en matière de police s'adapte au caractère international de la criminalité. Ainsi, les États ont décidé de la création d'une institution policière à caractère international à savoir l'Organisation internationale de police criminelle dénommée Interpol. En France, le décret numéro 75-431 du 26 mai 1975⁴³¹ fixe les attributions du bureau central national de l'organisation internationale de police criminelle (Interpol). Il convient de préciser que le siège de cette institution se trouve en France dans la ville de Lyon sur le fondement de la loi numéro 72-1165 du 23 décembre 1972, loi qui autorise l'approbation de l'accord de siège entre le gouvernement de la République française et l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol). L'article premier du décret précité précise que le bureau central national institué au ministère de l'Intérieur au sein de la direction centrale de la police judiciaire est le correspondant de l'Organisation internationale de police criminelle pour l'ensemble des services qui participent à la constatation, à la recherche et à la répression des crimes et délits entrant dans la compétence de l'organisation internationale en application de ses statuts.

⁴³⁰ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 9 juillet 2003, N° de pourvoi: 03-82239. Inédit, non publié au bulletin. Rejet. M. Cotte président, M. Desportes conseiller rapporteur, MM. Le Gall, Challe, Mme Anzani, M. Dulin, Mme Thin conseillers de la chambre ; Mmes Agostini, Caron, Menotti conseillers référendaires ; Avocat général, M. Di Guardia. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

⁴³¹ Source : ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 4 juin 1975, pp. 5571-5572.

299. Le bureau central national de l'Organisation internationale de police criminelle a pour mission : premièrement, de centraliser, établir et transmettre, soit à l'Organisation internationale de police criminelle pour les États étrangers, soit au service français compétent, la documentation relative aux crimes et délits visés à l'article premier du décret précité, à leurs auteurs et complices, quand ils font l'objet de demandes de recherches à l'étranger par les autorités judiciaires ou de police française ou, en France, par les autorités judiciaires ou de police étrangères, en vue de poursuites judiciaires ; deuxièmement, de coordonner et d'assurer à l'étranger la continuité de l'action des services chargés d'une part, de constater les crimes et délits susvisés et d'autre part de rechercher leurs auteurs et complices pour les déférer à la justice ; troisièmement, de diffuser en français à l'étranger les mandats des autorités judiciaires, à la requête de celles-ci, et les demandes de recherche des services compétents, concernant les auteurs et complices de crimes et délits ci-dessus spécifiés ; quatrièmement, de faciliter l'exécution des commissions rogatoires, mandats et enquêtes concernant ces auteurs et complices ; cinquièmement, de fournir les moyens en sa possession et de procurer ceux de l'Organisation internationale de police criminelle pour assurer la coopération judiciaire et policière internationale contre les crimes et délits susvisés, leurs auteurs et complices.

300. Les services français de la police nationale et de la gendarmerie nationale doivent solliciter les recherches et les renseignements à l'étranger par l'intermédiaire du bureau central national de l'Organisation internationale de police criminelle. Les autorités judiciaires peuvent avoir recours au bureau central national. (Article trois du décret susvisé). Lorsqu'il y a urgence, les services français entrent en rapport direct avec leurs homologues des pays frontaliers. Ils en avisent immédiatement les autorités judiciaires compétentes et le service régional de police judiciaire, qui en informe sans délai le bureau central national.

Les missions à l'étranger des fonctionnaires de la direction centrale de la police judiciaire et des militaires de la gendarmerie, ainsi que l'assistance prêtée par ces fonctionnaires et militaires à des missions de policiers étrangers en France, doivent s'accomplir après en avoir avisé le bureau central national, outre l'autorité judiciaire compétente. Les enquêtes, renseignements et arrestations concernant des étrangers recherchés en France pour les infractions commises à l'étranger ou les Français ayant commis des crimes et délits à l'étranger sont sans délai portés à la connaissance du bureau central national et du service régional de police judiciaire, outre l'information immédiate donnée au magistrat compétent.

301. **S'agissant du domaine de l'extradition,** on doit souligner que l'acte administratif édicté dans une perspective internationale n'échappe plus au contrôle du juge. De cette manière, le juge

administratif français déclare l'acte en cause comme étant détachable des relations diplomatiques de la France. Cette solution fut retenue par la justice administrative pour ce qui concerne les décrets accordant l'extradition depuis l'arrêt d'assemblée en date du 30 mai 1952 « Dame Kirkwood », *recueil Lebon*, p. 291 ; cette solution a été récemment étendue aux décisions administratives rejetant une demande d'extradition (Conseil d'État, Assemblée, 15 octobre 1993, « Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong », *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*⁴³², grand arrêt n° 102, pp. 733-740 ; *recueil Lebon*, p. 267, conclusions Vigouroux).

La personne peut être appréhendée par la force publique en vertu de l'exécution d'un mandat de justice. Elle peut également faire l'objet d'une mesure de vérification d'identité, mesure qui obéit à un régime juridique spécifique.

§ 2. Les vérifications d'identité : des vérifications strictement encadrées.

302. L'objet de cette vérification d'identité consiste à retrouver l'identité de la personne qui « refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité » (article 78-3 du CPP). En raison de l'atteinte à la liberté individuelle, cette vérification a été placée sous la seule responsabilité des officiers de police judiciaire dûment habilités par le Procureur Général (article 78-3 alinéa 1^{er} du CPP). Par conséquent, sont compétents pour effectuer une vérification d'identité : dans la police nationale, les fonctionnaires du corps des commissaires et ceux du corps de officiers de police, dès lors qu'ils sont titulaires ; dans la gendarmerie nationale, les officiers, les gradés, ainsi que les gendarmes qui comptent au moins trois ans de service et ont acquis la qualité d'O.P.J.

Dans le cas où le contrôle d'identité est opéré dans le cadre d'une opération de police administrative, les autorités de police détiennent les pouvoirs qui, dans des circonstances particulières, permettent de procéder à des vérifications d'identité mais n'autorisent pas à retenir, fût-ce provisoirement des personnes qui n'ont commis aucune infraction ou qui ne sont pas soupçonnées d'en avoir commis⁴³³.

303. Le Conseil constitutionnel a placé le débat juridique sur le plan de la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteinte à l'ordre public, notamment, à la sécurité des

⁴³² LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2003, 962 p.

⁴³³ Cour de cassation, chambre criminelle, 05 janvier 1973 « FRIEDEL », in *AJDA* 1973, p. 600.

personnes et des biens, nécessaires l'une et l'autre à la sauvegarde de droits à valeur constitutionnelle. (Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 « Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », *Journal officiel* du 22 janvier 1981, p. 308 ; considérant 62.)

Les alinéas 2 à 5 de l'article 76 de la loi prévoyaient que « lorsqu'une personne ne justifie pas sur place de son identité, les officiers et agents visés à l'alinéa précédent peuvent, en cas de nécessité, la conduire dans un local de police afin de lui permettre d'apporter tout élément justifiant de cette identité. Dès son arrivée au local de police, cette personne est présentée sans délai à un officier de police judiciaire et mise de plein droit en mesure de prévenir aussitôt sa famille ou toute personne susceptible de confirmer son identité ou de lui permettre de le faire. Ces opérations doivent être effectuées avec courtoisie. »

Lorsqu'une personne ne veut ou ne peut apporter aucun élément permettant de justifier de son identité, l'officier de police judiciaire devant qui elle aura été présentée, pourra procéder aux opérations nécessaires à l'établissement de son identité. Toute personne ainsi conduite dans un local de police ne pourra être retenue que pour la durée strictement nécessaire à la vérification de son identité, sans que cette durée puisse excéder six heures. Ce délai court à compter de l'invitation mentionnée au premier alinéa ci-dessus. L'intéressé peut demander à tout moment que le procureur de la République soit averti aussitôt de la mesure dont il fait l'objet. Ce magistrat peut décider qu'il y sera mis fin. La personne concernée est avisée de ses droits dès son arrivée au local de police.

L'article 76 précité réserve en certains cas à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative ; ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties en vue d'assurer le respect de la liberté individuelle. En effet, dès lors que de telles procédures sont établies par la loi dans le respect des règles constitutionnelles, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative.

Le législateur, en vue d'empêcher les abus, a entouré de nombreuses précautions la procédure de contrôle et de vérification de l'identité qu'il institue. Aussi, il appartiendra aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables.

304. Il convient d'étudier le régime juridique applicable à la rétention qui porte atteinte à cette liberté constitutionnellement reconnue qu'est la liberté individuelle. Comme le proclamait Adolphe

DAUNOU, au début du XIX^{ème} siècle, « la liberté est la pleine jouissance des garanties individuelles. Ne pas la vouloir, c'est trouver bon que les personnes demeurent exposées à des arrestations, détentions, exils et bannissements arbitraires [...] ; Où sont les charmes, les délices d'un tel régime ? »⁴³⁴.

Aussi, l'État doit prévoir un aménagement de la contrainte inhérente à la vérification d'identité (A) ; et, la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte doit bénéficier de garanties (B).

A. L'aménagement de la contrainte inhérente à la vérification d'identité.

305. Nécessairement, la vérification d'identité s'accompagne de la contrainte, eu égard à sa finalité : l'élucidation d'une identité inconnue. La rétention se définit ainsi comme la détention d'une personne aux fins de découvrir son identité. Elle doit répondre à l'un des cas de nécessité mesurée par l'existence de motifs prévus par la loi et contrôlée grâce à leur expression concrète exigée par la jurisprudence. Il convient d'étudier les motifs de la rétention (1), avant d'examiner les conditions d'exécution de la rétention (2).

1) Les motifs de la rétention.

306. La rétention partage avec la recherche de l'identité les motifs de sa mise en œuvre. En conséquence, elle ne peut être effectuée que dans l'hypothèse où la personne contrôlée refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité. Malgré son importance, compte tenu de l'atteinte portée à la liberté d'aller et de venir, la loi n'a pas prévu la preuve du motif, qui repose en grande partie sur la conscience des agents de la force publique. De cette façon, leurs déclarations et la relation qu'ils en font dans les procès-verbaux attestent une fois soumises à l'intime conviction du juge, la réalité du motif de la rétention.

⁴³⁴ DAUNOU (Adolphe), *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, FOULON et CIE, Paris, MDCC.XIX, 245 p. « La liberté est la pleine jouissance des garanties individuelles. Ne pas la vouloir, c'est trouver bon que les personnes demeurent exposées à des arrestations, détentions, exils et bannissements arbitraires ; les propriétés, à des spoliations irrémédiables ; l'industrie, à tous les genres d'entraves ; les facultés intellectuelles et morales, aux plus dures contraintes, et au plus stupide engourdissement. Où sont les charmes, les délices d'un tel régime ? Par quels attraits peut-il séduire une nation tout entière ? Et comment supposer que dans un siècle auquel on reproche ses lumières, trente millions d'hommes puissent devenir à ce point ennemis d'eux-mêmes et de leur postérité ? » *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société, Chapitre IX « Comment les garanties individuelles peuvent devenir inviolables dans un pays où elles ne l'ont jamais été. »*, pp. 210- 211.

L'impossibilité de justifier de son identité recouvre des situations diverses. Ainsi, la personne interpellée ne peut produire un document attestant son identité, ne l'ayant pas sur elle. Il peut exister une impossibilité relative, à savoir l'impossibilité de justifier sur le champ de son identité. Il lui suffira alors de passer à son domicile pour produire un document probatoire.

Un autre motif de la vérification d'identité est constitué par le refus opposé par la personne contrôlée, ou bien le fait de fournir une fausse identité, ou de communiquer une adresse erronée.

2) Les conditions d'exécution de la rétention.

307. Le Conseil constitutionnel avait considéré que « l'exact respect de ces prescriptions (relatives au fond et à la forme de la rétention) limite les contraintes imposées à la personne qui n'a pas pu ou n'a pas voulu justifier de son identité à ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle et dont la poursuite motive la vérification d'identité. »⁴³⁵

308. Jean MORANGE considère que l'argumentation suivie par le Conseil constitutionnel pourrait susciter des critiques, dont l'une la plus évidente n'est pas nécessairement la plus pertinente. Et, nous abondons en ce sens. En effet, on pourrait faire valoir que le Conseil admet la restriction de libertés directement reconnues par la Constitution pour assurer la sauvegarde de droits seulement « de valeur constitutionnelle ». La protection des droits, dont le contenu n'est pas précisé, n'est qu'un effet indirect de la liberté. Il est évident que la sécurité des biens et des personnes doit être assurée par l'État en ce sens qu'il doit lui-même les respecter mais aussi les faire respecter. Les principales libertés publiques perdraient une grande partie de leur signification si cette sécurité n'était pas assurée.

309. L'ordre public est la condition de l'exercice des libertés. Cette conception que Christophe VIMBERT appelle consubstantialité, peut ici s'appliquer *mutatis mutandis*. Son essai de systématisation de l'appréciation de l'ordre public par le Conseil constitutionnel nous semble artificiel. En effet, à notre sens, il ne peut qu'exister entre l'ordre public et les libertés qu'une conciliation nécessaire à effectuer⁴³⁶.

310. Par ailleurs, Jean MORANGE⁴³⁷ s'interroge sur les motivations du Conseil constitutionnel, eu égard « à ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle et dont la poursuite motive la vérification d'identité. »

⁴³⁵ CC, décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, précitée.

⁴³⁶ VIMBERT (Christophe), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *RDP*, pp. 693-745.

⁴³⁷ MORANGE (Jean), « Les vérifications d'identité », in *AJDA* 1981, pp. 285-291.

311. Il convient de déterminer la consistance de ces fins. La vérification d'identité vise l'identification des délinquants ; la recherche des délinquants est une des missions essentielles de l'État. Ces vérifications peuvent être fructueuses quant à ce but. Toutefois, l'apparition de la rétention à fins de vérification d'identité a été controversée en France mais également en Espagne⁴³⁸. En effet, cette privation de liberté peut être dans certains cas, sans rapport direct avec la commission d'un délit et pour ce qui concerne l'Espagne, la rétention semblait exclue du cadre constitutionnel. Depuis 1983, la rétention se présente comme l'unique support de toute vérification d'identité, aménagée parallèlement à la garde à vue. Elle s'en inspire tant pour le placement que pour la durée.

La décision de placer une personne en rétention incombe à l'officier de police judiciaire auquel elle doit être immédiatement présentée. Préalablement, lorsqu'il n'a pas lui-même pratiqué le contrôle d'identité, l'officier de police judiciaire devra s'assurer de l'existence du motif de la rétention pour décider éventuellement de l'élargissement de celui qui aurait été retenu indûment. La loi lui impose d'apprécier la nécessité de la mesure coercitive. Ainsi, la personne proposant d'aller immédiatement, en compagnie des policiers, chercher un document probatoire à son domicile, le policier pourrait-il considérer qu'il n'y a pas lieu à placement en rétention. Le lieu d'exécution de la rétention se fait soit sur place soit dans le local de police (article 78-3 alinéa 1^{er} CPP). Mais, la rétention sur place semble être difficile de mise en œuvre pour des raisons juridiques, à savoir la nécessité de la présence de l'officier de police judiciaire, alors que le contrôle est effectué principalement par les agents de police judiciaire.

Il convient de ne pas obombrer la différenciation opérée pour le placement en rétention. L'Administration doit isoler la personne retenue de la personne gardée à vue.

312. En ce qui concerne la durée de la rétention, celle-ci est étroitement encadrée. Le législateur s'est inspiré d'une technique utilisée par la Convention européenne des Droits de l'Homme qui consiste à fixer la durée de la détention dans une double limite. La rétention doit durer « le temps strictement exigé par l'établissement d'identité », sans pouvoir excéder quatre heures (article 78-3 alinéa 3 CPP). En conséquence, sont instaurées une limite-plancher et une limite-plafond. S'agissant de la computation de la durée de la rétention, le point de départ est normalement situé à l'instant où a été effectué le contrôle d'identité. De cette manière, la limite-plancher est celle du temps strictement nécessaire à la découverte de l'identité.

Aussitôt que l'identité de la personne retenue a été révélée, celle-ci doit être relâchée, une fois qu'a été rédigé le procès verbal de vérification légalement imposé. Le Procureur de la République

⁴³⁸ CAMBOT (Pierre), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, Paris, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, 513 p.

peut ainsi mettre fin à tout moment à cette rétention (article 78-3 alinéa 3 *in fine* CPP). Cette disposition reprend une solution traditionnelle dégagée en matière de garde à vue. La limite-plafond, à savoir quatre heures, constitue le temps maximal dont dispose l'officier de police judiciaire pour identifier une personne. Une fois ce délai écoulé, il a l'obligation de libérer ladite personne, quel que soit le résultat de ses investigations. Et s'il ne l'observe pas, il encourt des poursuites du chef de détention arbitraire (article 432-4 du Code Pénal).

313. À l'aune de l'article 78-3 du CPP, deux niveaux de recherche se dégagent. Ceux-ci se concrétisent par deux vérifications d'identité d'une intensité différente : la vérification sommaire et la vérification technique. La vérification sommaire se définit comme étant la recherche de l'identité d'une personne par des moyens non techniques et marque la première étape obligatoire du dispositif d'établissement de l'identité. Elle a pour objet de mettre l'intéressé en mesure de fournir par tout moyen, les éléments permettant d'établir son identité ou de procéder s'il y a lieu aux vérifications nécessaires sans l'apport des techniques de l'identité judiciaire. (Article 78-3, alinéa 1^{er} du CPP).

La vérification technique, quant à elle, se définit comme étant la recherche de l'identité d'une personne par l'emploi des moyens de l'identité judiciaire, c'est-à-dire principalement par les empreintes digitales et les photographies.

B. Les garanties accordées à la personne soumise à une vérification d'identité.

314. Le législateur a apporté des garanties à la personne mise en rétention, conformes aux prévisions de l'article 5 (paragraphe 2 à 5) de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le législateur a souhaité que la personne soit, dès la décision de la retenir, placée sous la protection d'un officier de police judiciaire. Son choix s'est porté sur l'O.P.J. puisqu'il détient une compétence exclusive en matière de détention des personnes dans l'enquête de police. Dès que l'intéressé est présenté à l'officier de police judiciaire, ce dernier doit l'informer immédiatement de ses droits d' « aviser le Procureur de la République de la vérification dont il est l'objet » et de « prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix » (article 78-3 alinéa 1^{er} du CPP). L'ensemble du dispositif de recherche de l'identité a été placé sous le contrôle du Procureur de la République, du Procureur général et de la Chambre d'accusation (article 78-1 alinéa 1^{er} du CPP).

Ce contrôle est opéré pendant la durée de la rétention et a pour objet de veiller au déroulement de la détention et à l'utilisation des mesures d'identité judiciaire. Après l'accomplissement de la vérification, le Procureur de la République doit vérifier que l'O.P.J. en a

respecté les règles. Ainsi, le procès-verbal de vérification s'analyse en un moyen indispensable du contrôle du Procureur de la République. Les mentions obligatoires s'entendent des motifs du contrôle d'identité et de sa vérification consécutive, les conditions de la présentation et d'information de l'intéressé quant à l'exercice de ses droits et le jour et l'heure du début et de la fin de la rétention.

Ce contrôle vise un certain nombre de garanties procédurales pour sauvegarder les droits de la personne mise en rétention. Jean MORANGE est critique quant à son efficacité. Tout d'abord, il dénonce la surcharge de travail des magistrats du Parquet. Mais, ceci est une donnée factuelle et non juridique. Il dénonce par ailleurs le caractère hiérarchisé du Parquet et sa soumission au pouvoir politique. Mais depuis 1981, les choses en la matière ont évolué. Le juge constitutionnel a prévu « qu'il appartiendra aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral (les précautions prises par le législateur) ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables. Ainsi, c'est l'autorité judiciaire qui se présente comme la gardienne de la liberté individuelle.

Hélène L'HEUILLET a bien montré que le soupçon était l'âme de la police. « Le soupçon est la preuve de l'autonomie de la police. C'est lui qui est à l'origine de la sélection effectuée par la moindre des patrouilles nocturnes, pour décider d'interpeller celui-ci plutôt que celui-là et d'intervenir ici plutôt que là »⁴³⁹.

Cette affirmation n'a jamais été aussi vraie depuis que la notion d'« indice faisant présumer » a laissé place à celle de « une ou plusieurs raisons plausibles ». Cette condition vague et imprécise pourra engendrer une interprétation très extensive en faveur des cas de contrôle d'identité. Et, la circulaire du 10 janvier 2002 tendant à prescrire une identité de sens entre ces deux notions se révèle inefficace en ce que le vocabulaire juridique est un vocabulaire précis dont chaque terme a une signification propre.

315. La personne peut par la suite en fonction des éléments à charge être placée en garde à vue. La mesure de garde à vue constitue le cœur de la contrainte employée par la force publique. Eu égard à son caractère attentatoire au regard de la liberté d'aller et de venir, cette mesure doit être strictement encadrée.

⁴³⁹ L'HEUILLET (Hélène), *Basse politique, haute police*, Fayard, précité, spécialement Chapitre 2 « L'instance du soupçon », p. 240 et suivantes.

II. La garde à vue : une mesure de police judiciaire sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

316. La garde à vue constitue une mesure de police judiciaire nécessaire à l'action de la force publique pour traduire les auteurs d'infractions devant la justice. Cette mesure de contrainte portant atteinte à la liberté d'aller et de venir, celle-ci fait l'objet d'un encadrement particulièrement strict par le Ministère public (§ 1). De cette façon, l'autorité judiciaire vise à assurer la conciliation entre la liberté d'aller et de venir et la nécessaire recherche des auteurs d'infractions. De surcroît, l'encadrement juridique de la garde à vue réside dans un contrôle juridictionnel, qui permet de garantir les droits des personnes placées en garde à vue (§ 2).

§ 1. L'encadrement de l'emploi de la contrainte de la force publique par le Ministère public.

317. La force publique exerce sa contrainte lorsqu'elle met en œuvre les pouvoirs de police judiciaire qui lui sont attribués, sous le contrôle du Ministère public. De cette façon, le Parquet encadre l'action de la force publique dans le déploiement de la contrainte que celle-ci est amenée à opérer pour accomplir sa mission éminente de recherche des auteurs d'infractions. Le contrôle effectué par les magistrats du Ministère public réside dans l'exercice des pouvoirs de police judiciaire utilisés par la force publique. Il convient donc de s'intéresser au rôle du Parquet pour ce qui a trait à l'encadrement de l'action de la force publique investie de pouvoirs de police judiciaire (A), avant d'étudier la compétence matérielle des membres de la force publique exerçant des missions de police judiciaire (B).

A. Le contrôle du Ministère public sur l'action de la force publique.

318. La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre⁴⁴⁰. Le procureur de la République et le juge d'instruction ont le libre choix des formations auxquelles appartiennent les officiers de police judiciaire. (Article 12-1). La police judiciaire est placée, dans chaque ressort de cour d'appel, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction conformément aux articles 224 et suivants. Elle est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions. (Article 14).

La police judiciaire comprend : les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire.

Afin de comprendre l'objet de la présente étude, l'on ne doit pas adopter une vision anhistorique. Ainsi, le recours à l'histoire est riche d'enseignements **(1)**. De surcroît, eu égard au rôle éminent exercé par le Ministère public, il est particulièrement intéressant d'étudier cette institution judiciaire d'un point de vue comparé **(2)**.

1) Les origines de la police judiciaire en France.

319. En France, la police judiciaire naquit sous la III^{ème} République⁴⁴¹. La circulaire en date du 4 avril 1908 adressée aux préfets par le ministre de l'Intérieur et Président du Conseil, Georges Clemenceau explicite le décret daté du 30 décembre 1907, décret qui crée 12 brigades régionales de police mobile, contresigné par les ministres de l'Intérieur et de la Justice (décret publié au Journal Officiel de la République française en date du 24 janvier 1908).

Le décret du 30 décembre 1907 institua en France 12 brigades régionales de police mobile. En procédant à cette innovation, le gouvernement a pour but unique de doter la France d'un organisme devenu indispensable de préservation sociale. Il a voulu faire rechercher et poursuivre par

⁴⁴⁰ Article 12 du Code de procédure pénale. Partie législative, Livre Ier : De l'exercice de l'action publique et de l'instruction, Titre Ier : Des autorités chargées de l'action publique et de l'instruction, Chapitre Ier : De la police judiciaire.

⁴⁴¹ BERLIÈRE (Jean-Marc), LÉVY (René), *Histoire des polices en France, de l'Ancien Régime à nos jours*, éditions Nouveau Monde, Paris, 2011, 768 pages. Jean-Marc BERLIÈRE est historien et Professeur émérite à l'Université de Bourgogne ; et, René LÉVY, sociologue, est directeur de recherches au CNRS.

des agents expérimentés, se déplaçant rapidement, investis d'une compétence étendue, les malfaiteurs de toutes catégories, auxquels l'extension et le perfectionnement des moyens de communication offrent de jour en jour des facilités plus grandes d'évasion et que trop souvent ne peuvent atteindre les polices locales, indépendantes les unes des autres, sans contact de commune à commune, enfermées dans d'étroites et d'infranchissables juridictions. Établir entre ces polices le lien qui leur manque, continuer et prolonger leur action sur tout le territoire, et aussi remplacer, à l'occasion, celles qui font défaut en de nombreux endroits, voilà l'objet primordial de la récente création.

Ainsi que comporte l'article premier du décret étudié, les commissaires divisionnaires, commissaires et inspecteurs de police mobile ont pour mission exclusive (et Georges Clemenceau précise dans le texte même de la circulaire : « j'en ai pris l'engagement formel devant les Chambres lorsque je leur ai demandé les crédits nécessaires »), de seconder l'autorité judiciaire dans la répression des crimes et des délits de droit commun. Ils ne doivent donc jamais, qu'ils soient au siège de leur brigade ou en route dans l'étendue de leur circonscription, être détournés par Messieurs les préfets et sous-préfets de leurs attributions nettement définies, qui consistent, d'une part, dans une collaboration immédiate avec les parquets pour l'exercice de la police répressive, et, d'autre part, dans la recherche et la constatation spontanée des flagrants délits, en vertu des pouvoirs propres d'officiers de police judiciaire conférés aux commissaires par le Code d'instruction criminelle (le Code d'instruction criminelle était alors le code en matière pénale en vigueur).

320. Le ministre de l'Intérieur Georges Clemenceau précise que « [l]es enquêtes à caractère administratif et surtout à caractère politique leur sont rigoureusement interdites. » Le rôle très important qui est dévolu aux brigades régionales de police mobile est tracé avec précision dans une circulaire du Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Cultes (à l'époque, l'attribution des cultes était dévolue au ministre de la Justice et non au ministre de l'Intérieur comme cela est le cas de nos jours sous la Ve République).

Lorsque l'auteur d'un crime ou d'un délit aura fui, les commissaires divisionnaires préviendront, en donnant son signalement, s'il est connu, à leurs collègues de la région où il sera présumé s'être rendu, ainsi qu'à la police du lieu où il aurait des chances d'être arrêté. Ils avertiront en même temps, par le télégramme, le Contrôle Général des Recherches, qui insérera leur communication au Bulletin de Police Criminelle ou procédera aux besoins, par voie de télégramme circulaire.

Lorsqu'ils auront effectué des opérations de sérieuse importance, telles que les arrestations de criminels très dangereux, de bandes de nomades, de cambrioleurs, de pickpockets, dont les

méfais auront soulevé l'émotion et l'inquiétude publique, ils en donneront avis, par une note succincte, au maire de la commune, au sous-préfet de l'arrondissement et au préfet du département où l'événement se sera accompli. Les commissaires divisionnaires rendront compte directement au ministre de l'Intérieur, non de la marche, mais du résultat de chacune des opérations répressives et préventives faites d'après les ordres et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Ils lui feront connaître tous leurs déplacements personnels et les déplacements de leurs subordonnés. Il est indispensable que la Direction de la Sûreté Générale suive constamment l'action des brigades, enregistre le produit de leurs efforts, fasse converger ceux-ci vers un profit collectif, apprécie la sincérité et la légitimité des dépenses, dont le paiement lui incombe entièrement sur le fondement de l'article trois du décret du 30 décembre 1907.

La création de la police judiciaire fut, en France, une innovation remarquable afin que la force publique s'adapte (et, comme tout service public, cette adaptabilité est fondamentale) aux phénomènes nouveaux à l'époque de la criminalité qui sévissait dans un ressort territorial plus vaste que la compétence territoriale des polices locales compétentes⁴⁴². La force publique qui déploie sa contrainte par le recours aux pouvoirs de police judiciaire qui lui sont dévolus, est contrôlée par les magistrats du Ministère public. Cette institution peut reposer sur des fondements juridiques de valeur juridique différente ; cette différence marquant ainsi une importance plus ou moins grande que l'État attache à l'institution.

Le Ministère Public exerce un contrôle sur la police judiciaire ; eu égard à l'importance de son rôle au sein du système pénal, des États lui ont conféré une valeur juridique constitutionnelle.

2) La création du Ministère public d'un point de vue comparé : une différence de fondement juridique : la constitutionnalisation du Ministère public par l'État de Basse Californie (Mexique)

321. En France, la création du Ministère public fut réalisée sur le fondement d'une norme à valeur législative. Des États ont constitutionnalisé l'institution du Ministère public, voulant ainsi marquer la grande importance de l'institution au sein de leur système pénal. Au **Mexique**, la Constitution de

⁴⁴² En ayant recours à une analogie et en se plaçant dans le cadre de l'Union européenne, il convient que les États membres fassent montre d'un esprit de coopération et d'entraide judiciaires en vue de lutter de manière efficace contre les phénomènes de criminalité transnationale : d'où la très grande utilité de la création du mandat d'arrêt européen, voir supra Section deuxième. Les arrestations et la garde à vue : le cœur de la contrainte de la force publique, I. La contrainte exercée par la force publique : la phase d'arrestation et la phase de la vérification d'identité, §1. Les fondements de l'arrestation : l'exécution des mandats de justice, Le mandat d'arrêt européen : la coopération au sein de l'Union européenne.

l'État de Basse Californie⁴⁴³ consacre l'institution du Ministère public en son Titre cinquième, Chapitre trois. L'article 69 énonce que le ministère public est l'institution chargée de l'enquête et de la poursuite des infractions, lequel est aidé par la police qui agit sous son autorité et sous son commandement immédiat. Il est également en charge de l'exacte observance des lois dans les cas où son intervention est requise.

À cette fin, il doit exercer les actions contre les auteurs d'infractions à ces lois ; il doit rendre effectif les droits consacrés par l'État et le Procureur doit présenter l'auteur devant les tribunaux. De la même manière, il ressortit à cette institution l'obligation de protéger les intérêts des mineurs et des incapables, aussi bien que les droits individuels et sociaux dans les termes que la loi prévoit.

322. L'article 70 énonce la hiérarchie du ministère public. Cette institution se compose au sein de l'État du Procureur Général de Justice, des Sous-procureurs et Agents du Ministère Public. Les Sous-procureurs et Agents du Ministère Public seront nommés et révoqués par le Gouverneur de l'État sur proposition du Procureur, et dans la forme que la loi détermine (article 72). Le parquet se trouve donc sous la subordination directe du pouvoir politique à l'instar du modèle prévalant dans le cadre de la République française.

323. Puis, l'État de Basse Californie édicta un Code de procédure pénale⁴⁴⁴ qui prévoit que le Ministère public possède la compétence pour l'exercice de l'action pénale (article 76 du Code de procédure pénale de l'État de Basse Californie). Le Ministère public agit selon des critères

⁴⁴³ La Constitution politique de l'État libre et souverain de Basse Californie fut publiée au *Journal officiel de l'État de Basse Californie* [*Periódico Oficial*] numéro 23, du 16 août 1953, tome LXVI. Il convient ici de préciser que l'État de Basse Californie ne doit pas être confondu avec l'État de Basse Californie du Sud. L'État de Basse Californie fait partie intégrante et de manière inséparable de la fédération constituée par les États-Unis du Mexique (article premier de la Constitution politique précitée). Cet État exerce sa souveraineté sur la portion du territoire national qui lui a été reconnu dans le cadre de la Constitution politique des États-Unis du Mexique (article deux). À l'instar des divers États fédérés constituant les États-Unis du Mexique, la base de la division territoriale et de l'organisation politique administrative de l'État est le « Municipio » libre (article trois de la Constitution). La capitale de l'État de Basse Californie est la ville de Mexicali, où résident les pouvoirs ; ceux-ci ne peuvent se déplacer en un autre lieu que sur l'accord des deux tiers du nombre total de députés qui forment le Congrès de l'État (article 96 de la Constitution susvisée).

Source : *Journal officiel de l'État de Basse Californie* consultable par la voie électronique à l'adresse suivante, <https://periodicooficial.ebajacalifornia.gob.mx/portal/gobierno/periodico_indice.jsp> ; et, Congrès de l'État de Basse Californie (Congreso del Estado de Baja California), Pouvoir législatif de l'État de Basse Californie (Poder legislativo del Estado de Baja California), site électronique institutionnel : <<http://www.congresobc.gob.mx/>>

⁴⁴⁴ Le Code de procédure pénale de l'État de Basse Californie fut publié au *Journal officiel de l'État de Basse Californie*, organe du gouvernement constitutionnel de l'État de Basse Californie, du 19 octobre 2007, numéro 43, tome CXIV, 218 p.

d'opportunité. (Article 79 du Code de procédure pénale étudié). Toutefois, il convient de préciser qu'il ne pourra appliquer le principe d'opportunité des poursuites dans les cas d'infraction contre le développement de la personnalité et dans le cas de violence conjugale, lesquels affectent gravement l'intérêt public (article 79 I du Code de procédure pénale susvisé). L'application du critère d'opportunité engendrera l'extinction de l'action pénale. (Article 82 du Code de procédure pénale précité).

Le Code de procédure pénale en son Titre cinquième intitulé « Les sujets du procès », Chapitre premier intitulé « Ministère public et organes auxiliaires », Section 1 intitulée « Ministère Public », en son article 104, détermine les fonctions du Ministère public. Le Ministère public exerce l'action pénale selon la forme établie par la loi, et pratique ou ordonne tous les actes d'enquête nécessaires pour découvrir la vérité sur les faits ou en matière de dénonciation. De la même manière, il dirige l'enquête. Dans l'accomplissement de ses fonctions, le Ministère public veille à ce que la police respecte le principe de la légalité dans ses actes d'enquête. (Article 104, alinéa deuxième du Code de procédure pénale de l'État de Basse Californie).

Pour l'accomplissement des actes qu'impose l'exercice de ses fonctions et dans les limites que fixent les constitutions fédérales et locales, les traités internationaux ratifiés par l'État mexicain et les lois qui émanent de ceux-ci, le Ministère public pourra disposer de manière discrétionnaire de l'intervention de la force publique (article 105 II du Code de procédure pénale de l'État de Basse Californie). Ainsi, la force publique agit sous le contrôle direct du Parquet. En effet, pour accomplir certains actes de police, les membres de la force publique doivent avoir la qualité d'officier ou d'agent de police judiciaire.

324. Apprécier la légalité d'un acte de police suppose que soient tranchées deux questions, à savoir celle de l'agent qui est l'auteur de l'acte et celle de l'enquête au sein de laquelle cet acte a été pris. La première question qui est relative à la personne qui est l'auteur de l'acte de police sous-tend la solution de la seconde question relative au type d'enquête menée, car les pouvoirs contenus dans les enquêtes de police sont répartis en fonction de la compétence dévolue à chaque agent. Cette question revêt donc une importance certaine. Toutefois, il convient de souligner que cette question se révèle d'une complexité relativement grande car, à côté des agents, policier ou gendarme, dont la matière policière constitue la compétence de droit commun, le Code de procédure pénale prévoit, en la matière, l'intervention de « fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire » (article 22 et suivants du Code de procédure pénale). De surcroît, des lois spéciales sont venues multiplier le nombre d'agents habilités à intervenir dans le domaine policier, dans des

domaines techniques où la force publique n'intervient pas naturellement. Aussi, il est bon d'étudier la compétence des agents de la force publique, ainsi que celle des agents auxiliaires.

La compétence des agents de la force publique constitue une question juridique souvent délaissée et pourtant d'une importance capitale, puisque la compétence est, en principe, d'ordre public. Subséquemment, une violation des règles qui la régissent, devrait entraîner la nullité de la procédure, sans qu'il soit besoin de caractériser une atteinte aux droits de la défense. Sous l'angle de la technique juridique, le Code de procédure pénale a réglé le problème de la compétence par la création de capacités de police judiciaire ainsi que par l'utilisation des cadres administratifs existants.

Ainsi, le législateur, au lieu d'énumérer pour chaque acte la liste des agents capables de l'exécuter, a créé plusieurs capacités judiciaires, entre lesquelles il a réparti les divers actes de police judiciaire qui constituent la compétence matérielle des agents. De surcroît, le législateur s'est fondé sur les qualités administratives des fonctionnaires et des militaires investis de pouvoirs de police judiciaire pour attribuer ces diverses capacités ; le législateur s'est, de la même manière, fondé sur les circonscriptions administratives des divers services de l'État afin de déterminer leur compétence territoriale.

B. La compétence matérielle des membres de la force publique exerçant des missions de police judiciaire.

325. S'agissant de la police judiciaire, l'article 14 du Code de procédure pénale dispose que la police judiciaire est chargée, « de constater les infractions à la loi pénale... ». L'une des « distinctions » ainsi énoncées à l'article 14 du Code de procédure pénale est explicitée à l'article 15 du même code. De cette manière, la police judiciaire comprend : premièrement, les officiers de police judiciaire, deuxièmement, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, et, troisièmement, les fonctionnaires et agents auxquels sont attribués par la loi certaines fonctions de police judiciaire. Cette distinction revêt ainsi une importance capitale en ce sens que toutes les dispositions du Code de procédure pénale relatives aux interventions de police judiciaire, qu'il s'agisse des diligences de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire ou de l'exécution d'une commission rogatoire ou bien encore des contrôles et vérifications d'identité, font référence à cette distinction, en fonction de laquelle est déterminée la capacité judiciaire d'un agent, au sens large.

326. En outre, les lois spéciales, qui déterminent les agents habilités à l'effet de constater les infractions qu'elles définissent et qui prévoient dans certains cas l'accomplissement par ces agents d'investigations spécifiques, font presque toujours appel aux critères de distinction entre les OPJ, les APJ, les APJA et les agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire. Autrement dit, il convient donc de souligner que l'officier de police judiciaire se trouve investi par la loi d'une pleine capacité judiciaire. L'agent de police judiciaire visé à l'article 20 du Code de procédure pénale ne se voit accorder, outre la mission essentielle qui consiste à seconder dans l'exercice de leurs fonctions les officiers de police judiciaire, qu'une compétence d'attribution. L'agent de police judiciaire adjoint prévu à l'article 21 du Code de procédure pénale ne jouit que d'une compétence d'attribution plus réduite encore que celle dévolue à l'agent de police judiciaire. Le fonctionnaire ou l'agent auxquels sont attribués par la loi certaines fonctions de police judiciaire ne possèdent qu'une compétence d'attribution que l'on peut qualifier d'étroite ou de restreinte.

327. De cette manière, dans chacun des cadres juridiques définis par le Code de procédure pénale et dans lesquels tout acte de police judiciaire doit, de manière impérative, s'inscrire, le législateur a procédé à une modulation de la capacité judiciaire des membres de la force publique de chacune des catégories déterminées par l'article 15 du Code de procédure pénale. Il convient de souligner que le législateur a réservé au seul officier de police judiciaire l'accomplissement des diligences armées de coercition et/ou de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux de l'être humain.

Ainsi, l'agent de police judiciaire est compétent en vue d'accomplir les actes de l'enquête préliminaire sur le fondement de l'article 20 du Code de procédure pénale, à l'exception de la mise en garde à vue, mesure qui ressortit de la compétence de l'officier de police judiciaire. L'officier de police judiciaire peut dans les conditions et selon les modalités prévues par le Code de procédure pénale procéder à une vérification d'identité, tandis que les agents de police judiciaire ainsi que les agents de police judiciaire adjoints sont, en la matière, incompetents.

328. Il convient d'examiner les diverses catégories d'agents constitués par la loi pénale qui participent à l'exécution de la mission de police judiciaire. Il conviendra également de préciser la capacité judiciaire, c'est-à-dire les attributions des agents au sens large de chacune de ces catégories, soit au sein de l'action de police judiciaire prenant place dans l'un des grands cadres juridiques susvisés, soit en vertu des dispositions de la loi spéciale constituant le cadre juridique de leur action.

Les membres de la police judiciaire apportent un concours direct à l'administration de la justice. Aussi, ils ne peuvent pas à l'instar d'autres catégories de fonctionnaires et agents publics, être soumis uniquement au contrôle hiérarchique de leurs supérieurs. Il constitue de véritables auxiliaires

des juges⁴⁴⁵. Les pouvoirs importants, dont ils disposent, peuvent porter gravement atteinte à la liberté des personnes ; et, il importe que le souci d'efficacité n'engendre pas des abus.

329. C'est la raison pour laquelle l'activité de police judiciaire est placée sous la direction du Procureur de la République qui seul dispose de la possibilité d'autoriser certaines catégories d'actes de police. La loi datée du 15 juin 2000 vient renforcer les attributions du magistrat du parquet. Il convient de souligner, qu'aux termes de l'article 13, la police judiciaire est dans le ressort de chaque cour d'appel placée sous la surveillance du procureur général. Dans ce cadre, il échet à ce magistrat d'habiliter un membre des forces de police ou de gendarmerie à exercer les missions de police judiciaire. Selon le parallélisme normal des formes, il dispose également d'une possibilité de retrait ou de suspension de cette habilitation.

Concernant cette dernière mesure, celle-ci répond à une procédure particulière, procédure qui permet à la personne sanctionnée d'avoir la possibilité d'exercer une voie de recours devant une commission spécifique de la Cour de Cassation. En outre, la chambre de l'instruction peut prendre, dans le cadre de la procédure prévue par les articles 224 et suivants du Code de procédure pénale une mesure de nature disciplinaire. Aux termes de l'article 13 du Code de procédure pénale, la police judiciaire est placée « sous le contrôle de la chambre de l'instruction », laquelle constitue l'autorité judiciaire compétente pour exercer un véritable pouvoir disciplinaire, dont la sanction principale est l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer les fonctions de police judiciaire. Cette responsabilité reçoit la qualification de responsabilité quasi disciplinaire par certains auteurs⁴⁴⁶.

330. Cette responsabilité n'est pas sans susciter quelques problèmes puisqu'elle peut de manière éventuelle venir se cumuler avec les sanctions disciplinaires infligées par les supérieurs hiérarchiques du fonctionnaire de police ou du militaire de la gendarmerie mis en cause ainsi qu'avec les décisions prises par le procureur général dans le cadre de son pouvoir de surveillance.

331. Le contrôle de la police judiciaire par l'autorité judiciaire. Celui-ci n'est pas récent puisqu'il était déjà organisé par les articles 279 à 282 du Code d'instruction criminelle. Il semble cependant que ce contrôle n'ait jamais été véritablement exercé⁴⁴⁷. Le Code de procédure pénale redynamise cette procédure, notamment en permettant à la juridiction de se saisir d'office. Il convient ici de

⁴⁴⁵ Voir en ce sens, VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) et VARINARD (A.), *Institutions judiciaires*, Dalloz, collection « Précis », Paris, huitième édition, 2005, 985 p. ; numéro 556 et suivants.

⁴⁴⁶ DECOCQ (André), MONTREUIL (Jean) et BUISSON (Jacques), *Le Droit de la police*, deuxième édition, LITEC, Paris, 1998, 868 p. ; numéros 1527 et suivants.

⁴⁴⁷ Voir en ce sens, MERLE (Roger) et VITU (André), *Traité de droit criminel*, Cujas, Paris, 7^{ème} édition, 2000, 1068 p.

souligner que les dispositions de nature législative sont loin d'être précises. En effet, le législateur en se bornant, dans son titre, à viser le contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire n'a nullement indiqué le champ d'application de ce contrôle. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation daté du 12 mai 1992⁴⁴⁸ est donc particulièrement précieux puisqu'il apporte une définition précise du domaine dans lequel la chambre de l'instruction peut agir.

Le contrôle de la chambre de l'instruction avait à l'origine été restreint aux seuls officiers de police judiciaire, fonctionnaires civils ou militaires. Celui-ci est aujourd'hui étendu aux agents de police judiciaire en vertu de la loi du 28 juillet 1978 ainsi qu'aux agents de police judiciaire adjoints et à tous les fonctionnaires et agents chargés de l'exercice de certaines fonctions de police judiciaire par la loi du 4 janvier 1993 (article 230 du Code de procédure pénale). De nos jours, les personnes qui, quel que soit leur statut, jouissent d'attributions de police judiciaire, sont donc soumises au contrôle, dès lors qu'elles ont la qualité de fonctionnaires (article 29 du Code de procédure pénale). Seuls donc les maires et les adjoints échappent à ces dispositions pénales (voir André Decocq, Jean Montreuil et Jacques Buisson, précité, numéro 1529).

332. La question est en revanche beaucoup plus délicate, lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application du contrôle par rapport aux actes concernés. Si l'on s'en tient au texte, l'article 224 du Code de procédure pénale énonce que le contrôle s'exerce sur les officiers et agents de police judiciaire « pris en cette qualité ». Une interprétation stricte de cette expression pourrait conduire à des solutions pour le moins discutables en écartant des faits qui, réalisés dans le cadre de la fonction, n'auraient rien à voir avec celle-ci. Tel ne fut pas la conception adoptée par la chambre criminelle dans son arrêt du 12 mai 1992. En effet, dans son attendu de principe particulièrement clair, la Haute juridiction précise qu'est soumis au contrôle « tout acte d'un officier ou d'un agent de police judiciaire qui se rattache à l'exercice des fonctions de police judiciaire, telles qu'elles sont définies par l'article 14 du Code de procédure pénale ». Ce texte détermine les différentes attributions de la police judiciaire, lesquelles sont la constatation des infractions, le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs lorsque l'information n'est pas ouverte ; et après cette ouverture, l'exécution des décisions des juridictions d'instruction et la réponse aux réquisitions de ces dernières.

333. Les textes du Code de procédure pénale sont totalement muets sur la nature ou le type de faute qui pourrait être relevée à l'encontre du policier ; l'article 226 du Code de procédure pénale se borne à évoquer la personne en cause. L'arrêt en date du 28 février 1997, notamment, permet de se faire une meilleure idée des reproches qui peuvent justifier la sanction disciplinaire susvisée. Les

⁴⁴⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 12 mai 1992, « Procureur général de Nîmes », *Bulletin criminel*, n° 185 ; *Droit pénal* 1992, n° 243, observations A. MARON.

textes juridiques ne fournissant aucune indication sur la faute qui peut motiver l'intervention de l'autorité judiciaire de contrôle, il faut donc admettre que cette faute consiste, notamment dans des négligences réalisées dans l'exécution d'un acte de procédure accompli par la personne mise en cause.

Il peut s'agir, par exemple, de la garde à vue. Faute d'indications précises, cette faute est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ; en l'espèce, celle de la chambre de l'instruction (voir en ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 10 janvier 1995 cité par A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, précité). Dans ce cas, l'officier de police judiciaire a été sanctionné pour avoir soumis une personne gardée à vue à un traitement humiliant portant gravement atteinte à la dignité humaine.

334. Le pouvoir accordé aux chambres de l'instruction de contrôler la police judiciaire donne naissance à une responsabilité et à des sanctions, dont le statut n'est pas absolument clair. Cette responsabilité est par essence disciplinaire. Certains auteurs utilisent une terminologie qui laisse transparaître une certaine hésitation en la matière (« responsabilité quasi-disciplinaire » pour A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, précité, numéro 1527 ; J. Buisson, *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, « Force publique », numéro 61). Cette forme de responsabilité doit cohabiter avec la responsabilité disciplinaire traditionnelle, laquelle est assurée dans le cadre du pouvoir hiérarchique, par l'autorité investie du pouvoir de nomination. Il convient de relever, à ce propos, que la loi en date du 15 juin 2000 a inséré un article 15-1 dans le Code de procédure pénale, article relatif aux enquêtes administratives concernant des officiers de police judiciaire ou des adjoints de police judiciaire pour les comportements relatifs à l'exercice des missions de police judiciaire. En vertu de ce texte, l'inspection générale des services doit être obligatoirement associée aux enquêtes diligentées. Lorsqu'une telle enquête est ordonnée par le ministre de la Justice, celle-ci est dirigée par un magistrat.

335. En outre, les sanctions prononcées par l'agent de l'instruction ne sont pas incompatibles avec celles que peut prendre le procureur général sur la base de son pouvoir général de surveillance de la police judiciaire (voir en ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 mai 1988, *bulletin criminel*, numéro 194 ; Dalloz 1988 sommaire 357, observations J. Pradel).

336. Si l'on considère que la procédure suivie devant la chambre d'instruction est conforme à l'article six paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle de la Cour de Cassation apporte d'utiles indications relativement à la nature de la responsabilité encourue par les fonctionnaires de police judiciaire dans ce cadre. En acceptant le pourvoi et surtout en admettant qu'il a un caractère suspensif, elle donne d'autres éléments qui

apportent un éclairage différent. Les articles 224 à 230 du Code de procédure pénale, qui traitent de la procédure de contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire devant la chambre de l'instruction, n'envisagent pas la possibilité d'un recours contre la mesure prononcée. Le pourvoi en cassation n'est pas évoqué. La chambre criminelle, bien qu'elle n'ait pas été sollicitée sur cette question de droit, se prononce néanmoins, dans un attendu de principe, non seulement pour admettre la recevabilité du pourvoi, mais encore pour décider de son caractère suspensif. La solution est clairement affirmée. Toutefois, elle n'est d'aucune manière démontrée.

En effet, l'unique motif allégué est que l'on se trouve en présence d'une décision juridictionnelle. En l'absence de toute indication dans les textes relatifs au contrôle de l'activité de la police judiciaire, le droit à un pourvoi peut être juridiquement fondé sur l'article 567 du Code de procédure pénale, aux termes duquel les arrêts de la chambre de l'instruction sont susceptibles de pourvoi. Il ne s'agit pas d'une décision sur la procédure concernant cette juridiction, mais il convient de ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas (Professeur André VARINARD).

Le droit à un recours en cassation étant un principe général, seul un texte formel peut exclure cette voie de droit lorsque l'on se trouve en présence d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort (voir R. Merle et A. Vitu, tome deux, numéro 856).

La Haute juridiction judiciaire s'était prononcée sur le caractère non suspensif du recours exercé par l'officier de police judiciaire devant la commission ainsi que de celui diligenté devant la Cour de Cassation (Cour de Cassation, assemblée plénière, 1er juillet 1994, bulletin assemblée plénière, numéro 263 ; *JCP* 1994, IV, 2152 ; *Dalloz* 1994. jur. 445, conclusions M. Jéol). En faisant ces différences, la chambre criminelle estime donc implicitement que la mesure prise par les chambres de l'instruction est potentiellement plus grave que la mesure de retrait prise par le procureur général. La chambre criminelle de la Cour de Cassation l'a confirmé en décidant que ces mesures, lesquelles ont pour objet d'assurer le bon fonctionnement de la police judiciaire, sont des mesures d'administration judiciaire. Elles ne constituent donc pas des sanctions amnistiables (Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 janvier 1998, Bulletin criminel, numéro 14 ; *Dalloz* 1998. Informations rapides, 81).

Ainsi, les deux types de sanctions peuvent être motivés par les mêmes faits (voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 mai 1988, précité). De cette manière, la différence de régime juridique applicable à ces deux types de sanctions peut se concevoir et s'expliquer.

Néanmoins, ces différences n'apparaissent guère cohérentes et celles-ci pouvaient conduire à des solutions contestables. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'intervenir, rendant ainsi

caduque la jurisprudence commentée. En effet, la loi en date du 15 juin 2000 est venue modifier l'article 227 du Code de procédure pénale en ajoutant *in fine* au texte que « cette décision [celle qui inflige sanction] prend effet immédiatement ». Ce faisant, le législateur adopte une position qui pourrait conduire à penser que la mesure n'est pas une véritable sanction disciplinaire puisque la règle de l'effet suspensif, propre à la procédure pénale, n'est pas applicable. En refusant de considérer que les décisions de la chambre de l'instruction rendues en la matière, entrent dans le champ d'application de l'article six paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Cassation va dans le même sens.

337. Pour le Professeur André VARINARD, « les sanctions prises par les chambres de l'instruction, dans le domaine du contrôle de la police judiciaire, restent de type assez indéterminé. Sanctions disciplinaires peut-être, mais elles peuvent s'ajouter à d'autres sanctions, de même nature, prononcées par l'autorité hiérarchique et à des mesures d'un type identique prises par le procureur général »⁴⁴⁹.

338. Le contrôle de l'autorité judiciaire. La décision du Conseil constitutionnel, décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 (*Recueil* p. 217), constitue la principale décision sur la garde à vue. Le Conseil a validé le principe du placement en garde à vue par l'officier de police judiciaire dans la mesure où l'autorité judiciaire⁴⁵⁰ est immédiatement avertie et que cet avertissement place le déroulement sous son pouvoir de contrôle (considérant 3).

339. Au plan de la protection européenne des droits de l'Homme, l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose que toute personne arrêtée soit présentée « aussitôt » devant « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». À propos de l'affaire dite « Medvedyev »⁴⁵¹, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a rappelé que le parquet ne constitue pas une juridiction au sens de cet article. Cela interdit que la présentation à un magistrat du parquet d'une personne privée de sa

⁴⁴⁹ Observations sous la décision de la chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 12 mai 1992, « Procureur général de Nîmes », et sous la décision de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 26 février 1997, « Foll » ; ces deux décisions, ayant été réunies par l'auteur dans *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, Paris, cinquième édition, 2006, 414 p. ; grand arrêt numéro cinq, pp. 54-71.

⁴⁵⁰ Les Sages dans la décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 ont approuvé la possibilité que la première prolongation de la garde à vue soit décidée par un magistrat du parquet. C'est à l'occasion de l'examen de cette disposition que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a jugé que « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet » (considérant 5).

⁴⁵¹ *Medvedyev et Autres c. France*, [Grande Chambre], n° 3394/03, 29 Mars 2010, § 124, *Recueil des arrêts et décisions* 2010.

liberté puisse satisfaire à l'exigence imposée par cet article. Tirant argument de cette jurisprudence, certains requérants soutenaient que le contrôle de la garde à vue par le procureur de la République serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et, par extension, à l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle.

Un tel argument était doublement erroné tant au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme que de celle du Conseil constitutionnel. Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle a fait l'objet de décisions de la Cour de Strasbourg et du Conseil constitutionnel qui conduisent à des exigences qui, en pratique, sont analogues, bien que les normes de référence soient différentes.

L'argumentation selon laquelle le contrôle du parquet sur la garde à vue ne satisferait pas à la Convention européenne des droits de l'homme, résulte d'une lecture erronée de la jurisprudence de cette dernière. Si l'article 63 du CPP implique que le procureur de la République soit averti du placement en garde à vue dans les plus brefs délais possibles, ce qui signifie immédiatement, sauf circonstances particulières imposant le report de cette information, en revanche, l'article 5 § 3 de la Convention européenne n'a jamais signifié que la présentation devant une autorité judiciaire ait lieu immédiatement.

La Cour européenne n'a, à ce jour, jamais fixé à quel laps de temps correspond l'exigence de traduire « aussitôt » devant un juge une personne privée de liberté. En se fondant sur la divergence entre les versions française et anglaise de la Convention (en anglais « promptly »), la Commission a longtemps estimé qu'une période de quatre jours, en cas d'infraction pénale de droit commun, et de cinq jours, dans des hypothèses exceptionnelles, peut passer pour compatible avec la condition de célérité fixée à l'article 5 § 3 de la Convention. Toutefois, la décision *Brogan*⁴⁵², en 1988, a mis fin à cette position. Saisie d'une affaire de terrorisme dans laquelle la garde à vue avait duré quatre jours et six heures, la Cour a, tout en admettant que la nature des infractions en cause pouvait justifier un délai plus long qu'en matière d'infraction de droit commun, jugé qu'« on élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'"aussitôt" si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un " autre magistrat" » (§ 62). En matière d'infraction de droit commun, le délai paraît plus court puisque la Cour a déjà constaté une violation pour un délai de trois jours et vingt-trois heures⁴⁵³.

⁴⁵² *Brogan et autres c. Royaume Uni*, n° 11209/84 ; 1123/84 ; 11266/84 ; 11386/85, 29 novembre 1988, série A 145-B.

⁴⁵³ *Kandjov c. Bulgarie*, n° 68294/01, § 66, 6 novembre 2008.

340. Dès sa décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 (*Recueil* p. 15), le Conseil constitutionnel a jugé qu'au-delà de quarante-huit heures « l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution » (considérant 25). Dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, le Conseil, saisi de la question de la prolongation de la garde à vue après les premières vingt-quatre heures, a jugé, que, « si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la République dans les conditions prévues par la loi déferée ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution » (considérant 5).

341. Dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil confirma sa jurisprudence sur ce point. Il rappela qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet (considérant 26)⁴⁵⁴. Il confirma qu'au-delà de quarante-huit heures de privation de liberté, l'article 66 de la Constitution impose que la privation de liberté soit placée sous le contrôle d'un magistrat du siège. Il en a logiquement déduit que les pouvoirs reconnus au procureur de la République pour contrôler la garde à vue et le cas échéant autoriser son renouvellement ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution.

La mesure de garde à vue représente une atteinte si grande à la liberté d'aller et de venir, qu'elle doit être soumise à un régime juridique qui accorde des garanties à la personne placée en garde à vue.

§ 2. Une mesure de police judiciaire nécessitant des garanties.

342. Le placement en garde à vue, en application des articles 63 et suivants du Code de procédure pénale, d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, a le caractère d'une opération de police judiciaire. Il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges survenus à l'occasion d'un tel placement⁴⁵⁵. Quel que soit le régime applicable aux investigations en cours à savoir le régime de l'enquête préliminaire (article 77 du CPP), le régime de la flagrance (article 63 du CPP) ou le régime applicable à la commission rogatoire (article 154 du CPP), c'est à l'officier de police judiciaire (OPJ) qu'appartient la décision de placer une personne en garde à vue. Cela constitue, pour

⁴⁵⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, « M. Daniel W. et autres » [Garde à vue], *Recueil* p. 179 et *Journal officiel de la République française* du 31 juillet 2010, p. 14198.

⁴⁵⁵ Tribunal des Conflits, 22/03/2004, « M. X », N° C3390, publié au *recueil Lebon* ; M. Robineau, président ; M. Daniel Chabanol, rapporteur, M. Lamy, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance, <www.legifrance.gouv.fr>

l'OPJ, une faculté et non une obligation⁴⁵⁶. La loi a progressivement restreint (loi du 4 janvier 1993) puis prohibé (loi du 15 juin 2000) la possibilité de placer en garde à vue les simples témoins. De cette manière, ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes à l'encontre desquelles il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre » une infraction. Quant aux témoins, ils ne peuvent désormais être retenus que « le temps strictement nécessaire à leur audition », mais cette retenue ne constitue pas une garde à vue. Le gardé à vue étant traité comme un suspect, il ne prête pas serment lorsqu'il est entendu, même sur commission rogatoire du juge d'instruction (77-2 du CPP).

La garde à vue constitue donc une mesure de police judiciaire, qui par essence porte atteinte à la liberté d'aller et de venir. Aussi, cette mesure est particulièrement encadrée par le juge judiciaire qui fait son office de gardien de la liberté individuelle en s'assurant que le principe constitutionnel suivant lequel « [n]ul ne peut être arbitrairement détenu » est respecté dans les conditions prévues par la loi⁴⁵⁷. Il convient donc de déterminer la notion de garde à vue (A), avant d'étudier la protection des droits de la personne gardée à vue (B).

A. Définition de la garde à vue.

343. La notion de garde à vue nécessite d'être définie avec précision au regard de l'atteinte engendrée à la liberté individuelle ; le principe cardinal de la présomption d'innocence devant toujours être présent (1). Cette mesure présente des particularités en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants, particularités qu'il convient d'étudier (2).

1) La substance de la mesure de contrainte de la garde à vue.

344. La garde à vue est la mesure de police judiciaire permettant de retenir dans certains locaux non pénitentiaires, pour une durée limitée variable selon le type d'infraction, les personnes qui tout en n'étant ni condamnées ni même poursuivies, doivent rester à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie pour les nécessités de l'enquête⁴⁵⁸. Cette mesure a longtemps été une pratique tolérée. Seul l'article 307 du décret « organique » du 20 mai 1903 prévoyait que les gendarmes disposaient de vingt-quatre heures pour conduire devant le procureur de la République les personnes arrêtées en délit flagrant, avant que le Code de procédure pénale, en 1957, n'impose un

⁴⁵⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 28 juin 2000, n° 99-81688, *bulletin* n° 251.

⁴⁵⁷ Constitution du 04 octobre 1958, Titre VIII « De l'autorité judiciaire », article 66.

⁴⁵⁸ Annexe à l'exposé des motifs du projet de loi portant institution d'un Code de procédure pénale, Annexe 1, rapport de M. A. Besson, procureur général près la Cour de cassation, § 79, *J.O. du Conseil de la République*, p. 877.

cadre légal, qui a été remanié à plusieurs reprises, notamment après une sévère condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 1992⁴⁵⁹.

En effet, cette mesure de police doit être rendue compatible avec la présomption d'innocence, le respect des droits de la défense et la prohibition de la détention arbitraire auxquels elle est susceptible de porter atteinte. Ainsi, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, amendée par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, puis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, ont encadré la garde à vue, renforçant, d'une part, le contrôle de l'autorité judiciaire et, d'autre part, les droits de la personne gardée à vue.

345. Toutefois, ces protections ont vu leur portée encadrée et limitée par des lois plus récentes : loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure ; loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

346. Il convient de préciser que la garde à vue se distingue du placement en chambre de dégrisement, placement qui constitue une mesure administrative prévue par l'article L. 3341-1 du Code de la santé publique. Ainsi, « [u]ne personne trouvée en état d'ivresse dans les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics, est, par mesure de police, conduite à ses frais au poste le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison. »

347. Pour ce qui concerne la détermination de la notion de garde à vue, il faut relever que le critère de la garde à vue est le recours à la contrainte par l'OPJ, de sorte que l'audition dans les locaux de police sans contrainte n'impose pas le placement en garde à vue⁴⁶⁰ et que le temps des auditions réalisées avant l'usage de la contrainte ou après qu'elle a cessé, n'est pas intégré dans le décompte de la durée de la garde à vue.

⁴⁵⁹ *Tomasi c. France*, 27 août 1992, n° 12850/87, série A n° 241-A.

⁴⁶⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 6 mai 1997, n° 96-80369 et n° 97-81026 ; et, Cour de cassation, chambre criminelle, 19 janvier 2000, n° 99-86090. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

348. Depuis l'année 2000, la jurisprudence a fait du placement en garde à vue une obligation pour tout interrogatoire faisant suite à une interpellation et une privation, ne serait-ce qu'un instant, de la liberté. Il n'est donc plus possible qu'un suspect soit retenu selon le régime applicable aux témoins, c'est-à-dire, « le temps strictement nécessaire à son audition ». Désormais, l'audition de toute personne interpellée se déroule dans le cadre de la garde à vue, ce qui peut avoir pour effet d'en augmenter la durée puisque le placement en garde à vue, d'une part, retarde le moment de l'audition (obligation de notification préalable des droits, et attente de l'arrivée de l'avocat s'il est demandé). Et, d'autre part, cela retarde le moment de la mise en liberté au regard de la nécessité de solliciter les instructions du parquet sur la suite à donner à la procédure.

Dans certains domaines, la garde à vue peut être soumise à un régime juridique spécifique. La consistance de la particularité de la garde à vue tient à la matière qu'elle concerne : la criminalité organisée, le terrorisme et le trafic de stupéfiants.

2) La garde à vue en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants.

349. Les modalités de la garde à vue peuvent présenter des particularités au regard du type de la criminalité ; aussi, dans les cas d'infractions dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et de trafic de stupéfiants, le régime juridique français offre moins de protections pour les gardés à vue **(a)**. La France étant membre du Conseil de l'Europe et bénéficiant de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est particulièrement fructueux d'étudier la position de la juridiction de la Cour de Strasbourg en matière de terrorisme **(b)**.

a) La consistance de la particularité de la garde à vue en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants en droit français.

350. Certaines infractions présentent une particulière complexité, notamment compte tenu de l'organisation de leurs auteurs. Cela a conduit à un régime moins protecteur des gardes à vue dans le cadre de ces infractions en particulier dans le domaine du terrorisme et du trafic de stupéfiants. Ainsi, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a instauré un régime particulier pour les gardes à vue en matière de terrorisme⁴⁶¹ (articles 706-16 et suivants du CPP). Et, la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 a

⁴⁶¹ La décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, a déclaré conforme à la Constitution le report à la soixante-douzième heure de l'intervention de l'avocat en matière d'infraction relative au terrorisme et aux stupéfiants. Le Conseil a repris la même motivation que celle qui avait conduit à valider le report à la trente-sixième heure en matière de délinquance organisée. (Considérant 19).

prévu un régime de garde à vue particulier en matière de participation à une association de malfaiteurs, d'infractions de proxénétisme aggravé, d'extorsion de fonds ou d'infractions commises en bande organisée.

351. La loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, a instauré un régime de garde à vue dérogatoire en matière de trafic de stupéfiants. De plus, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 élargit le champ d'application de cette garde à vue exceptionnelle à une liste d'infractions relevant de la délinquance organisée, fixée par l'article 706-73 du CPP.

352. Concernant la durée de la garde à vue, celle-ci peut être prolongée jusqu'à quarante-huit heures supplémentaires, par décision d'un magistrat du siège (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), en une ou deux étapes. En matière de terrorisme⁴⁶², depuis la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, la prolongation peut porter la durée totale de la garde à vue à six jours pour des motifs exceptionnels touchant au risque d'imminence d'un acte terroriste et sur autorisation du seul juge des libertés et de la détention.

353. En outre, la personne gardée à vue ne jouit du droit de s'entretenir avec un avocat qu'à la quarante-huitième heure, voire à la soixante-douzième en cas de terrorisme ou de trafic de stupéfiants.

b) La garde à vue en matière de terrorisme dans le droit européen des droits de l'homme.

354. En **droit européen des droits de l'homme**, la Cour européenne des droits de l'homme statua sur la matière des arrestations dans le cadre de la lutte anti-terroriste⁴⁶³. Aux termes de l'article 5 § 1 de la Convention, « [t]oute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après

⁴⁶² La décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, a validé la possibilité d'une prolongation de la garde à vue par un magistrat du siège, de quarante-huit heures supplémentaires, ce qui porte la durée totale de garde à vue à quatre-vingt-seize heures en matière de terrorisme (considérant 17).

⁴⁶³ Voir en matière de terrorisme nord-irlandais, *O'Hara c. Royaume-Uni*, n° 37555/97, 16 octobre 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-X, pour un cas de non-violation de l'article 5-1 de la Convention ; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, n° 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30 août 1990, série A n° 182, pour un cas de violation de l'article 5-1 de la Convention.

l'accomplissement de celle-ci. »

355. La Cour souligne que la « plausibilité » des soupçons sur lesquels doit se fonder l'arrestation constitue un élément essentiel de la protection offerte par l'article 5 § 1 c) de la Convention. L'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou de renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction. Ce qui peut passer pour plausible dépend toutefois de l'ensemble des circonstances (*Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1990, série A n° 182, p. 16, § 32)⁴⁶⁴.

356. À cet égard, la criminalité terroriste pose des problèmes particuliers, la police pouvant être appelée, dans l'intérêt de la sécurité publique, à arrêter un terroriste présumé sur la base de données fiables mais que l'on ne peut révéler au suspect ou produire en justice sans en mettre en danger la source. Toutefois, si l'on ne peut exiger des États contractants qu'ils établissent la plausibilité des soupçons motivant l'arrestation d'un terroriste présumé en divulguant des sources confidentielles de renseignement, la Cour a jugé que la nécessité de combattre la criminalité terroriste ne saurait justifier que l'on étende la notion de « plausibilité » jusqu'à porter atteinte à la substance de la garantie assurée par l'article 5 § 1 c) de la Convention. Même dans ces circonstances, le gouvernement défendeur doit fournir au moins certains faits ou renseignements propres à convaincre la Cour qu'il existait des motifs plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis l'infraction alléguée (arrêt *Fox, Campbell et Hartley* précité, pp. 16-18, §§ 32-34)⁴⁶⁵.

357. On peut également faire observer que l'alinéa c) de l'article 5 § 1 ne présuppose pas que la

⁴⁶⁴ La « plausibilité » des soupçons sur lesquels doit se fonder une arrestation constitue un élément essentiel de la protection offerte par l'article 5 § 1 c) contre les privations de liberté arbitraires. Avec la Commission et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, la Cour estime que l'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction. Ce qui peut passer pour « plausible » dépend toutefois de l'ensemble des circonstances.

À cet égard, la criminalité terroriste entre dans une catégorie spéciale. Devant le risque de souffrances et de perte de vies humaines dont elle s'accompagne, la police est forcée d'agir avec la plus grande célérité pour exploiter ses informations, y compris celles qui émanent de sources secrètes. De surcroît, il lui faut souvent arrêter un terroriste présumé sur la base de données fiables mais que l'on ne peut révéler au suspect, ou produire en justice à l'appui d'une accusation, sans en mettre en danger la source.

⁴⁶⁵ Les requérants affirmaient ne pas avoir été arrêtés et détenus sur la base de raisons « plausibles » de les soupçonner d'une infraction. L'article 11 § 1 de la loi de 1978 sur l'état d'urgence en Irlande du Nord (Northern Ireland (Emergency Provisions) Act) autorisait « tout agent de police à arrêter sans mandat toute personne qu'il soupçon[nait] de terrorisme ». À leurs yeux, il se heurtait de plein front à l'article 5 § 1 c) en ce qu'il ne prévoyait aucune condition de plausibilité. Avec la Commission, les intéressés estimaient que le dossier ne révélait pas l'existence de soupçons plausibles à l'origine de leur arrestation.

L'article 5 § 1 c) vise des soupçons « plausibles » et non pas seulement authentiques et sincères. Il n'appartient pourtant pas à la Cour de contrôler *in abstracto* la législation en cause, mais d'en examiner l'application en l'espèce. Aux yeux de la majorité de la Commission, dont les requérants partagent l'opinion, le Gouvernement n'a fourni aucune précision permettant de conclure que les soupçons pesant sur les intéressés au moment où on les appréhenda étaient « plausibles » au sens de l'article 5 § 1 c).

police ait rassemblé des preuves suffisantes pour porter des accusations au moment de l'arrestation. L'objet d'un interrogatoire pendant une détention au titre de l'alinéa c) de l'article 5 § 1 est de compléter l'enquête pénale en confirmant ou en écartant les soupçons concrets fondant l'arrestation. Ainsi, les faits donnant naissance à des soupçons ne doivent pas être du même niveau que ceux nécessaires pour justifier une condamnation ou même pour porter une accusation, ce qui intervient dans la phase suivante de la procédure de l'enquête pénale (arrêts *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, série A n° 145-B, p. 29, § 53, et *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, série A n° 300-A, p. 27, § 55). (§ 36).

358. En l'espèce, la Cour rappelle que le requérant, un ressortissant irlandais, M. Gerard Patrick O'Hara avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme le 20 mai 1997 au titre de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le requérant était, et est toujours, un membre éminent du Sinn Fein. Il a été arrêté par la police à plusieurs reprises et a saisi la justice d'allégations, entre autres, d'arrestation arbitraire, de voies de fait et de mauvais traitements en rapport avec six incidents. À l'issue d'une procédure entamée au sujet d'incidents survenus en 1988 et le 19 mars 1993, la justice lui accorda une indemnité (montant non précisé). Vers janvier 1994, il se vit allouer une indemnité de 2 500 livres sterling (GBP) pour un incident s'étant produit à Guildhall Square le 16 mars 1993, le juge ayant considéré que l'intéressé avait été arbitrairement arrêté par les policiers, qui pour l'appréhender avaient prétexté d'un manque de coopération dont il aurait fait preuve lorsqu'ils l'avaient invité à décliner son identité alors qu'ils savaient parfaitement qui il était. La présente espèce se rapporte à l'arrestation du requérant opérée en 1985 relativement au meurtre de M. Kurt Konig, un ressortissant allemand qui travaillait pour l'entreprise de restauration desservant les commissariats de police à Londonderry. Il fut tué le 21 novembre 1985. L'IRA provisoire revendiqua la responsabilité du meurtre. Le Gouvernement affirme que les Services spéciaux reçurent des renseignements d'après lesquels le requérant et trois autres personnes étaient impliqués dans le meurtre. Ces renseignements provenaient de quatre indicateurs qui s'étaient avérés fiables dans le passé et avaient notamment fourni des informations qui avaient permis de saisir des explosifs ou des armes à feu et d'entamer des poursuites. Aucun d'eux n'avait de casier judiciaire. Les renseignements fournis par lesdits indicateurs étaient cohérents en ce sens que tous quatre identifiaient de la même manière les personnes impliquées dans le meurtre, et indépendants dans la mesure où aucun des indicateurs n'avait connaissance de l'existence des autres, chacun ayant livré ses informations lors d'un entretien séparé avec les policiers.

Les Services spéciaux communiquèrent au commissaire R. de la Police royale de l'Ulster (Royal Ulster Constabulary – « RUC ») les renseignements d'après lesquels le requérant était membre de l'IRA provisoire et était impliqué dans le meurtre. Le commissaire R. répercuta les renseignements à l'inspecteur B., qui les transmit à son tour à l'agent S. Le 28 décembre 1985 vers 6 heures-6 h 15 du matin, l'agent S. se rendit au domicile du requérant et y effectua une perquisition. À l'issue de celle-ci, S. arrêta le requérant. Il l'avisait qu'il l'arrêterait au titre de l'article 12 § 1 b) de la loi de 1984 portant dispositions temporaires en matière de prévention du terrorisme, loi qui habilitait les policiers à arrêter sans mandat toute personne qu'ils avaient des motifs plausibles de soupçonner de participer ou d'avoir participé à l'accomplissement ou à la préparation d'actes de terrorisme, ou à l'incitation à de tels actes.

Le 29 décembre 1985, le ministre pour l'Irlande du Nord prorogea de cinq jours au-delà de la période initiale de quarante-huit heures la période de détention du requérant. L'intéressé fut relâché, sans avoir été inculpé, le 3 janvier 1986 à 19 heures, après avoir passé six jours et treize heures en garde à vue. Au cours de cette période, il fut interrogé par des policiers qui n'obtinrent de lui aucune réponse. Il contesta la légalité de son arrestation au travers d'une procédure devant les juridictions internes, qui rejetèrent ses griefs.

359. La Cour relève d'abord le critère établi par le droit interne quant aux soupçons requis pour justifier une arrestation : ceux-ci doivent être sincères et fondés sur des motifs raisonnables (article 12 § 1 b) de la loi de 1984). Aussi convient-il de distinguer la présente espèce des affaires *Fox, Campbell et Hartley* et *Murray* précitées, dans lesquelles la Cour se pencha sur des griefs visant des arrestations effectuées au titre de dispositions qui n'exigeaient que des soupçons sincères. En l'occurrence, les allégations du requérant aux termes desquelles son arrestation ne reposait pas sur des motifs plausibles de croire qu'il avait commis une infraction, furent examinées par les juridictions internes à trois degrés distincts. Au cours de la procédure, le policier auteur de l'arrestation, l'agent S., déposa au sujet des circonstances ayant entouré l'arrestation, et le requérant eut l'occasion de l'interroger. Pareille procédure doit être considérée comme fournissant en soi une garantie significative contre les arrestations arbitraires. (§ 38).

Quant aux motifs ayant présidé à l'arrestation du requérant, l'agent S. déclara au cours de sa déposition qu'un de ses supérieurs lui avait donné lors d'un briefing des informations d'après lesquelles le requérant était soupçonné d'avoir participé au meurtre de Kurt Konig. L'avocat du requérant n'interrogea pas l'agent S. plus avant pour savoir quelles informations lui avaient été communiquées lors du briefing. De même, aucune démarche ne fut entreprise pour que fussent appelés à témoigner d'autres policiers ayant participé à l'arrestation du requérant et à son placement en détention, tel le policier auteur du briefing. Par ailleurs, le requérant ne formula

aucune demande de divulgation visant les preuves documentaires existantes concernant l'arrestation. Il soutient devant la Cour que c'était aux autorités de police défenderesses qu'il incombait de citer les témoins nécessaires pour établir la légalité de l'arrestation. Le Gouvernement rétorque qu'il n'y avait aucun motif de citer comme témoin quelque autre policier que ce fût, aucun problème n'ayant été soulevé concernant leur rôle dans les événements. La Cour observe qu'en effet très peu de preuves (le juge de la High Court les qualifia de « maigres ») furent produites concernant les circonstances ayant entouré l'arrestation litigieuse, cela s'expliquant en grande partie par le fait qu'au stade du procès, le requérant mit surtout l'accent sur ses allégations de voies de fait et de mauvais traitements. Il n'était donc pas déraisonnable pour les défendeurs à l'action de concentrer leurs réponses sur les allégations formulées par l'intéressé. Dans la mesure dès lors où le requérant se plaint devant la Cour que des précisions n'aient pas été fournies concernant le briefing dans le cadre de la procédure interne, la Cour considère que c'est là la conséquence de la manière dont l'intéressé a articulé ses prétentions.

360. La Cour rappelle que dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley* (arrêt précité, pp. 8-9, §§ 8-14) deux des requérants avaient été arrêtés après l'interception et la fouille de leur véhicule. La police avait apparemment obtenu avant cet incident des informations selon lesquelles les intéressés étaient soupçonnés d'appartenir à l'IRA et de faire du renseignement à son profit. Le troisième requérant avait été arrêté au motif qu'on le soupçonnait d'avoir participé à un enlèvement, sans qu'aucune indication n'eût été donnée quant aux éléments justifiant les soupçons, hormis la simple mention du fait que la police disposait d'éléments sensibles rattachant l'intéressé audit incident. La Cour jugea pour chacun des trois requérants que les critères minimums fixés par l'article 5 § 1 pour l'évaluation du caractère raisonnable ou non d'une arrestation n'étaient pas remplis. Par ailleurs, dans l'affaire *Murray* (arrêt, p. 28, §§ 61-62), elle jugea qu'il avait été satisfait aux exigences requises dès lors que l'arrestation du requérant, qui était soupçonné d'avoir participé à la collecte de fonds destinés à l'achat d'armes, se fondait sur des informations fournies au policier auteur de l'arrestation et dont il se dégageait que les frères de l'intéressé avaient été condamnés aux États-Unis pour des infractions analogues qui impliquaient une collaboration avec des personnes « de confiance » en Irlande du Nord.

On savait par ailleurs que le requérant s'était rendu aux États-Unis et qu'il entretenait des contacts avec ses frères, éléments qui ne l'incriminaient pas forcément. La frontière peut donc être très étroite entre les cas où les soupçons justifiant une arrestation ne sont pas suffisamment fondés sur des faits objectifs et les cas où ils le sont. C'est en fonction des circonstances propres à chaque espèce que l'on peut déterminer si le critère applicable se trouve rempli et si la garantie contre les arrestations arbitraires offerte par l'article 5 § 1 c) a ainsi été assurée.

361. En l'espèce, les soupçons se fondaient sur des renseignements communiqués lors d'un briefing de police. Fournis par des indicateurs, ils identifiaient le requérant comme l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à une infraction terroriste déterminée : le meurtre de Kurt Konig. Rien dans les éléments fournis à la Cour ne permet de rejeter la thèse du Gouvernement sur ce point. L'arrestation effectuée s'inscrivait donc dans le cadre d'une opération programmée, qui se rapprochait à cet égard de celle opérée dans l'affaire *Murray*, et elle se fondait sur des éléments légèrement plus précis que dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley*. Dans ces conditions, la Cour considère que l'appréciation des juridictions internes selon laquelle le juge pouvait à bon droit déduire des quelques éléments dont il disposait l'existence de motifs plausibles de soupçonner le requérant n'était pas incompatible avec le critère imposé par l'article 5 § 1 c) de la Convention.

Placée dans une situation de dépendance vis-à-vis de la force publique, la personne gardée à vue doit bénéficier de droits.

B. Les droits du gardé à vue.

362. En raison du caractère attentatoire à la liberté individuelle et au regard du but essentiel de recherche des auteurs d'infractions, une nécessaire conciliation doit être trouvée par le législateur. Une personne après avoir été placée en garde à vue jouit d'un certain nombre de droits lesquels reçoivent une protection juridictionnelle, leur violation entraînant la nullité de la garde à vue. La force publique ne peut agir que dans le respect de procédures, lesquelles sont les mères de la liberté. C'est au législateur qu'il incombe de trouver le bon équilibre pour que la force publique puisse garantir le bonheur public de la société **(1)**.

Par ailleurs, l'encadrement *a posteriori* de l'emploi de la contrainte opérée par la force publique ne présente pas qu'une nature juridictionnelle. La France a fort justement décidé de la création d'autorités administratives indépendantes garantes des droits des personnes gardées à vue **(2)**.

1) La protection juridictionnelle des droits du gardé à vue et le régime de nullité de la garde à vue.

363. La force publique doit agir pour accomplir les missions cardinales qui lui ont été assignées, de la manière propre à atteindre ce résultat : faire traduire en justice les auteurs d'infractions, violeurs du contrat social. Cette manière de procéder consiste à suivre la procédure pénale telle que celle-ci a été élaborée par le législateur, qui opère la nécessaire conciliation entre les droits et libertés constitutionnellement garantis et la recherche des auteurs d'infractions laquelle est essentielle pour

l'épanouissement des droits et libertés des membres de la Communauté politique. La personne mise en garde à vue doit donc bénéficier de droits protégés par le juge judiciaire (a), droits dont la violation entraînera la nullité de la mesure de contrainte (b).

a) La protection juridictionnelle des droits du gardé à vue.

364. Ces droits ont été principalement énoncés par la loi du 4 janvier 1993 et figurent aux articles 63-1 à 63-4 du Code de procédure pénale, auxquels renvoient les derniers alinéas des articles 77 et 154 du même code. Ils ont connu de nombreuses modifications. Le gardé à vue doit être informé immédiatement de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. Il peut demander à faire prévenir un proche de sa situation, sauf si, à la demande de l'OPJ, le magistrat s'y oppose. Il peut demander à être examiné par un médecin, le magistrat pouvant à tout moment ordonner un tel examen d'office. Il peut demander un entretien confidentiel d'une durée maximale de 30 minutes avec un avocat désigné ou commis d'office.

L'avocat n'a pas accès à la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires, mais il est averti de la nature des faits reprochés au gardé à vue ainsi que de leur date. Depuis la loi du 15 juin 2000, le droit à cet entretien intervient dès le début de la garde à vue, ainsi qu'au début de la prolongation. L'OPJ est tenu à une obligation de moyens pour la présence de l'avocat : on ne peut lui reprocher l'absence d'un avocat qu'il a régulièrement averti.

365. Afin de permettre au gardé à vue d'exercer ses droits, il en reçoit, oralement ou par écrit, la notification complète, dans une langue qu'il comprend⁴⁶⁶, si besoin est en langue des signes. En cas de prolongation, il est procédé à une nouvelle notification. La loi du 15 juin 2000, avait imposé que le gardé à vue soit également informé de son droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs. Cependant, la loi du 4 mars 2002 a adopté une formulation moins explicite et, finalement, l'article 19 de la loi du 18 mars 2003 a fait disparaître la notification de ce « droit au silence ». Depuis l'année 1993, la notification des droits devait intervenir « immédiatement »⁴⁶⁷, dès que la personne était en

⁴⁶⁶ N'encourt pas la censure l'arrêt qui, pour refuser d'annuler le placement en garde à vue d'une personne de nationalité tunisienne qui avait reçu, en langue française, notification des droits attachés à ce placement, relève qu'entendue ultérieurement avec l'assistance d'un interprète de langue arabe, celle-ci, qui résidait en France depuis 1973, avait déclaré avoir compris la nature et la portée de la notification faite en français et que le recours à un interprète était justifié par les difficultés tenant à l'attitude la personne entendue.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 11 février 1998, 97-85542 ; *Bulletin criminel* 1998, N° 55, p. 148 ; M. Guilloux, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; M. Farge, conseiller rapporteur ; M. de Gouttes, avocat général.

⁴⁶⁷ Une personne, qui a accepté de suivre, sans contrainte, les policiers jusqu'au commissariat de police, pour y être entendue, au cours d'une enquête préliminaire, peut, au terme de son audition, être placée en garde à

état d'être informée, sauf circonstances insurmontables. La loi du 4 mars 2002 a atténué cette rigueur et a prévu que la notification des droits de prévenir un tiers et d'être examiné par un médecin doit être délivrée dans les trois premières heures.

Et, il résulte de l'article 63-1 du Code de procédure pénale que l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire, a le devoir de notifier immédiatement les droits attachés au placement en garde à vue. Tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne⁴⁶⁸.

366. Au moment de la levée de la garde à vue, et seulement si aucune décision de poursuite n'est prise immédiatement, la personne reçoit également notification de son droit d'être informée des suites de l'enquête six mois après la fin de la garde à vue (droit qui a été créé par la loi du 15 juin 2000).

367. Pour permettre à l'autorité judiciaire⁴⁶⁹ de contrôler effectivement le déroulement de la garde à vue, l'OPJ en consigne les étapes sur un registre et dresse procès-verbal de l'intégralité du déroulement de la mesure, mentionnant précisément ses diligences et leurs horaires. La loi du 15 juin 2000 a même prévu la mention des heures de repos et de repas et a imposé que les interrogatoires des mineurs en garde à vue fassent l'objet d'un enregistrement audiovisuel. Quant à la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, celle-ci a prévu l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de personnes placées en garde à vue pour crime. Faute de respecter l'œuvre forgée par le pouvoir

vue. Cette audition n'est pas irrégulière, dès lors que la notification des droits prévue par l'article 63-1 du Code de procédure pénale est effectuée dès le placement effectif en garde à vue et que la durée de cette mesure est calculée à compter de l'heure à laquelle cette personne a été invitée à se présenter au service de police.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 4 mars 1998, 97-85695, *Bulletin criminel* 1998, N° 84, p. 231 ; M. Guilloux, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; M. Poisot, conseiller rapporteur ; M. Le Foyer de Costil, avocat général.

⁴⁶⁸ Ainsi, méconnaît le sens et la portée de ce principe, la chambre d'accusation qui, pour refuser d'annuler la garde à vue, retient que le retard à notifier les droits attachés à cette mesure n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, alors qu'il résulte des énonciations mêmes du procès-verbal de l'audition de celle-ci qu'elle était gardée à vue depuis son arrivée au commissariat de police.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 29 avril 1998, 98-80121, *Bulletin criminel* 1998, N° 145, p. 386 ; M. Guilloux, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; M. Farge, conseiller rapporteur ; M. Le Foyer de Costil, avocat général.

⁴⁶⁹ La décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, relative à la loi « sécurité et libertés », a validé la disposition qui confiait au président du tribunal, la possibilité de prolonger une garde à vue au-delà de quarante-huit heures en matière de certaines infractions aggravées. À cette occasion, le Conseil a jugé : « Si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction » (considérant 25).

législatif, la force publique verra la mesure de contrainte déclarée nulle par la juridiction judiciaire.

b) Le régime de nullité.

368. Le magistrat chargé de contrôler la garde à vue peut y mettre fin de façon anticipée à tout moment. Il peut également ne pas autoriser son renouvellement. En revanche, la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement ne peut apprécier l'utilité de la durée effective de la garde à vue à l'intérieur du délai de vingt-quatre heures.

369. En procédure pénale, de façon générale, la sanction des irrégularités est prévue par l'article 802 du Code de procédure pénale, dont la rédaction date de 1993. La nullité des actes de procédure n'est prévue que pour les irrégularités qui portent atteinte aux intérêts de la personne. Toutefois, la Cour de cassation applique cette disposition au régime de la garde à vue avec sévérité, considérant que certaines irrégularités et notamment les retards de notification ou d'avertissement du magistrat « *font nécessairement grief* ». De telles irrégularités entraînent alors la nullité de la garde à vue, ainsi que la nullité des actes « *dont elle est le support nécessaire* ».

370. Pour permettre la meilleure protection des droits et libertés, la France décida de développer l'encadrement juridique *a posteriori* de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en instituant des autorités administratives indépendantes, lesquelles viennent également assurer les droits des personnes mises en garde à vue.

2) L'institution d'autorités administratives indépendantes garantes des droits des personnes gardées à vue.

371. L'on peut souligner l'institution d'autorités administratives indépendantes dédiées au contrôle de la mesure de contrainte que constitue la garde à vue. Cette forme d'encadrement *a posteriori* non juridictionnel de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique concourt à la protection effective des droits de la personne gardée à vue. En France, la Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 a institué un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (NOR: JUSX0758488L)⁴⁷⁰. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, autorité indépendante, est

⁴⁷⁰ Travaux préparatoires : loi n° 2007-1545. Sénat : Projet de loi n° 371 (2006-2007) ; Rapport de M. Jean-Jacques Hyest, au nom de la Commission des lois, n° 414 (2006-2007) ; Discussion et adoption le 31 juillet 2007 (TA n° 116, 2006-2007).

Assemblée nationale : Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 114 ; Rapport de M. Philippe Goujon, au nom de la

chargé, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, 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. Dans la limite de ses attributions, il ne reçoit instruction d'aucune autorité (Article 1er).

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est nommé en raison de ses compétences et connaissances professionnelles par décret du Président de la République pour une durée de six ans. Son mandat n'est pas renouvelable. (Article 2, premier alinéa). Il ne peut être mis fin à ses fonctions avant l'expiration de son mandat qu'en cas de démission ou d'empêchement. Les fonctions de Contrôleur général des lieux de privation de liberté sont incompatibles avec tout autre emploi public, toute activité professionnelle et tout mandat électif. Les autorités responsables du lieu de privation de liberté ne peuvent s'opposer à la visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté que pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans le lieu visité, sous réserve de fournir au Contrôleur général des lieux de privation de liberté les justifications de leur opposition. Elles proposent alors son report. Dès que les circonstances exceptionnelles ayant motivé le report ont cessé, elles en informent le Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

372. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté obtient des autorités responsables du lieu de privation de liberté toute information ou pièce utile à l'exercice de sa mission. Lors des visites, il peut s'entretenir, dans des conditions assurant la confidentialité de leurs échanges, avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire. Le caractère secret des informations et pièces dont le Contrôleur général des lieux de privation de liberté demande communication, ne peut lui être opposé, sauf si leur divulgation est susceptible de porter atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'État, au secret de l'enquête et de l'instruction, au secret médical ou au secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut déléguer aux contrôleurs les pouvoirs visés au présent article.

373. À l'issue de chaque visite, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté fait connaître aux ministres intéressés ses observations concernant en particulier l'état, l'organisation ou le fonctionnement du lieu visité, ainsi que la condition des personnes privées de liberté. Les ministres formulent des observations en réponse chaque fois qu'ils le jugent utile ou lorsque le Contrôleur général des lieux de privation de liberté l'a expressément demandé. Ces observations en réponse sont alors annexées au rapport de visite établi par le contrôleur général. (Article 9).

Commission des lois, n° 162 ; Discussion et adoption le 25 septembre 2007 (TA n° 27).

Sénat : Projet de loi n° 471 (2006-2007) ; Rapport de M. Jean-Jacques Hyest, au nom de la Commission des lois, n° 26 (2007-2008) ; Discussion et adoption le 18 octobre 2007 (TA n° 10, 2007-2008).

374. S'il constate une violation grave des droits fondamentaux d'une personne privée de liberté, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté communique sans délai aux autorités compétentes ses observations, leur impartit un délai pour y répondre et, à l'issue de ce délai, constate s'il a été mis fin à la violation signalée. S'il l'estime nécessaire, il rend alors immédiatement public le contenu de ses observations et des réponses reçues.

Si le Contrôleur général a connaissance de faits laissant présumer l'existence d'une infraction pénale, il les porte sans délai à la connaissance du procureur de la République, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale. Et, de la même manière, le Contrôleur général porte sans délai à la connaissance des autorités ou des personnes investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires.

375. Dans son domaine de compétences, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté émet des avis, formule des recommandations aux autorités publiques et propose au Gouvernement toute modification des dispositions législatives et réglementaires applicables. (Article 10). Après en avoir informé les autorités responsables, il peut rendre publics ces avis, recommandations ou propositions, ainsi que les observations de ces autorités. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté remet chaque année un rapport d'activité au Président de la République et au Parlement. Ce rapport est rendu public. (Article 11).

376. Afin de garantir l'indépendance de sa fonction, il est intéressant de relever que, d'un point de vue financier, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté gère les crédits nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ces crédits sont inscrits au programme de la mission « Direction de l'action du Gouvernement » relatif à la protection des droits et des libertés fondamentales. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion. Toutefois, l'indépendance n'équivaut pas à l'exonération d'un contrôle. Aussi, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté présente ses comptes au contrôle de la Cour des comptes (Article 13)⁴⁷¹. Ce contrôle s'inscrit parfaitement dans l'esprit

⁴⁷¹ Pour ce qui concerne l'autonomie budgétaire dont jouit le Contrôleur général, il convient de se référer au Décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, NOR: JUSK0774498D.

Les ressources du Contrôleur général des lieux de privation de liberté proviennent notamment, outre des crédits de l'État mentionnés à l'article 13 de la loi du 30 octobre 2007, des subventions d'autres collectivités publiques et d'organismes internationaux. (Article 8, Chapitre II : Dispositions administratives, financières et comptables). Le Contrôleur général est ordonnateur de ses dépenses et recettes. Le comptable assignataire des dépenses et recettes est le contrôleur budgétaire et comptable ministériel des services du Premier ministre. (Article 9). Enfin, le Contrôleur général perçoit une indemnité forfaitaire dont le montant annuel est fixé par arrêté du Premier ministre et des ministres chargés de la fonction publique et du budget. (Article 10).

révolutionnaire de l'Assemblée nationale constituante de 1789, et plus précisément dans son monument juridique coruscant qui énonce en son article 15 que « [l]a société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

377. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté procède ainsi à des visites au sein de commissariats de police, de brigades territoriales de la gendarmerie nationale et de brigades de surveillance intérieure de la douane. À l'issue de chaque visite, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté formule des recommandations aux autorités publiques et il propose au Gouvernement toute modification des dispositions législatives et réglementaires applicables⁴⁷².

378. Par exemple, le commissariat de police de Besançon (Doubs) a été visité par deux contrôleurs du Contrôle général des lieux de privation de liberté, les 27 et 28 janvier 2009. Les observations factuelles recueillies au cours du contrôle ont été communiquées, le 20 mars 2009, au directeur départemental de la sécurité publique du Doubs. Elles ont donné lieu à une réponse en date du 6 avril 2009. Le rapport complet de la visite a été communiqué pour observations, le 18 mai 2009, à la ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, qui a fait connaître sa réponse le 31 août 2009 accompagnée d'une note circonstanciée du directeur général de la police nationale.

À la suite de cette procédure, et conformément à la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a décidé de rendre publiques les recommandations suivantes⁴⁷³. En ce qui concerne le respect de l'intégrité physique des personnes placées en garde à vue, les visites médicales sont réalisées par des médecins généralistes intervenant dans le cadre d'une convention signée avec « SOS-médecins » et effectuées différemment selon les intervenants. Il conviendrait que le contenu de l'examen médical et les pratiques professionnelles soient harmonisés, notamment par la mise en place d'actions de formation à l'attention des médecins généralistes intervenant dans les locaux de garde à vue et de dégrisement, en prenant appui sur les recommandations de la conférence de consensus réunie sur ce thème les 2 et 3 décembre 2004. (Quatrième recommandation).

La pratique du retrait du soutien-gorge et de la paire de lunettes de vue doit être revue. La circonstance d'une tentative de suicide avec son soutien-gorge d'une femme placée en garde à vue en banlieue parisienne en juin 2009 ne saurait justifier à elle seule la mise en œuvre systématique de

⁴⁷² Voir l'article 10 précité.

⁴⁷³ Recommandations du 15 octobre 2009 relatives au commissariat de police de Besançon (Doubs), NOR: CPLX0925157X, *JORF* n° 0250 du 28 octobre 2009, texte n° 88.

ce qui constitue une atteinte à la dignité de la personne.

Afin de respecter le principe de proportionnalité, le directeur général de la police nationale propose que « la décision de faire retirer les sous-vêtements relève de l'officier de police judiciaire chargé de la procédure, et soit prescrite d'office, dès lors que les circonstances permettent de redouter un risque pour la sécurité des personnes ».

Sur cette base, il apparaît nécessaire qu'une instruction de portée générale soit transmise afin qu'il ne soit plus procédé au retrait systématique du soutien-gorge et de la paire de lunettes et que celui-ci soit conditionné à des éléments précis et circonstanciés que l'officier de police judiciaire en charge de la procédure concernée devra faire apparaître sur le registre de garde à vue et sur le procès-verbal de déroulement de la garde à vue.

379. Les brigades de surveillance intérieure d'Amiens (Somme) et de Reims (Marne) de la direction générale des douanes et droits indirects ont été visitées par des contrôleurs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté respectivement les 6 novembre 2008 et 9 décembre 2008. Les observations factuelles recueillies au cours de chaque contrôle ont été communiquées aux chefs de ces brigades respectivement les 19 décembre 2008 et 23 décembre 2008. Elles ont donné lieu à des réponses en date du 19 et du 26 janvier 2009. Les rapports complets de chaque visite ont été communiqués pour observations au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique les 27 février 2009 et 2 mars 2009. Celui-ci a fait connaître sa réponse le 1er juillet 2009.

À la suite de cette procédure, et conformément à la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté formule les recommandations suivantes⁴⁷⁴. Il précise, de manière liminaire, que les personnels des douanes rencontrés lors de ces deux visites font preuve d'une humanité réelle dans l'exécution de leur mission.

Puis, le Contrôleur critique le recours aux fouilles à corps. Celles-ci ne devraient pas être systématiquement pratiquées, mais elles devraient répondre à une juste nécessité en raison de leur caractère attentatoire à la dignité humaine. Il est pris acte du rappel auquel la direction générale des douanes et droits indirects doit procéder sur ce point. (Troisième recommandation).

Les médecins, qui interviennent heureusement de manière systématique, alors que la réglementation ne le prévoit pas encore, ne peuvent pas procéder à des examens dans des conditions satisfaisantes, faute d'aménagements et de locaux adaptés. Leur venue doit être prévue par les textes applicables et les conditions matérielles de leur intervention prévues dans les locaux des douanes. Des mesures doivent être prises pour permettre l'achat éventuel des médicaments

⁴⁷⁴ Recommandations du 10 juin 2010 relatives aux brigades de surveillance intérieure de la douane d'Amiens (Somme) et de Reims (Marne) ; NOR : CPLX1016255X2, *Journal officiel de la République française*, juillet 2010, texte n° 80.

nécessaires. (Cinquième recommandation). Les cellules devraient être équipées de matelas et de couvertures régulièrement entretenues pour permettre aux personnes retenues d'y être hébergées dans des conditions dignes, comme la douane s'y est engagée. (Sixième recommandation). L'alimentation des personnes retenues ne devrait pas être à leur charge, mais à celle de la douane, pour leur permettre de bénéficier d'une boisson et d'un plat chaud pendant la durée de la retenue, si celle-ci se poursuit pendant l'heure du repas. (Septième recommandation).

380. Les brigades territoriales de la gendarmerie nationale de Chambray-lès-Tours (Indre-et-Loire), d'Ecole-Valentin (Doubs) et Migennes (Yonne) ont été visitées par des contrôleurs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté respectivement les 28 janvier 2009, 4 février 2009 et 19 février 2009. Les observations factuelles recueillies au cours de chaque contrôle ont été communiquées au commandant de brigade de chacune de ces unités respectivement les 27 février 2009, 19 février 2009 et 19 mars 2009. Elles ont donné lieu à des réponses en date du 8 mars 2009, du 13 mars 2009 et du 3 avril 2009. Les rapports complets de chaque visite ont été communiqués pour observations à la ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales le 27 mai 2009, le 29 mai 2009 et le 8 juin 2009. Le directeur général de la gendarmerie nationale a fait connaître sa réponse le 21 septembre 2009.

À la suite de cette procédure, et conformément à la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté formule les recommandations suivantes⁴⁷⁵. Premièrement, il faut souligner l'impression favorable donnée par le fonctionnement de ces trois brigades territoriales et le souci d'humanité manifesté par les militaires de la gendarmerie rencontrés. Dans la plupart des brigades, les biens ou valeurs pris aux personnes arrivant en garde à vue sont mis sous enveloppe sans que la liste en soit dressée contradictoirement. Un registre d'inventaire contradictoire devrait être mis en place pour assurer la traçabilité des objets déposés et repris, de manière à offrir une garantie tant aux enquêteurs qu'aux personnes gardées à vue. Il est pris acte de la volonté de la direction générale de la gendarmerie nationale de diffuser la bonne pratique instaurée à cet égard au sein de la brigade territoriale de Chambray-lès-Tours.

Seule, la fourniture d'un déjeuner et d'un dîner à chaque personne gardée à vue est prévue dans les directives données par la direction générale de la gendarmerie nationale. Un petit déjeuner avec une boisson chaude devrait l'être également, officialisant la pratique spontanée des militaires telle que le Contrôleur général l'a très généralement observée. Toute personne doit pouvoir comparaître dignement devant un juge, un procureur et un officier de police judiciaire. Une

⁴⁷⁵ Recommandations du 23 février 2010 relatives aux brigades territoriales de la gendarmerie nationale de Chambray-lès-Tours (Indre-et-Loire), Ecole-Valentin (Doubs) et Migennes (Yonne), NOR : CPLX1005436X, *JORF* n° 0053 du 4 mars 2010, texte n° 95.

installation devrait permettre au gardé à vue depuis la veille de faire sa toilette le matin et un kit d'hygiène devrait être mis à sa disposition.

La surveillance des personnes gardées à vue n'est pas assurée de façon satisfaisante en dehors des heures d'ouverture des locaux de service, notamment de nuit. Au minimum, un dispositif installé dans les chambres de sûreté (cellules) devrait permettre aux personnes s'y trouvant d'alerter un militaire de permanence. Le registre de garde à vue, prévu à l'article 65 du Code de procédure pénale, est un document essentiel pour veiller au respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté. Il doit être complet et fiable, et la traçabilité du déroulement des gardes à vue doit être assurée. Sans plus attendre, l'ancien modèle, encore en place dans certaines unités, devrait être remplacé par le modèle défini en 2005 par la direction générale de la gendarmerie nationale car ce dernier garantit une meilleure confidentialité des informations.

L'encadrement juridique *a posteriori* peut consister en un encadrement juridique non juridictionnel ; mais, il appartiendra au juge de veiller aux motifs de la détention.

C.L'interdiction des détentions arbitraires.

381. Le régime juridique français de la garde à vue fait l'objet, depuis plusieurs années, d'une remise en question touchant tant à son principe qu'à ses modalités. Est dénoncée, en premier lieu, l'augmentation du nombre de mesures de garde à vue décidée chaque année. En deuxième lieu, est dénoncé le caractère humiliant ou dégradant de cette mesure en raison du recours accru à la fouille à nu⁴⁷⁶. Au-delà de cette critique touchant aux conditions de mise en œuvre de la garde à vue, cette dernière est mise en cause au nom de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en ce sens qu'elle ne prévoit pas l'assistance de la personne gardée à vue par un avocat. Dans sa décision *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008⁴⁷⁷, la Cour de Strasbourg a estimé que la Turquie avait violé l'article 6 de la Convention européenne dans une affaire où une personne avait été condamnée sur la base de ses seuls aveux obtenus en garde à vue sans l'assistance d'un avocat.

382. Le Conseil constitutionnel français participe à la mise en cause de la mesure de contrainte que constituent la garde à vue et la retenue douanière (1). En outre, les détentions arbitraires étant des violations des droits de l'Homme, il est particulièrement instructif d'étudier la condamnation des détentions arbitraires en droit français, en droit belge, en droit burkinabé et dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (2).

⁴⁷⁶ Voir infra, Titre II, Chapitre Ier.

⁴⁷⁷ *Salduz c. Turquie*, [Grande Chambre], n° 36391/02, 27 novembre 2008, *Recueil des arrêts et décisions* 2008.

1) La mise en cause de la garde à vue et de la retenue douanière par le Conseil constitutionnel.

383. Grâce à l'innovation juridique de la question prioritaire de constitutionnalité, technique juridique remarquable pour une meilleure protection juridique des droits et libertés à l'échelon constitutionnel, les Sages du Palais Royal se sont prononcés sur la mesure de la garde à vue (a) et sur son équivalent dans le domaine des douanes, à savoir la retenue douanière (b).

a) La mise en cause de la garde à vue par la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 sur la garde à vue : Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 « M. Daniel W. et autres ».

384. La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 sur la garde à vue⁴⁷⁸. Par un arrêt en date du 31 mai 2010, la Cour de cassation a joint vingt-six questions prioritaires de constitutionnalité posées devant elle à l'occasion d'un pourvoi pour deux d'entre elles ou transmises par des juridictions répressives du fond pour les vingt-quatre autres. Ces questions portaient toutes sur les règles applicables à la garde à vue. La Cour de cassation a procédé de même le 11 juin 2010 en joignant dix questions prioritaires de constitutionnalité. La Cour de cassation a ainsi, par deux arrêts, renvoyé devant le Conseil constitutionnel les questions portant sur les articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code de procédure pénale (CPP).

Par sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a dit n'y avoir lieu à statuer sur le septième alinéa de l'article 63-4 du CPP et son article 706-73 au motif qu'ils avaient déjà été déclarés conformes à la Constitution. Il a déclaré les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéa 1er à 6, et 77 du CPP contraires à la Constitution, en repoussant au 1er juillet 2011 la date d'effet de leur abrogation⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 « M. Daniel W. et autres » (articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code de procédure pénale), *Recueil*, p. 179 et *Journal officiel* du 31 juillet 2010, p. 14198 ; voir *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 30 ; et, CHARRIÈRE-BOURNAZEL (Christian), « Garde à vue : le sursaut républicain », in *Recueil Dalloz*, 2010, n° 29, p. 1928. HAAS (Marion), MARON (Albert), « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *Droit pénal*, 2010, n° 10, pp. 37-42.

⁴⁷⁹ L'article 62 du Code de procédure pénale précise que : « L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. Les personnes convoquées par lui sont tenues de comparaître. [...] Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition (quatrième alinéa) ».

L'article 63 de ce même code énonce que : « L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République.

La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue

385. Dans sa décision du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel n'a pas spécialement examiné les articles 63, 63 1, 63-4 et 77 du Code de procédure pénale. Toutefois, il a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à ces articles par les dispositions alors soumises à son examen. Ces dispositions étaient relatives aux conditions de placement d'une personne en garde à vue et à la prolongation de cette mesure, au contrôle de celle-ci par le procureur de la République et au droit de la personne gardée à vue d'avoir un entretien de trente minutes avec un avocat.

Postérieurement à la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale, ces articles du Code de procédure pénale ont été modifiés à plusieurs reprises. Les dispositions contestées assurent, en comparaison de celles qui ont été examinées par le Conseil dans sa décision du Conseil constitutionnel n° 93-326 DC du 11 août 1993, un encadrement renforcé du recours à la garde à vue et une meilleure protection des droits des personnes qui en font l'objet.

386. Depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale. Ainsi, la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle. Postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée. Cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue. Si ces nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci. La garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause.

peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue.

Sur instructions du procureur de la République, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat. [...] ».

387. Dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du Code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue. Cet article a été modifié par l'article 2 de la loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, l'article 20 de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, la loi n° 98-1035 du 18 novembre 1998 portant extension de la qualification d'officier de police judiciaire au corps de maîtrise et d'application de la police nationale, l'article 8 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, et l'article 16 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers. Ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale. Entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000. Ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures. Elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée. Plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009. Ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées.

388. Pour ce qui concerne les normes de référence applicables, le Conseil constitutionnel vise l'article 7⁴⁸⁰, l'article 9⁴⁸¹ et l'article 16⁴⁸² de la Déclaration de 1789. En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la procédure pénale. Aux termes de son article 66, « [n]ul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale. S'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire

⁴⁸⁰ « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

⁴⁸¹ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

⁴⁸² « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

lors de la recherche des auteurs d'infractions. (Considérant 23).

Il incombe alors au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire.

En elles-mêmes, les évolutions rappelées ci-dessus ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle. La garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire. Toutefois, ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense.

389. Cependant, d'une part, en vertu des articles 63 et 77 du Code de procédure pénale, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction peut être placée en garde à vue par un officier de police judiciaire pendant une durée de vingt-quatre heures quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure. Toute garde à vue peut faire l'objet d'une prolongation de vingt-quatre heures sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité.

390. D'autre part, les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue. Son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. Une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes. Au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence.

Dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées. Ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée. Par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution.

391. Il convient enfin de mettre en exergue les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la

question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives. De plus, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée.

Il y a lieu, dès lors, de reporter au 1er juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité. Les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. (Considérant 30).

b) La mise en cause de la retenue douanière : la Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 « M. Samir M. et autre ».

392. Il convient d'évoquer la retenue douanière, qui constitue l'équivalent de la garde à vue en matière de douanes. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 juin 2010 par la Cour de cassation (arrêt du 25 juin 2010) d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par MM. Samir M. et Mohamed E.⁴⁸³ et portant sur l'article 323 du Code des douanes qui organise la retenue douanière. Dans sa décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 323 du Code des douanes contraire à la Constitution.

393. Le droit pénal en matière douanière présente de nombreuses spécificités par rapport au droit pénal général. Les principaux délits douaniers sont prévus par les articles 414, 415, 459 et 465 du Code des douanes. Les articles 414 et 414-1 énoncent les délits de première classe, principalement la contrebande : ils punissent de 3 ans d'emprisonnement la contrebande (détention, transport, importation ou exportation) de marchandises prohibées ou fortement taxées. La peine est portée à dix ans s'il s'agit de « marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé des douanes, soit lorsqu'ils sont commis en bande organisée ». Les contraventions douanières sont classées en cinq classes, comme les contraventions pénales, avec cette particularité qu'il subsiste des peines d'emprisonnement contraventionnel. Le Code des douanes est issu du décret n° 48-1985 du 8 décembre 1948 portant refonte du Code des douanes. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1949.

⁴⁸³ Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 « M. Samir M. et autre », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 30. Voir, PANNIER (Jean), « A propos de la retenue douanière », in *Recueil Dalloz*, 2010, n° 35, p. 2352.

394. Le recours était dirigé contre la retenue douanière, c'est-à-dire le 3° de l'article 323 du Code des douanes. Le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi de la question de la retenue douanière. La retenue douanière n'est possible que pour les délits flagrants. Cette règle conduit à un champ d'application plus restreint que celui de la garde à vue : seuls les délits punis d'emprisonnement sont passibles de la rétention douanière puisque l'enquête en flagrance n'est possible que pour ces délits. Les enquêtes préliminaires ne permettent donc pas de recourir à la retenue douanière. La retenue douanière n'est possible que pour les personnes suspectées (les « prévenus » selon les termes de l'article 323 du Code des douanes qui n'a pas été actualisé). Il n'y a donc pas de retenue douanière pour les témoins. Le régime est donc identique, sur ce point, à celui qui s'applique à la garde à vue depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-515 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

395. À la suite de sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a également jugé que l'impossibilité générale, pour une personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire, méconnaît les droits de la défense. Seul le motif d'inconstitutionnalité retenu au considérant 28 de la décision du 30 juillet 2010 sur la garde à vue a donc été transposé à la retenue douanière. Dans la décision du 30 juillet 2010, le Conseil n'a censuré l'absence de l'assistance effective d'un avocat pour toute personne gardée à vue, qu'en tant que celle-ci est interrogée. Le même raisonnement s'applique à la retenue douanière.

396. Ayant déclaré contraire à la Constitution le 3° de l'article 323 du Code des douanes, le Conseil a, alors, comme il l'a fait pour la garde à vue, reporté l'effet abrogatif de sa décision au 1er juillet 2011.

2) La condamnation des détentions arbitraires en droit français, en droit belge, en droit burkinabé et dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

397. Historiquement, les juridictions protégèrent les citoyens des arrestations arbitraires. Ainsi, au XIX^{ème} siècle, les employés des douanes étaient justiciables, non des Cours prévôtales, mais des tribunaux ordinaires, pour les crimes qu'ils commettaient en leur qualité d'auxiliaires des gendarmes, et comme chargés conjointement avec eux du maintien des lois relatives à la police générale⁴⁸⁴.

Le sieur Mazetti, employé des douanes, était prévenu de s'être rendu coupable d'arrestation arbitraire sur la personne du sieur Benvenuti père, rencontré porteur d'un fusil de chasse sans permis, et à cette occasion, d'outrages graves envers le maire de la commune.

La Cour prévôtale s'était déclarée compétente pour connaître de ces faits, sur le motif que c'était en sa qualité d'employé des douanes que Mazetti avait agi ; et que, d'après l'article 5 du décret impérial du 18 octobre 1810, la connaissance des crimes et délits commis par les employés des douanes appartient exclusivement aux Cours prévôtales. Mais, la loi elle-même ne soumet les préposés des douanes à la juridiction des Cours prévôtales, que lorsque les crimes ou délits par eux commis l'ont été dans leurs fonctions, c'est-à-dire, lorsqu'ils se rattachent à des faits relatifs à l'exécution des lois de douanes.

Quelle que soit leur qualité, les préposés des douanes sont appelés à concourir à l'exécution des lois relatives à la police générale ; s'ils commettent, dans l'exercice de ces fonctions secondaires et distinctes, un crime ou un délit, ils restent comme les gendarmes, dont ils ne sont dans ce cas que des auxiliaires, soumis à la juridiction ordinaire.

La figure du juge qui fait son office, protège les justiciables des atteintes dont la force publique peut se rendre coupable dans le domaine de la liberté d'aller et de venir. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte est ici nécessairement un encadrement *a posteriori* duquel la force publique peut tirer des enseignements pour ce qui a trait à son action. Aussi, convient-il d'étudier la condamnation des détentions arbitraires en droit français (a). Le recours au droit comparé nous permettra d'appréhender les détentions arbitraires qui constituent des violations des droits de l'Homme, et qui présentent donc un caractère universel en droit belge (b), en droit burkinabé (c) et dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (d).

⁴⁸⁴ Cour de cassation, Section criminelle, 24 décembre 1812, « Mazetti », *Recueil Sirey* 1813, Première partie Jurisprudence de la Cour de cassation, tome XIII (An 1813), pp. 196-197. — Rapporteur : M. Rataud — Conclusions : M. le comte Merlin, procureur-général impérial.

a) La condamnation des détentions arbitraires en droit français

398. En France, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 vint améliorer la protection juridique des droits et libertés grâce à la technique de la question prioritaire de constitutionnalité, en d'autres termes par le biais de l'instauration d'un encadrement juridique *a posteriori* de nature constitutionnelle. De cette façon, le Conseil constitutionnel a pu affirmer toute la valeur que la juridiction suprême attache à la prohibition de toute détention arbitraire (α). Si un membre de la force publique se rend coupable d'une telle violation des droits de l'homme, celui-ci peut voir engagée sa responsabilité pénale (β).

α - La prohibition de toute détention arbitraire par le Conseil constitutionnel : la Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, « M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice] ».

399. De nos jours, le Conseil constitutionnel attribue une importante valeur à la prohibition de toute détention arbitraire. Ce principe et le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, qui résultent de l'article 66 de la Constitution, figurent ainsi au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peuvent être invoqués à l'appui d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité. (Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, « M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice] »⁴⁸⁵).

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 octobre 2010 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 4978 du 14 septembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Michel F., relative à la conformité de l'article 803-3 du Code de procédure pénale aux droits et libertés que la Constitution garantit. L'article 803-3 du Code de procédure pénale prévoit que : « En cas de nécessité et par dérogation aux dispositions de l'article 803-2, la personne peut comparaître le jour suivant et peut être retenue à cette fin dans des locaux de la juridiction spécialement aménagés, à la condition que cette comparution intervienne au plus tard dans un délai de vingt heures à compter de l'heure à laquelle la garde à vue a été levée, à défaut de quoi l'intéressé est immédiatement remis en liberté. [...] ».

400. Le requérant faisait valoir qu'en autorisant la rétention pendant vingt heures, dans les locaux du tribunal de grande instance, d'une personne dont la garde à vue a été levée en vue de son défèrement devant un magistrat de ce tribunal, l'article 803-3 du Code de procédure pénale

⁴⁸⁵ *Recueil* p. 408 et *Journal officiel* du 19 décembre 2010, p. 22374. Et, voir DAOUD (Emmanuel), « Procédure pénale : le défèrement devant le parquet » in *Constitutions*, 2011, n° 4, pp. 525-530.

méconnaîtrait la protection de la liberté individuelle et la prohibition de toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer d'une personne accusée.

401. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Au nombre de celles-ci figurent le respect de la présomption d'innocence, la sauvegarde de la dignité de la personne et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire. (Considérant 4).

La tâche cardinale du législateur pour ce qui a trait à l'élaboration de la loi pénale s'effectue en vertu de l'article 34 de la Constitution, lequel prévoit que la loi fixe les règles concernant la procédure pénale. Le principe de présomption d'innocence, proclamé par l'article 9 de la Déclaration de 1789⁴⁸⁶, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime.

Toutefois, c'est à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public.

402. En premier lieu, la rétention autorisée par la disposition contestée n'est permise que lorsque la comparution le jour même s'avère impossible. En réservant la mise en œuvre de cette mesure aux « cas de nécessité », le législateur a entendu répondre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à des contraintes matérielles résultant notamment de l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou du nombre des personnes déférées. S'il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle des juridictions, de justifier des circonstances nécessitant la mise en œuvre de cette mesure de contrainte dérogatoire, la méconnaissance éventuelle de cette exigence n'entache pas d'inconstitutionnalité les dispositions contestées.

403. La privation de liberté instituée par la disposition contestée est strictement limitée à vingt heures suivant la levée de la garde à vue. Elle n'est pas applicable lorsque la garde à vue a duré plus de soixante-douze heures en application de l'article 706-88 du Code de procédure pénale. Les

⁴⁸⁶ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». (Article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

deuxième et troisième alinéas de l'article 803-3 garantissent à la personne retenue le droit de s'alimenter, de faire prévenir un proche, d'être examinée par un médecin et de s'entretenir à tout moment avec un avocat. Il impose la tenue d'un registre spécial mentionnant notamment l'identité des personnes retenues, leurs heures d'arrivée et de conduite devant le magistrat.

Ainsi, eu égard aux conditions, aux limites et aux garanties dont il a assorti la mise en œuvre de cette mesure, le législateur a adopté des dispositions propres à assurer la conciliation entre l'objectif de bonne administration de la justice et le principe selon lequel nul ne doit être soumis à une rigueur qui ne soit nécessaire⁴⁸⁷.

404. En deuxième lieu, il appartient aux autorités judiciaires de veiller à ce que la privation de liberté des personnes retenues soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. Il appartient, ainsi, à ces autorités de veiller à ce que les locaux des juridictions dans lesquels ces personnes sont retenues soient aménagés et entretenus dans des conditions qui assurent le respect de ce principe. La méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité.

405. En troisième lieu, l'article 803-3 du Code de procédure pénale se borne à placer la surveillance du local dans lequel la personne est retenue sous le contrôle du procureur de la République. La protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire ne serait toutefois pas assurée si le magistrat devant lequel cette personne est appelée à comparaître n'était pas mis en mesure de porter une appréciation immédiate sur l'opportunité de cette rétention. Dès lors, ce magistrat doit être informé sans délai de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction⁴⁸⁸.

406. En outre, si l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures. Par suite, la privation de liberté instituée par l'article 803-3 du code de procédure pénale, à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cet article⁴⁸⁹.

Aussi, et sous les deux réserves énoncées aux considérants 10 et 11, les Sages de la rue de Montpensier jugèrent que l'article 803-3 du Code de procédure pénale n'était pas contraire à l'article

⁴⁸⁷ Considérant 8.

⁴⁸⁸ Considérant 10.

⁴⁸⁹ Considérant 11.

66 de la Constitution.

β - La responsabilité pénale des membres de la force publique en matière d'abus d'autorité commis contre les particuliers.

407. Les membres de la force publique engagent leur responsabilité pénale en matière d'abus d'autorité commis contre les particuliers. Ainsi, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. Lorsque l'acte attentatoire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle et à 450000 euros d'amende. (Article L. 432-4 du Code pénal).

b) La condamnation des détentions arbitraires en droit belge par la Cour de cassation.

408. En **Belgique**, pour que soit applicable l'article 147, alinéa 1er, du Code pénal qui incrimine le fait pour un fonctionnaire, un officier public, un dépositaire ou un agent de la force publique d'avoir illégalement et arbitrairement arrêté ou fait arrêter, détenu ou fait détenir une ou plusieurs personnes, il faut notamment que l'arrestation ait été arbitraire, ce qui implique que l'agent de l'autorité ait agi par pure volonté ou caprice, sans pouvoir invoquer aucune règle à l'appui de son action ou qu'il ait commis une faute lourde procédant d'une ignorance tellement inexcusable qu'elle est contraire à toute vraisemblance. (Cour de cassation, Belgique, 26/09/1990, N° de rôle 8300, *Pasicrisie belge*, 1991, I, p. 72). Ainsi, tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique, qui aura illégalement et arbitrairement arrêté ou fait arrêter, détenu ou fait détenir une ou plusieurs personnes, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. L'emprisonnement sera de six mois à trois ans, si la détention illégale et arbitraire a duré plus de dix jours. Si elle a duré plus d'un mois, le coupable sera condamné à un emprisonnement d'un an à cinq ans. Il sera, en outre, puni d'une amende de cinquante [euros] à mille [euros] et pourra être condamné à l'interdiction des droits indiqués aux n°s 1, 2 et 3 de l'article 31, alinea 1er. (Article 147 du Code pénal du 8 juin 1867)⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Code pénal du 8 juin 1867, publié au Moniteur belge du 09 juin 1867, numéro : 1867060850, page 3133 et suivantes ; entrée en vigueur le 15 octobre 1867. Livre 1. Des infractions et de la répression en général, Livre 2. Des infractions et de leur répression en particulier, Titre II. Des crimes et des délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution, Chapitre II. Des atteintes portées par des fonctionnaires publics aux droits garantis par la Constitution.

c) La condamnation des détentions arbitraires en droit burkinabé par la Cour de cassation.

409. Sur le **continent africain**, la Cour de cassation du **Burkina Faso** (chambre criminelle)⁴⁹¹ statua sur la notion de garde à vue illégale dans son arrêt n° 13 du 27 juillet 2006, Affaire : « Ministère public (p.f. tgi ouagadougou) Contre Monsieur L. D. » Aux termes de l'article 668 du Code de procédure Pénale⁴⁹² : « lorsqu'un officier de Police judiciaire est susceptible d'être inculpé d'un crime ou délit qui aurait été commis dans la circonscription où il est territorialement compétent, hors ou dans l'exercice de ses fonctions, le Procureur du Faso saisi de l'affaire présente une requête à la Chambre judiciaire qui procède et statue comme en matière de règlement de juges et désigne la juridiction de l'instruction et du jugement de l'affaire ».

410. La Cour de Cassation, Chambre Criminelle, (BURKINA FASO), statua sur la requête en date du 12 juin 2006 du Procureur du Faso Près le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou saisissant la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation d'une demande de désignation d'une juridiction d'instruction et de jugement dans la cause opposant le Ministère Public à monsieur L. D., Commissaire de Police de B., Officier de Police Judiciaire.

Selon la plainte avec constitution de partie civile en date du 24 août 2005 des sieurs D. A., D. B. et D. O., monsieur L. D., Commissaire de Police du district de B., a gardé a vue sans motif légitime dans les locaux du commissariat les trois personnes susvisées. Le Commissaire de Police de B., monsieur L. D., a par la suite assujetti la libération des sieurs D. A., D. B. et D. O., après une détention dont le délai excède le délai légal, au paiement par eux de sommes d'argent variant entre cinquante mille (50.000) francs et six cent mille (600.000) francs chacun.

Il existe au regard de ce qui précède contre monsieur L. D. des présomptions graves d'abus d'autorité et d'attentat à la liberté. Ces infractions qui sont prévues et punies par les articles 167 et 141 du Code Pénal ont été commises par l'Officier de Police Judiciaire, monsieur L. D., dans son ressort territorial. En application de l'article 668 du Code de Procédure Pénale, il y a lieu de désigner la juridiction d'instruction et de jugement. En l'occurrence, la Chambre Criminelle de la Cour de

Source : Service public fédéral de la Justice belge, <<http://www.ejustice.just.fgov.be/>>; et, belgiquelex, banque carrefour de la législation, <<http://www.belgiquelex.be/>>

⁴⁹¹ La Loi organique n° 13-2000 du 09 mai 2000 porte organisation, attribution et fonctionnement de la Cour de Cassation et de la procédure applicable devant elle.

⁴⁹² Voir l'Ordonnance n° 68-7 du 21 février 1968 portant Code de procédure Pénale.

Cassation du Burkina Faso désigna le Tribunal de Grande Instance de Gaoua pour instruire et juger l'affaire.

411. Le juge administratif est incompétent par application de l'article 136 du Code de procédure pénale, pour connaître de conclusions tendant à la condamnation à réparation de l'État à raison de l'incarcération du requérant, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la mesure a revêtu le caractère d'un internement administratif ou si elle peut être rattachée à une opération de police judiciaire. Réserve de renvoi éventuel pour questions préjudicielles concernant la légalité ou l'interprétation d'un acte administratif. Compétence judiciaire pour la réparation des dommages résultant de la disparition d'objets à la suite de saisies pratiquées afin de constater les infractions, qui se sont incorporées à la procédure pénale ultérieurement engagée.

d) La condamnation des détentions arbitraires dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

412. Dans le droit européen de la protection des droits de l'homme, est consacré le droit de n'être ni arrêté ni détenu arbitrairement. L'article 5 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

413. Le droit à la liberté et à la sûreté vise à protéger la liberté physique de la personne contre toute arrestation et détention arbitraire ou abusive (arrêt de la CEDH, *Engel et autres*, 8 juin 1976, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 4, § 58). Ce droit occupe une

place centrale dans le dispositif protecteur des droits individuels. La Cour européenne en a solennellement reconnu l'importance au sein d'une société démocratique (arrêt de la CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp*, 18 juin 1971, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 16, § 64-65). L'État doit toutefois pouvoir priver de liberté ceux qui représentent une menace pour l'ordre social.

414. Les privations de liberté autorisées⁴⁹³. En premier lieu, le Pacte international des droits civils et politiques (article neuf) et la Convention américaine des droits de l'homme (article sept) se contentent simplement de préciser que la privation de liberté ne peut intervenir que dans les cas prévus par le législateur national. À rebours, la Convention européenne des droits de l'homme, en son article cinq, paragraphe premier, dresse la liste de six cas autorisés de privation de liberté⁴⁹⁴.

La Cour européenne précise bien qu'il s'agit d'une liste exhaustive, laquelle doit faire l'objet d'une interprétation étroite (« Engel »)⁴⁹⁵. Ainsi, les États parties ne bénéficient que d'une très faible marge d'appréciation pour l'application de l'article 5. À titre d'exemple, pour une arrestation en vue d'une assignation à résidence, celle-ci ne correspond à aucune des hypothèses prévues (*Ciulla c. Italie*, 22 février 1989, requête n° 11152/84, série A n° 148). En outre, la détention pendant six heures dans « un centre de désintoxication » d'une personne en état d'ébriété ne saurait être couverte par l'article 5, paragraphe premier, e), qui ne vise que les personnes dont le comportement sous l'influence de l'alcool représente une menace pour le public ou pour elles-mêmes (*Witold Litwa c. Pologne*, 4 avril 2000, requête n° 26629/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-III).

⁴⁹³ L'on se fondera sur l'excellent ouvrage de SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2005, 715 p.

⁴⁹⁴ À titre d'exemple, pour la détention après condamnation, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, requête n° 7906/77, série A n° 50 (non-violation de l'article 5 paragraphe 1) ; à propos de la détention d'un mineur, *Bouamar c. Belgique*, 29 février 1988, requête n° 9106/80, série A n° 129 (violation de l'article 5 paragraphe 1) ; pour la détention d'un aliéné, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, requête n° 8225/78, série A n° 93 (non-violation de l'article 5 paragraphe 1) ; pour la détention en vue d'une expulsion, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, requête n° 9990/82, série A n° 111, observations F. Sudre, *RGDIP* 1987, 533 (violation de l'article 5 paragraphe 1).

⁴⁹⁵ L'article 5 consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à son droit à la liberté. Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 énumèrent limitativement les motifs autorisant la privation de liberté. Pareille mesure n'est pas conforme à l'article 5 § 1 si elle ne relève pas de l'un de ces motifs : voir, parmi beaucoup d'autres, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], 7 juillet 2011, requête n° 27021/08, *Recueil des arrêts et décisions* 2011 ; § 99.

De plus, on ne saurait exclure que le recours à des techniques de contention et de contrôle des foules puissent, dans des circonstances particulières, donner lieu à une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1. Dans chaque cas particulier, l'article 5 § 1 doit s'interpréter d'une manière qui tienne compte du contexte spécifique dans lequel les techniques en cause sont utilisées et de l'obligation d'assurer le maintien de l'ordre et la protection du public que tant le droit national que le droit conventionnel font peser sur la police.

Austin et autres c. Royaume-Uni, [Grande Chambre], 15 mars 2012, requêtes n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, *Recueil des arrêts et décisions* 2012, § 60 ; non-violation de l'article 5 § 1.

415. Toutefois, la notion de « privation de liberté », qui relève de l'article cinq, paragraphe premier, reste incertaine et nécessite d'être distinguée de celle de restriction à la liberté de circulation, prévue par l'article 2 du Protocole 4. La jurisprudence européenne précise que « la distinction à établir entre privation et restriction de liberté n'est que de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence » (*Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, n° 7367/76, série A n° 39 ; § 92, in *Cahiers de Droit Européen*, 1982, 188, observations Gérard Cohen-Jonathan)⁴⁹⁶. Pour déterminer si une personne se trouve privée de liberté, il convient de se placer vis-à-vis de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères, tels le genre, la durée et les modalités d'exécution de la mesure considérée, afin d'apprécier le degré et l'intensité des restrictions à la liberté de déplacement de la personne. Par exemple, le maintien d'un étranger en zone de transit s'analyse, en raison des contraintes subies, en une privation de liberté sur le fondement de l'article 5, paragraphe premier, alinéa f)⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Voir, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 08 juin 1976, requêtes n° 5100/71, n° 5101/71, n° 5102/71, n° 5354/72 et n° 5370/72, série A n° 22 ; § 59.

Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, n° 7367/76, §§ 92-93 ; § 92. La Cour rappelle qu'en proclamant le « droit à la liberté », le paragraphe 1 de l'article 5 vise la liberté physique de la personne ; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. Celui-ci ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler ; elles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4 que l'Italie n'a pas ratifié. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 24, §§ 58-59).

§ 93. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas marginaux il s'agit d'une pure affaire d'appréciation, mais la Cour ne saurait éluder un choix dont dépendent l'applicabilité ou inapplicabilité de l'article 5.

Storck c. Allemagne, n° 61603/00, 16 juin 2005, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-V, § 74. Toutefois, la notion de privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 ne comporte pas seulement un aspect objectif, à savoir l'internement d'une personne dans un certain espace restreint pendant un laps de temps non négligeable. Une personne ne peut passer pour avoir été privée de sa liberté que si – et cela constitue l'aspect subjectif – elle n'a pas valablement consenti à son internement. La Cour note qu'en l'espèce le point de savoir si la requérante a consenti à son séjour à la clinique est controversé entre les parties.

Et, plus récemment, *Medvedyev et Autres c. France* [Grande Chambre], n° 3394/03, 29 mars 2010, *Recueil des arrêts et décisions* 2010, § 73. Quant aux observations relatives à l'existence ou non d'une privation de liberté, la Cour rappelle que l'article 5, en proclamant dans son paragraphe 1 le « droit à la liberté », vise la liberté physique de la personne. Il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III).

En dernier lieu, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], 15 mars 2012, § 57, précité.

⁴⁹⁷ *Amuur c. France*, 25 juin 1996, requête n° 19776/92, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; *JCP G*, 1997, I, 4000, numéro 11, chronique F. Sudre ; *Revue des sciences criminelles*, 1997, 457, observations R. Koering-Joulin. Et, *Shamsa c. Pologne*, 27 novembre 2003, requêtes n° 45355/99 et n° 45357/99.

Il en va de même du transfert par la police et la mise sous surveillance dans un hôtel de personnes soupçonnées d'appartenir à une secte (*Riera Blume et autres c. Espagne*, 14 octobre 1999, requête n° 37680/97, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VII), ou d'une mesure préventive telle que le confinement à domicile sous surveillance et avec interdiction de sortir pendant une période de 11 mois (*Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, violation de l'article 5 § 3 et de l'article 5 § 4).

Tel n'est pas le cas, par contre, du placement contre sa volonté d'une personne, en raison de l'état de grave abandon dans lequel elle se trouve, dans un foyer de personnes âgées⁴⁹⁸.

416. La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en Grande Chambre, s'est pour la première fois prononcée le 15 mars 2012, dans son arrêt « *Austin et autres c. Royaume-Uni* »⁴⁹⁹, sur l'application de l'article 5 § 1 de la Convention relativement à la technique du « *kettling* », qui consiste pour la police à retenir un groupe de personnes pour des motifs d'ordre public. Les requérants dénonçaient leur confinement, lors d'une manifestation dans le centre de Londres, à l'intérieur d'un cordon de police (une mesure désignée par le terme de « *kettling* » – « *enchaudronnement* ») pendant une durée ayant pu aller jusqu'à sept heures ; ils y voyaient une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1 de la Convention.

Eu égard au contexte dans lequel la mesure de confinement ici en cause a été prise, la Cour, dans le souci d'être complète, estima opportun de rappeler que l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention garantit le droit à la liberté de circulation. Certes, les requérants n'ont pas invoqué cette disposition, le Royaume-Uni n'ayant pas ratifié le Protocole no 4 et n'étant donc pas tenu par cet instrument. La Cour jugea cependant utile, eu égard à l'importance et à la signification des dispositions distinctes de l'article 5 d'une part et de l'article 2 du Protocole n° 4 d'autre part, de formuler les observations suivantes. Tout d'abord, l'article 5 de la Convention ne saurait s'interpréter de manière à intégrer les exigences de cette disposition et à les rendre ainsi applicables aux Etats qui, comme le Royaume-Uni, n'ont pas ratifié ce Protocole. Par ailleurs, l'article 2 § 3 du Protocole no 4 autorise des restrictions à la liberté de circulation lorsqu'elles constituent des mesures nécessaires, notamment, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (§ 55).

⁴⁹⁸ *H. M. c. Suisse*, 26 février 2002, requête n° 39187/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-II ; *JCP G*, 2002, I, 157, numéro quatre, chronique F. Sudre.

⁴⁹⁹ *Austin et autres c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], 15 mars 2012, requêtes n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, *Recueil des arrêts et décisions* 2012 ; non-violation de l'article 5 § 1.

417. De plus, selon la Cour, la police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles. Pareilles décisions sont presque toujours compliquées et la police, qui a accès à des informations et renseignements non accessibles au grand public, est généralement la mieux placée pour les prendre (*P.F. et E.F. c. Royaume-Uni*, requête n° 28326/09, 23 novembre 2010, § 41). De plus, déjà en 2001, les progrès en matière de technologies de communication permettaient de mobiliser des protestataires rapidement, secrètement et à une échelle sans précédent. Les forces de police des États contractants font face à de nouveaux défis, que nul n'avait peut-être prévus à l'époque où la Convention a été rédigée, et elles développent pour y répondre de nouvelles techniques de maintien de l'ordre, parmi lesquelles s'inscrit notamment le « kettling » (§ 56).

418. L'article 5 ne saurait donc s'interpréter de manière à empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public, sous réserve qu'elle respecte le principe qui sous-tend l'article 5, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire (*Saadi c. Royaume-Uni* [GC], 29 janvier 2008, n° 13229/03, §§ 67-74).

La question de savoir dans un cas donné s'il y a eu privation de liberté est donc fonction des faits particuliers de l'espèce. À cet égard, la Cour rappelle que dans le cadre du système de la Convention elle est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme (*A. et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], 19 février 2009, requête n° 3455/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2009, § 154). Découlant d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention. La Cour doit éviter de prendre le rôle d'un juge des faits statuant en première instance, sauf si cela est rendu inévitable par les circonstances d'une affaire particulière. En principe, là où des procédures internes ont été menées, la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions nationales, auxquelles il appartient de les établir sur la base des preuves recueillies par elles. Si la Cour n'est pas liée par les constatations de ces dernières mais demeure libre de se livrer à sa propre évaluation à la lumière de l'ensemble des éléments dont elle dispose, elle ne s'écartera normalement des constatations de fait des juges nationaux que si elle est en possession de données convaincantes à cet effet (*Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], 24 mars 2011, requête n° 23458/02, *Recueil des arrêts et décisions* 2011, § 180).

Eu égard toutefois au fait qu'en vertu des articles 19 et 32 de la Convention, il lui appartient d'interpréter et d'appliquer celle-ci en dernier ressort, la Cour, si elle doit certes prendre en compte les constatations de fait des juridictions internes, n'est pas limitée par leurs conclusions juridiques quant au point de savoir si le requérant a ou non été privé de sa liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention (voir, par exemple, « *Storck* », précité, § 72).

419. Eu égard aux critères énoncés dans l'affaire « Engel et autres », la Cour estime que la nature coercitive de la mesure de confinement litigieuse, sa durée et ses effets sur les requérants, notamment l'inconfort physique qu'elle leur a causé et l'impossibilité dans laquelle elle les a mis de quitter Oxford Circus, sont des éléments qui militent en faveur d'un constat de privation de liberté. (§ 64). Elle doit toutefois également prendre en compte le « genre » et les « modalités d'exécution » de la mesure en question. Le contexte dans lequel celle-ci s'insère a son importance. Il convient donc de noter que la mesure a été imposée dans un but d'isolement et de confinement d'une foule nombreuse, dans des conditions instables et dangereuses. La police décida d'avoir recours pour contrôler la foule à une mesure de confinement plutôt qu'à des méthodes plus radicales qui auraient pu donner lieu à un risque supérieur d'atteintes aux personnes. Le juge de première instance conclut que, eu égard à la situation à Oxford Circus, la police n'avait pas eu d'autre choix, pour parer à un risque réel de dommages corporels et matériels graves, que d'imposer un cordon absolu (§ 26). La Cour n'aperçoit aucun motif de se démarquer de la conclusion du juge interne selon laquelle la mise en place d'un cordon intégral était le moyen le moins intrusif et le plus efficace à utiliser dans les circonstances⁵⁰⁰.

La Cour souligne que la conclusion selon laquelle il n'y a pas eu privation de liberté est fondée sur les faits spécifiques et exceptionnels de l'espèce. (§ 68).

420. La privation de liberté, pour être déclarée conforme à la Convention, doit avoir respecté les « voies légales » et avoir été « régulière » (arrêt de la CEDH, *Winterwerp*, 24 octobre 1979, *Les Grands arrêts de la Cour européenne de l'homme*, numéro 14). Pour ce qui concerne le respect des « voies légales », celui-ci renvoie de manière formelle à la législation nationale et implique la conformité aux normes internes de fond et de procédure⁵⁰¹. Cela suppose d'abord que la mesure

⁵⁰⁰ Sur la base des faits établis par le juge de première instance, la Cour ne peut identifier un moment précis où la mesure, d'une restriction à la liberté de mouvement qu'elle constituait tout au plus, se serait muée en une privation de liberté. Il est frappant de constater que, cinq minutes environ après la mise en place du cordon intégral, la police envisageait déjà de commencer une opération de dispersion contrôlée vers le nord. Trente minutes plus tard, une deuxième tentative fut amorcée, puis suspendue en raison du comportement violent de personnes à l'intérieur et à l'extérieur du cordon. Entre 15 heures et 18 heures environ, les policiers réexaminèrent la situation à intervalles réguliers mais, au vu de l'arrivée d'un nouveau groupe de manifestants et des conditions dangereuses qui prévalaient au sein des divers rassemblements, ils estimèrent qu'il était impossible de libérer en toute sécurité les personnes à l'intérieur du cordon. Le processus de libération contrôlée fut repris à 17 h 55, puis stoppé à 18 h 15, de nouveau repris à 19 heures puis suspendu à 19 h 20, repris encore une fois à 19 h 30 puis de nouveau abandonné, et enfin mené de façon continue, par groupes de 10 personnes, jusqu'à la dispersion totale de la foule à 21 h 45 (paragraphe 24). Le juge de première instance estima en conséquence que les conditions mêmes qui avaient contraint la police à retenir la foule à 14 heures avaient persisté jusqu'à 20 heures environ, lorsque le processus de libération collective avait pu finalement se dérouler sans interruption (paragraphe 24) (§ 67).

⁵⁰¹ Pour un exemple de violation, *Wassink c. Pays-Bas*, 27 septembre 1990, requête n° 12535/86, série A n° 185-A, §27.

privative de liberté ait une « base légale » en droit interne sauf à être arbitraire (*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, requête n° 20972/92, *Recueil* 1997-VIII, § 46, à propos de la détention d'un appelé objecteur de conscience). Cela suppose aussi la « qualité » des normes juridiques applicables aux intéressés. La « loi » nationale doit être « suffisamment accessible et précise enfin d'éviter tout danger d'arbitraire »⁵⁰².

En bref, quand il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique, qui exige que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application (*Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, requête n° 28358/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-III, § 52). Tel n'est pas le cas, par exemple, de la législation polonaise qui, en l'absence de dispositions ou jurisprudence spécifique, ne prévoit aucune norme précise pour prolonger le maintien en détention d'une personne au stade de la procédure judiciaire⁵⁰³.

L'exigence des « voies légales » est toutefois entendue seulement en matière de coopération pénale, où le principe de liberté des États prévaut. Comme le souligne la Cour européenne, « la livraison d'un fugitif résultant d'une coopération entre États ne constitue pas, en tant que telle, une atteinte à la légalité de l'arrestation » et, donc, « ne pose pas de problème sous l'angle de l'article 5 » (*Ocalan c. Turquie*, 12 mars 2003, § 90, *RGDIP* 2003, 472, chronique P. Weckel ; et [GC], requête n° 46221/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IV). Le requérant a été arrêté au Kenya et détenu dans ce pays par des agents turcs aux fins d'être ensuite jugé en Turquie. La condition des « voies légales » est alors satisfaite dès lors que l'État territorial a donné son consentement à l'arrestation et que l'État partie qui a procédé à celle-ci a respecté son droit interne.

421. En outre, la régularité de la détention réclame la conformité au but des restrictions autorisées par l'article 5, paragraphe premier, car « dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière » (*Winterwerp*, précité, § 39). La Cour vérifie si la mesure privative de liberté, tant dans son adoption que dans son exécution, est compatible au but de l'article cinq, paragraphe premier, et si les circonstances étaient de nature à justifier la privation de liberté et ses modalités particulières. Par son arrêt « *Conka contre Belgique* » (5 février 2002, requête n° 51564/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I), le juge européen estime incompatible avec la finalité de l'article cinq le recours à la ruse par

⁵⁰² *Amuur*, précité, § 50. Voir également, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, requête n° 24838/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII.

⁵⁰³ *Gusinskiy v. Russia*, 19 mai 2004, requête n° 70276/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IV ; et, *JCP G*, 2004, I, 162, numéro 2, chronique F. SUDRE.

l'administration, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion, pour tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation afin de mieux pouvoir les priver de liberté.

L'exigence de « raisons plausibles » de soupçonner une personne d'avoir commis une infraction est la condition sine qua non de la privation de liberté. Selon la jurisprudence européenne, la plausibilité des soupçons tient à l'existence « de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction » (*Fox, Campbell et Hartley contre Royaume-Uni*, 30 août 1990, requêtes n° 12244/86, n° 12245/86, n° 12383/86, série A n° 182, § 32).

422. Il convient de préciser que certains États ont instauré un contrôle *a posteriori* non juridictionnel des violations des droits de l'homme et, en l'occurrence des arrestations arbitraires à l'instar du Mexique. Au **Mexique, l'État de Basse Californie du Sud** a ainsi édicté une loi relative à la Commission étatique des droits de l'homme de Basse Californie du Sud. La présente loi recevra application dans tout l'État de Basse Californie du Sud en matière de droits de l'homme dans les termes établis par l'alinéa de l'article 102 de la Constitution politique des États-Unis du Mexique et par l'article 85 de la Constitution politique de l'État de basse Californie du Sud. (Article premier de la loi précitée). La Commission étatique des droits de l'homme est un organisme public doté de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre ; cette commission a pour objet la protection, la promotion, l'étude et l'observation des droits de l'homme établis par l'ordre juridique mexicain. (Article deux de la loi précitée).

423. En ce qui concerne la compétence de la Commission, celle-ci sera compétente pour connaître des violations présumées des droits de l'homme quand celles-ci seront imputées aux autorités et aux fonctionnaires publics de caractère étatique ou municipal (article sept de la loi susvisée). Ainsi, la commission recevra les attributions suivantes : recevoir les plaintes des violations présumées des droits de l'homme ; connaître et enquêter des pétitions des présumées violations des droits de l'homme dans les cas suivants. Ces violations peuvent résulter soit des actes ou des omissions de la part des autorités administratives à caractère étatique ou municipal. Quand les particuliers commettent des actes illicites avec la tolérance ou l'assentiment de quelques fonctionnaires publics ou autorités.

424. La Commission étatique des droits de l'homme pourra formuler des recommandations publiques, recommandations qui ne lient pas les autorités publiques respectives suivant les termes établis par l'article 102, alinéa 2 de la Constitution politique des États-Unis du Mexique. Cette Commission pourra également proposer aux diverses autorités de l'État et aux municipalités dans le champ de sa compétence les changements et modifications des dispositions législatives et

réglementaires. Elle pourra également proposer des pratiques administratives qui, selon elle, aboutissent à une meilleure protection des droits de l'homme. La Commission pourra également promouvoir l'étude, l'enseignement des droits de l'homme à l'échelon étatique ou municipal. La Commission supervise également le respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire et de réadaptation sociale de l'État.

425. La procédure applicable devant la Commission est régie par le titre trois de la loi précitée. Ainsi, toute personne pourra dénoncer les violations présumées des droits de l'homme et être entendue devant la Commission pour présenter soit directement soit par un représentant les dénonciations contre les dites violations (article 26 de la loi susvisée). Lorsque les intéressés ont été privés de leur liberté, les faits pourront être dénoncés par leurs ayants droits. Les organisations non-gouvernementales légalement constituées pourront également être entendues devant la commission pour dénoncer les violations des droits de l'homme pour les personnes qui du fait de leur condition physique, mentale, économique et culturelle n'ont pas la capacité effective de présenter leurs plaintes de manière directe.

La plainte pour harcèlement est présentée dans un délai d'un an à partir du moment où a commencé l'exécution des faits qui sont estimés comme violant les droits de l'homme. Dans des cas exceptionnels, pour ce qui a trait à des infractions graves relatives à la violation des droits de l'homme, la Commission pourra étendre le délai par une résolution motivée. (Article 27 de la loi susvisée). Il convient de préciser que les autorités et les fonctionnaires publics sont soumis à la responsabilité pénale et administrative pour les actes ou les omissions présentées devant la Commission en accord avec les dispositions constitutionnelles et légales en vigueur (article 59 de la loi précitée). Ainsi, la Commission pourra dénoncer devant les organes compétents les délits et les fautes qui ont été commis par les autorités ou les fonctionnaires publics (article 60 de la loi susvisée).

Conclusion du Titre premier

426. Le but de l'État est le bonheur public. La jouissance des droits et libertés dont doit bénéficier chaque être humain qui vit sur le territoire étatique n'est possible que par l'état de paix sociale générée par la force publique qui se pose comme étant la garante des droits et libertés par l'exercice du monopole de la violence physique légitime. L'exercice du monopole de la contrainte physique légitime doit viser à garantir les droits et libertés de chaque être humain vivant au sein de la société. Pour atteindre ce but fondamental, il est nécessaire que la contrainte exercée soit encadrée. Dans le domaine de la liberté d'aller et de venir, la force publique doit agir à l'aune du principe de légalité, lequel est l'œuvre du Législateur ; ce principe doit viser la nécessaire conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public. En effet, comme le proclamait en 1789 le constituant Malouet, les droits de l'homme et du citoyen « sont tout à la fois la lumière et la fin du législateur : car les lois ne sont que le résultat et l'expression des droits et des devoirs naturels, civils et politiques»⁵⁰⁴

427. Grâce à un encadrement juridictionnel *a priori* et *a posteriori*, les contrôles opérés par la force publique en vue de la recherche des auteurs d'infractions satisfont à la nécessaire conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public. L'œuvre de conciliation effectuée par la figure du juge qu'il soit constitutionnel, judiciaire, administratif, communautaire ou européen concerne également le droit de propriété.

⁵⁰⁴ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1er août 1789, voir les pages 322-323. Voir, Introduction, p. 8.

Titre deuxième. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte au regard du droit de propriété.

428. La définition de la propriété comme droit subjectif et telle que l'a fixée le fameux article 544 du Code Napoléon⁵⁰⁵ peut être présentée suivant trois séries de distinctions caractéristiques. Une première distinction concerne la forme et le contenu ; la forme vise l'origine du droit dans la loi qui le reconnaît, elle correspond alors à un titre ou à une investiture qui constitue un élément suffisant. Pour ce qui concerne le contenu, celui-ci est tourné vers l'objet du droit, autrement dit les utilités auxquelles il s'applique ; il recouvre alors l'ensemble des prérogatives qui permettent au bien approprié de remplir un service concret. Au sein du contenu, il convient ensuite de discerner trois facultés que détermine le genre de services que l'on peut attendre de la chose : l'usage, qui tend à la regarder dans sa substance même comme procurant une satisfaction qui ne s'épuise pas ; la jouissance qui au contraire ne porte que sur les revenus la chose et la disposition qui désigne le pouvoir de l'aliéner.

429. Par ailleurs, l'article deux de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 met en lumière l'importance cardinale du droit de propriété au sein des sociétés humaines. En effet, l'article susvisé précise que « [l]e but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », parmi lesquels figurent « la propriété ».

430. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte doit à ce titre s'exercer également vis-à-vis du droit de propriété. Le droit de propriété présente un caractère inaliénable et sacré, droit qui se trouve au fondement des sociétés. Les moyens mis à disposition de la force publique pour traduire en justice les auteurs d'infractions peuvent engendrer des atteintes au droit de propriété. Aussi, ces moyens de contrainte doivent être strictement encadrés afin de ne pas laisser prospérer l'arbitraire.

⁵⁰⁵ L'article 544 du Code civil énonce que : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Code civil, Livre II « Des biens et des différentes modifications de la propriété », Titre II : « De la propriété » ; l'article 544 du Code civil est issu de la loi du 27 janvier 1804, loi promulguée le 6 février 1804.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel français estima que « l'article 544 du Code civil, qui définit droit propriété, ne méconnaît pas par lui-même aucun droit ou libertés que la constitution garantit », considérant numéro 9, décision numéro 2011 – 169 QPC du 30 septembre 2011 « Consorts M. et autres », *recueil*, p. 478 et *Journal Officiel de la République Française* du 1^{er} octobre 2011, p. 16527.

La force publique vise ainsi à recueillir les preuves utiles à la manifestation de la vérité ; celle-ci constitue un acteur du système pénal au sein de la société. (**Chapitre premier**).

De surcroît, la force publique est amenée à sanctionner les auteurs d'infractions par la saisie de l'instrument qui a permis l'infraction ou le produit de cette infraction. La force publique, exerçant le monopole de la violence physique légitime, est chargée d'exécuter les décisions de justice rendues au nom du Peuple français (**Chapitre deux**).

Chapitre premier. La contrainte de la force publique au service de la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité.

431. Rendre la justice ne relève pas de l'arbitraire ou du hasard, comme pourrait le laisser à penser l'étymologie du mot grec *diké* signifiant la justice, de *dikein*, « jeter les dés ». En effet, le juge doit être en mesure de se fonder sur des preuves ; c'est ainsi la seule manière pour lui d'exercer son office, en d'autres termes de trancher un point douteux, sur lequel l'incertitude est de l'ordre du fait ou bien du droit. Cela suppose de simples constatations matérielles ou bien une démonstration logique. Il faut distinguer ici le droit objectif, à savoir la règle qui attache l'existence d'un droit subjectif à certaines conditions, de ses conditions elle-même. La preuve ne saurait porter sur le droit objectif dont l'application est requise et que le juge est censé connaître afin de dire le droit : elle vise le fondement immédiat du droit subjectif contesté, à savoir les conditions d'application de la règle⁵⁰⁶.

432. Afin d'assurer l'ordre public, la force publique recherche les auteurs d'infractions en exerçant sa contrainte légitime, laquelle peut porter atteinte au droit de propriété. Aussi, la force publique ne peut agir que conformément au principe de légalité, lequel est l'œuvre du Législateur qui doit assurer la conciliation entre la protection du droit de propriété, droit de nature constitutionnelle et la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions. L'action de la force publique peut ainsi porter atteinte au droit de propriété ; ces atteintes sont strictement encadrées au regard du caractère inaliénable et sacré du droit de propriété (**Section première**). En outre, la force publique est chargée de recueillir les indices ou les preuves des infractions afin que le juge puisse être en mesure d'accomplir son office. (**Section deuxième**).

⁵⁰⁶ MOTULSKY (Henri), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse de doctorat (Lyon), Sirey, Paris, 1948, 183 p. ; voir spécialement, numéro 48 et suivants. Préface de M. Paul ROUBIER (1886-1963), Professeur de droit à l'Université de Lyon, doyen de la Faculté de droit de Lyon, et président du tribunal consulaire de France à Beyrouth. Source : IdRef, Le référentiel des autorités Sudoc, <<http://www.idref.fr/060359684>>

Notice d'autorité personne de la Bibliothèque Nationale de France. MOTULSKY, Henri (1905-1971) *forme internationale*. Nationalité : France, langue : français. Il naquit le 09 juin 1905. Docteur en droit (Faculté de droit de Lyon), il fut Professeur et un théoricien du droit. Pour ce qui concerne l'œuvre d'Henri MOTULSKY du point de vue de la philosophie du droit, l'on pourra se reporter avec profit à la contribution du Professeur Bruno OPPETIT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) ; OPPETIT (Bruno), « Henri Motulsky et la philosophie du droit » in *Archives de Philosophie du droit* 1993, tome 38, pp. 251-256. Cet article est une Conférence prononcée lors d'une journée organisée à la Cour de cassation le 20 décembre 1991 pour la commémoration du vingtième anniversaire de la disparition d'Henri Motulsky. Source : Association française de philosophie du droit, <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/>>

Section première. La détermination du droit de propriété.

433. Le droit de propriété constitue l'un des droits les plus importants au sein des sociétés humaines. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 énonce que « [l]a propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Aussi, toute étude juridique du droit de propriété nécessite au préalable de s'intéresser aux conceptions philosophico-juridiques qui le fondent (I). Ce droit cardinal reçoit une consécration juridique de valeur constitutionnelle (II).

I. Les conceptions philosophiques du droit de propriété.

434. John LOCKE mit en lumière le caractère sacré du droit de propriété au sein des sociétés humaines. Dans son *Essai sur le gouvernement civil*, paragraphe 138, le philosophe écrit : « La puissance suprême ne peut ravir à aucun homme une portion de sa propriété sans son propre consentement. Car la protection de la propriété étant la fin même du gouvernement et celle en vue de laquelle l'homme entre en société, cela suppose nécessairement le droit à la propriété, sans lequel les hommes seraient supposés perdre en entrant en société cette chose même qui les y a fait entrer ». Le droit de propriété possède un caractère éminent, notamment au sein de l'ordonnement juridique français. Ainsi, l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 proclame que « La propriété est un droit inviolable et sacré : nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

435. La propriété constitue donc une institution essentielle dans le cadre des sociétés humaines. Eu égard à son importance éminente dans la vie des hommes, la notion de propriété fut appréhendée par la pensée philosophique, laquelle fonde sa consécration juridique. Aussi, il convient d'étudier pour la France en particulier la pensée physiocratique qui joua un rôle majeur au moment de la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (§1), avant d'analyser les théories relatives au droit de propriété (§2).

§ 1. La propriété dans la pensée physiocratique.

436. Le droit de propriété s'inscrit au sein de la philosophie politique. L'on peut se référer à la physiocratie, dont l'une des grandes figures est Pierre Samuel du Pont de Nemours⁵⁰⁷. Dans son ouvrage intitulé « De l'origine et des progrès d'une science nouvelle »⁵⁰⁸, l'auteur développa ses idées suivant lesquelles pour qu'il y ait la plus grande liberté possible dans l'emploi, et la plus grande sûreté possible dans la jouissance des propriétés personnelles, mobilières et foncières, il faut que les hommes réunis en société se garantissent mutuellement ces propriétés, et les protègent réciproquement de toutes leurs forces physiques. Ce sont cette garantie et cette protection mutuelle qui constituent proprement la société. Du Pont de Nemours assigne donc à la propriété une valeur cardinale au sein des sociétés humaines.

437. En outre, il attribue à la force publique le rôle primordial de garantir le droit de propriété à chacun des membres de la cité. « Si pour tenir la main à la garantie mutuelle du droit de propriété, il fallait que tous les hommes veillassent pour défendre leurs possessions et celles d'autrui, ils seraient dans un état moins avantageux que l'état primitif où chacun n'avait à conserver que son propre bien. Il faut donc une autorité tutélaire qui veille pour tous, tandis que chacun vaque à ses affaires. Pour que cette autorité remplisse le ministère important qui lui est confié, il faut qu'elle soit souveraine, qu'elle soit armée d'une force supérieure à tous les obstacles qu'elle pourrait rencontrer. Il faut aussi qu'elle soit unique. L'idée de plusieurs autorités dans un même État, ne présente qu'une absurdité complète »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ DU PONT DE NEMOURS (Pierre-Samuel). Né en 1739 à Paris, mort en 1817 aux États-Unis d'Amérique. Député à l'Assemblée constituante et au Conseil des Anciens, secrétaire puis Président de la Chambre de commerce de Paris, Conseiller d'État sous Louis XVIII, du Pont de Nemours quitta la France pour les États-Unis d'Amérique en 1815, au débarquement de Napoléon, car il ne souhaitait pas « passer en un jour d'une main à l'autre ».

⁵⁰⁸ DU PONT DE NEMOURS (Pierre Samuel), *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Chez Desaint, libraire, à Londres et à Paris, M. DCC. LXVIII., 84 pages ; voir spécialement, § V, page 28 : « Point de propriété, sans liberté ; point de liberté, sans sûreté. »

⁵⁰⁹ Toutefois, de nos jours, en ce qui concerne la garantie du droit de propriété par la force publique, les services de police de l'État ne peuvent voir leur responsabilité engagée que sur le terrain de la faute lourde. En l'occurrence, une société d'assurance et l'assuré ne peuvent obtenir la condamnation de la puissance publique en raison des activités de ses services de police sur la circonstance, qu'à la suite d'un premier vol avec effraction, les services policiers n'auraient pas adopté les mesures idoines pour empêcher un nouveau cambriolage. Ainsi, en se retirant après leur première intervention, les services de police ont veillé à ce que la porte de l'appartement soit refermée à l'aide d'une serrure existante. Si les services de police n'ont pas fait procéder au remplacement des verrous de la porte d'entrée et à la garde de l'appartement, cette circonstance ne suffit pas, à elle seule, à établir l'existence d'une faute lourde, seule susceptible d'engager la responsabilité de l'État.

438. Au siècle des Lumières, les débats philosophiques relativement au droit de propriété furent nombreux. Ainsi, sous la Révolution française, BRISSOT DE WARVILLE (1744-1793)⁵¹⁰ publia ses *Recherches philosophiques sur le droit propriété considéré dans la nature, pour servir de premier chapitre à la Théorie des lois criminelles de M. LINGUET. Par un jeune philosophe. (1780)*. Ce premier texte théorique de BRISSOT était rédigé au moment où les débats sur la nature du droit de propriété avaient été fortement marqués par plus de vingt années de publications physiocratiques. En effet, l'école de QUESNAY avait fait de la propriété foncière l'unique source de richesse et l'unique origine du droit de citoyenneté. Cette affirmation de l'existence d'un droit de propriété antérieur à la société avait pour conséquence de mettre la propriété en dehors du droit social, lui-même considéré comme étant la simple conséquence de l'existence préalable d'un droit intangible qu'il était impossible de limiter et encore plus de supprimer.

S'inscrivant dans le courant radicalement anti-physiocratique, incarné alors par MABLY, MORELLET et LINGUET, BRISSOT proposait dans cet ouvrage une thèse qui, sans être véritablement neuve, prenait une dimension ouvertement subversive. La démonstration s'articule autour de cinq questions : qu'est-ce que la propriété ? Pourquoi est-on propriétaire ? Quels sont les propriétaires ? Sur qui ce droit peut être exercé ? Peut-on aliéner le droit propriété ? Se plaçant du point de vue de l'état de nature, BRISSOT veut démontrer que le droit de propriété exclusive y est ignoré ; le droit de propriété peut alors être réduit à la libre disposition de sa personne et aux biens nécessaires à sa vie ; au-delà de la satisfaction des besoins élémentaires, le droit de propriété d'un individu sur les choses cesse, sauf à devenir abus et crime.

439. Tout individu est donc propriétaire, par la raison même qu'il vit et le droit naturel lui permet de prendre ce que d'autres auraient accaparé aux dépens de ses besoins vitaux : « Point de propriété exclusive de la nature. Ce mot est rayé de son code. Elle n'autorise pas plus l'homme à jouir exclusivement de la terre, que de l'air, du feu et de l'eau. » Les adversaires de BRISSOT ont pu

Cour administrative d'appel de Paris, 30 avril 1991, « Mutuelle assurance des Instituteurs de France (MAIF) et Mme X... », N° 89PA01230, inédit au recueil Lebon ; BOSQUET, rapporteur, DACRE-WRIGHT, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

⁵¹⁰ BRISSOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre), *Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature, pour servir de premier chapitre à la « Théorie des lois » de M. Linguet par un jeune philosophe*, Paris, 1780, réédition par les Éditions d'histoire sociale, Paris, 116 p.

Brissot de Warville, Jacques-Pierre (1754-1793). En 1789, BRISSOT se lança dans la bataille politique ouverte par la réunion des États-Généraux. Il fut l'un des publicistes les plus influents des premières années de la Révolution. Passant pour chef de parti, il était également l'un des dirigeants occultes du « ministère girondin » en 1792. Par peur d'une domination des couches populaires incarnées par la Commune de Paris, il se fait défenseur d'un ordre libéral garant des droits de propriété, lequel constitue le fondement de la société. La carrière de BRISSOT, élu député à la Convention par l'Eure-et-Loir, suivit l'itinéraire de la Gironde, dont il fut l'un des principaux chefs. Décrété d'accusation le 2 juin 1793, il fut arrêté quelques jours plus tard à Moulins. Principal accusé dans les procès girondins, il fut condamné à mort et exécuté le 31 octobre 1793.

dénoncer dans son ouvrage l'apologie du vol, s'appuyant sur une lecture rapide de ce passage : « on est parvenu à faire regarder comme forcée et abominable, l'action du malheureux dépouillé de son droit de propriété primitive, qui osait le réclamer, pour se soustraire à la mort ».

Pourtant, BRISSOT défendait une position beaucoup plus complexe et nuancée : son refus d'envisager un droit de propriété naturelle ne l'amenait pas à nier toute légitimité à la propriété sociale et cette concession majeure ouvrait la voie à toutes les évolutions possibles de l'auteur. Il serait cependant erroné de voir dans ce traité de 1780 un simple exercice de style, en forme de provocation non dissimulée, de la part d'un jeune auteur encore inconnu. Nier l'existence d'un droit naturel de propriété au-delà de la satisfaction des besoins de la vie était une prise de position politique décisive, que BRISSOT n'a jamais fondamentalement abandonnée. Cela revenait accorder à la loi positive le droit de réglementer l'usage de la propriété, ainsi que sa transmission, voire son étendue.

Ce texte précoce de BRISSOT permet de situer l'auteur dans les grands débats de la fin des Lumières et de constater qu'il était un adversaire résolu de la vision physiocratique de l'ordre social. Son refus de considérer la propriété comme un droit naturel ne le poussait pas à en condamner l'existence sociale, mais le conduisait à rejeter sa sacralisation, aussi bien en sa répartition que dans ses formes juridiques.

440. La détermination du droit de propriété. Pour déterminer en quoi consiste le droit de propriété, il faut rappeler que le Droit, en général, consiste dans l'ensemble des conditions nécessaires pour le développement physique et intellectuel de l'homme, en tant que ces conditions sont dépendantes de la volonté humaine. La propriété juridique est la réalisation du droit pour une personne particulière.

La propriété constitue donc le droit particulier de chacun, la réalisation du droit propre de chacun. Ce qui est dû individuellement à chaque homme est ce qui est son droit, sa propriété. La définition de la propriété juridique selon Arhens est : « La propriété est la réalisation de l'ensemble des moyens et conditions nécessaires pour le développement soit physique soit intellectuel de chaque individu, dans la quantité et la qualité conformes à ses besoins »⁵¹¹. Dans cette définition, l'on

⁵¹¹ AHRENS (Heinrich), *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, Société typographique belge, Ad. Wahlen et compagnie, Bruxelles, 1838, 512 pages ; voir spécialement, « Partie spéciale de la philosophie du droit, exposition détaillée des différentes sphères du droit », Première division « Du droit de l'individu ou du droit individuel », Chapitre II « Du droit particulier de l'homme sur les choses et spécialement du droit de propriété », Première partie intitulée « Théorie générale ou abstraite de la propriété », § II « Du droit propriété », pp. 168-198 ; Heinrich Ahrens (1808-1874) était un ancien docteur agrégé à l'Université de Goettingue ; il fut Professeur de philosophie et de droit naturel à l'Université de Bruxelles.

voit que la propriété n'est pas seulement fondée en droit, mais sur le Droit même, parce qu'elle en est une application particulière à la sphère individuelle de chaque personne. La propriété a donc avec le Droit le même fondement ; elle est fondée sur les besoins de l'homme tels qu'ils résultent des différents buts rationnels qu'il poursuit par son développement.

441. Les limites du Droit propre sont aussi les limites de la propriété ; et comme le Droit propre de chacun se borne à l'ensemble des conditions nécessaires à son développement physique et intellectuel, chacun, d'après le droit naturel, ne peut prétendre qu'à une propriété suffisante pour les besoins qui résultent de la nécessité de son développement. Le titre de propriété est ainsi constitué pour chacun par ses besoins ; lorsque ces besoins sont satisfaits, et en tant qu'ils sont satisfaits, le titre s'éteint en droit naturel.

442. Après avoir établi la doctrine générale de la propriété, telle que celle-ci découle du principe du droit posé, il convient d'examiner les théories opposées qui partent d'un principe différent. Ces théories considèrent la propriété non comme un droit résultant immédiatement de la nature humaine, mais comme le produit d'un acte quelconque de la volonté ou de l'activité humaine, tels, par exemple, que l'occupation ou la convention. Ces théories ne regardent pas la propriété comme un droit naturel, mais comme un droit dérivé ou secondaire. D'après la théorie de Ahrens, la propriété est un droit naturel, et quelle que soit la nature de cette propriété, la base s'en découvre dans le droit naturel.

§ 2. Exposition de la théorie qui fait dériver le droit de propriété soit de la loi, soit d'une convention.

443. Exposition et réfutation de la théorie qui fonde le droit de propriété sur l'occupation⁵¹².

L'occupation des choses qui n'ont pas de maître a été considérée généralement et le plus anciennement comme le principal titre qui confère la propriété. Les jurisconsultes romains avaient même admis ce principe dans leurs décisions, et la compilation de Justinien le consacre comme une

⁵¹² Pour une vision historique du droit de propriété, l'on pourra se reporter avec un très grand profit à LABOULAYE (Édouard), *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, A. Durand, Paris, 1839, 532 p. ;

LABOULAYE, Édouard (1811-1883). Édouard René Lefebvre de Laboulaye naquit le 18 janvier 1811. Son mémoire sur l'*Histoire de la propriété foncière* fut couronné en 1837 par l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Avocat, il fut inscrit en 1842 au barreau de Paris. Après des *Recherches sur la condition civile et politique des femmes* (1843), il se consacra à l'étude du droit romain et publia en 1845 un *Essai sur les lois criminelles des Romains*. Il fut Professeur au Collège de France où, depuis l'année 1849, il occupait la Chaire d'histoire de législation comparée.

disposition législative (*Digeste*, livre 41, titre premier, fr. 3). On croyait donc que c'était la raison naturelle qui avait établi ce principe, et telle a été l'opinion de bon nombre d'auteurs qui ont écrit sur la propriété (Voir GROTIUS, *Du droit de la guerre et la paix*, Livre II, Chapitre 2 ; PUFENDORF, *Du droit la nature et des gens*, Titre IV, Chapitre 6).

444. En revanche, un certain nombre de jurisconsultes, et principalement les jurisconsultes des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles, lesquels ont posé ce principe, ne l'ont pas considéré comme étant suffisant à lui seul pour conférer à une personne l'usage exclusif d'une chose. Il fallait encore que les autres personnes qui n'avaient pas occupé la chose, fussent tenues à reconnaître et à respecter la possession acquise au moyen de l'occupation. Pour justifier cette obligation, on a d'abord supposé qu'à l'origine tous les hommes avaient eu un droit égal à toutes les choses, mais que pour posséder les choses en propre, tous étaient convenus tacitement entre eux de renoncer, chacun sa part, à ce droit universel sur toutes les choses, à condition que tous reconnussent comme propriété exclusive de la partie de la terre qu'une personne aurait occupé la première.

445. En examinant cette doctrine, qui fonde la propriété sur l'occupation, il faut d'abord remarquer qu'elle confond la question du principe ou du droit de propriété avec celle de son origine historique. Il est certain que la propriété foncière doit en général son origine à l'occupation que les hommes ont fait du sol et des choses matérielles ; mais, le fait seul de l'occupation d'une chose ne peut pas constituer le droit de propriété. À l'aune de la théorie de l'occupation, ce serait donc en dernier lieu la force plutôt que la première occupation qui devrait être considérée comme principe et titre de la propriété. Cependant, la force ne peut pas créer le droit.

446. Exposition et examen de la théorie qui fait dériver le droit de propriété, soit de la loi, soit d'une convention. Une théorie sur le droit de propriété fut établie par ceux qui cherchèrent le fondement de la propriété dans des actes qui seuls peuvent être considérés comme constituant des obligations générales. Ces actes sont la convention et la loi. Ces deux actes peuvent être identiques en se confondant, et ils se confondent dans les sociétés où les lois sont véritablement l'expression de la volonté générale et où, par conséquent, le peuple lui-même est indirectement ou directement le législateur. Alors, chaque loi constitue une vraie convention entre tous. Ces deux actes peuvent être aussi différents. Ils le sont au sein des États non constitutionnels et non démocratiques. Il faut, subséquemment, considérer chacun de ces actes spécialement pour voir s'il peut être le titre de la propriété.

447. Théorie qui fait dériver la propriété de la loi. Le premier penseur qui fait dériver la propriété de la loi fut Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, Livre XXVI, Chapitre 15)⁵¹³. Admettant avec Grotius et Pufendorf un premier état naturel au sein duquel tous les biens ont été en commun, il écrit : « comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. Les premières lois leur acquièrent la liberté, les secondes la propriété. »

L'idée fondamentale à savoir que la propriété n'est que le résultat de la loi, est nettement exprimée par Jeremy Bentham, dans son *Traité de législation civile et pénale*. Il affirme que « pour mieux faire sentir le bienfait de la loi, cherchons à nous faire une idée nette de la propriété. Nous verrons qu'il n'y a point de propriété naturelle, qu'elle est uniquement l'ouvrage de la loi. La propriété n'est qu'une base d'attente, l'attente de retirer certains avantages de la chose qu'on dit posséder en conséquence des rapports où l'on est déjà placé vis-à-vis d'elle. [...]. La propriété et la loi sont nées ensemble et mourrons ensemble. Avant les lois, point de propriété. Otez les lois, toute propriété cesse. »⁵¹⁴

Selon Montesquieu et Bentham, il échet donc à la loi civile de fonder la propriété. Par le vocable « loi », ces penseurs philosophiques entendent tous deux la déclaration d'un pouvoir politique investi de la fonction législative. En outre, Jeremy Bentham soutient qu'il n'y a point de propriété naturelle. Si la propriété ne résulte pas immédiatement de la nature de l'homme, si celle-ci n'est qu'un pur effet de la loi entendue dans le sens de Montesquieu et Bentham, la propriété devient une chose exposée aux décisions les plus arbitraires. Si les actes émanés de la puissance législative constituent seuls la propriété, l'on ne peut plus distinguer entre l'organisation juste et injuste de la propriété, car alors toutes les lois, dans tous les pays, imprimeraient à la propriété le même caractère légal. Toutes seraient donc également justes. Tout pouvoir quel qu'il soit aura le droit de régler la propriété de ses sujets comme bon lui semblera, d'y porter des atteintes, soit pour le profit du gouvernement, soit pour favoriser les uns aux dépens des autres.

⁵¹³ MONTESQUIEU (Charles-Louis) [de Secondat ; baron de La Brède et de (1689-1755)], *De l'Esprit des lois* : avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc. ; nouvelle édition, suivie de la « Défense de l'Esprit des lois », Garnier frères, Paris, 1871, 680 p. ; in-18.

Annotateurs : Mably, Gabriel de (1709-1785), Voltaire (1694-1778), La Harpe, Jean François de (1739-1803), Crevier, Jean-Baptiste-Louis (1693-1765). Source : Bibliothèque Nationale de France, <<http://catalogue.bnf.fr/>>

⁵¹⁴ BENTHAM (Jérémie), *Traité de législation civile et pénale* ; ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham par Ét. Dumont, membre du Conseil représentatif de Genève, troisième édition, revue, corrigée et augmentée, Rey et Gravier, Libraires, Paris, Tome premier, M DCCC XXX, 404 p. ; Du Code civil, Principes du Code civil, Chapitre VIII « De la propriété » ; voir spécialement, les pages 196-198.

448. Théorie qui fonde la propriété sur une convention. L'autre branche de la doctrine qui fonde le droit de propriété sur un acte général obligatoire pour tous, est fondée sur la théorie qui fait dériver le droit de propriété non de la loi, mais d'une convention. Cette théorie a été développée de manière principale par Emmanuel KANT⁵¹⁵. Il fit remarquer avec raison que les actes isolés d'un homme ne peuvent pas constituer le droit de propriété, parce que la propriété est une chose qui implique de la part de tous les membres de la société des obligations négatives, celle à titre d'exemple de ne pas y porter atteinte, et parce que les obligations personnelles doivent toujours être le résultat d'un consentement mutuel désigné sous le nom de convention. La propriété définitive n'est donnée que par la convention de tous les membres de la société. Cette propriété définitive fut appelée par lui d'une manière singulière la « possession intellectuelle ». Il a voulu exprimer en ayant recours à cette expression que cette possession qui constitue la propriété n'est pas le résultat d'un fait matériel comme l'occupation, mais qu'elle a d'abord son fondement dans l'idée d'une personne, du propriétaire, et ensuite dans l'opinion de tous ; c'est-à-dire qu'elle possède sa garantie dans l'opinion générale de tous les membres de la société qui sont convenus de la respecter.

Les idées de KANT sur le droit naturel et, en particulier, sur la propriété, furent plus profondément développées par FICHTE⁵¹⁶, le continuateur de son système philosophique. Celui-ci précise que la base générale de la propriété est donnée par les principes généraux du droit, et qu'elle a son fondement particulier dans les droits personnels de l'homme. Cependant, il exige une convention entre tous les membres de la société civile, non pas seulement à l'effet de garantir, mais aussi d'organiser et de distribuer proportionnellement la propriété. Le droit consiste dans la limitation réciproque de la liberté de chacun pour que la liberté de tous puisse coexister ensemble et dans une sphère commune.

449. S'agissant du droit de propriété, le Professeur Pellegrino ROSSI⁵¹⁷ étudia la propriété dans les temps anciens et le Moyen Âge. La terre est examinée en tant que base de la force et source de la

⁵¹⁵ KANT (Immanuel), *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit* (Première partie de la Métaphysique des mœurs) in *Œuvres complètes de Kant*, traduites en français par Jules-Romain BARNI, avec des introductions analytiques et critiques, Auguste Durand, Libraire, Paris, 1853, 392 p. ; voir Première partie : « Droit privé : du mien et du tien extérieurs en général », Chapitre Premier : « De la manière d'avoir comme sien quelque chose d'extérieur ».

⁵¹⁶ FICHTE, Johann Gottlieb (1762-1814). FICHTE (J. G.), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* : 1796-1797, Presses universitaires de France, Paris, 1984, 418 p. ; Traduction de : « Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre » ; présentation, traduction et notes par Alain Renaut (1948-....). Préfacier. Traducteur. Annotateur.

⁵¹⁷ *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris* recueilli par M. A. Porée, précédé d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien, tome troisième, librairie de Guillaumin et compagnie, Paris, Oeuvres complètes de Pellegrino Luigi Edoardo ROSSI publiées sous les auspices du gouvernement italien, 1867, 463 pages ; soixante-deuxième leçon, voir spécialement les pages 197-212.

puissance publique. Il continue son étude en analysant le principe de la propriété et de son inviolabilité proclamée par les constitutions et consacrée même dans les lois qui confisquaient les biens des émigrés. La législation consacra l'inviolabilité des propriétés sans distinction, propriété foncière, propriété mobilière, propriété intellectuelle.

II. La consécration du droit de propriété en droit constitutionnel.

450. Eu égard à son importance cardinale au sein des sociétés humaines, le droit de propriété est consacré au sein de l'ordonnement juridique à l'échelon constitutionnel (§1). Du droit de propriété, découle la notion d'inviolabilité du domicile, laquelle peut souffrir quelques tempéraments par la contrainte que peut exercer la force publique dans le but de constituer des preuves utiles à la manifestation de la vérité judiciaire (§2).

§ 1. La constitutionnalisation du droit de propriété.

451. Eu égard à l'importance éminente du droit de propriété pour toute société humaine, ce droit reçut une consécration constitutionnelle. Il convient de retracer en France et dans le monde la reconnaissance constitutionnelle du droit de propriété à la fois dans l'histoire du droit constitutionnel français et européen (A), mais également en droit constitutionnel positif à l'échelon mondial et en France (B).

A. La consécration constitutionnelle du droit de propriété en histoire du droit constitutionnel français et européen.

452. Dans son *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, présenté au comité de constitution⁵¹⁸, Guy Jean-Baptiste TARGET développa le droit de propriété au sein de quatre articles ;

⁵¹⁸ Source : séance de l'Assemblée nationale du lundi 27 juillet 1789, séance présidée par M. le duc de LIANCOURT, *Moniteur*, pp. 278-290, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises imprimé par ordre de l'Assemblée nationale sous la direction de M. J. MAVIDAL, chef du bureau des procès-verbaux, de l'expédition des lois, des pétitions, des impressions et distributions de l'Assemblée nationale et de MM. E. LAURENT et E. CLAVEL, sous-bibliothécaires de l'Assemblée nationale*, première série (1789 à 1799), tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris, librairie administrative de Paul DUPONT, 1875, 731 p.

ce qui montre la grande importance de ce droit au cours des débats qui eurent lieu à l'Assemblée nationale constituante.

La propriété est définie comme étant le droit qui appartient à chaque homme, d'user et de disposer exclusivement de certaines choses ; l'inviolabilité de ce droit est garantie par le corps politique (Article 15). Des tempéraments exceptionnels y sont apportés. De cette manière, « aucun homme ne doit à personne le sacrifice de sa propriété ; il ne la doit pas même au corps politique, qui ne peut s'en emparer que dans le cas d'une nécessité publique, absolue, et seulement après l'avoir remplacée dans la main du propriétaire, par une valeur au moins égale ». (Article 16).

En dernier lieu, TARGET précisa l'objet du droit de propriété lequel ne peut exister que sur les choses. « Tout pouvoir qu'un homme exerce sur d'autres hommes, au préjudice de leurs droits naturels, est une usurpation de la force, et ne peut être une propriété : ce n'est pas un droit, mais un délit ».

453. Il est particulièrement intéressant de se référer au droit comparé pour apprécier la consécration constitutionnelle des droits et libertés propres à chaque être humain. Notre étude porte à la fois sur des constitutions en vigueur mais également sur d'anciennes constitutions car l'histoire permet de comprendre notre droit constitutionnel positif dont les dispositions s'expliquent et s'éclairent par l'histoire.

Ainsi, le droit de propriété a été consacré de manière solennelle au moment de notre Révolution française. Il est très intéressant de constater que cette consécration constitutionnelle s'est également opérée à travers l'Europe tout entière. Au **Portugal**, la Charte constitutionnelle du royaume du Portugal et Algarve⁵¹⁹ décrétée par le roi du Portugal et Algarve Don Pedro Ier, empereur du Brésil, le 29 avril 1826, prévoit en son titre VIII intitulé « Dispositions générales et garanties des droits civils et politiques des citoyens portugais » que « [l]'inviolabilité des droits civils et politiques des citoyens portugais qui ont pour base la liberté, la sûreté individuelle et la propriété, est garantie par la constitution du royaume de la manière suivante [...]. Le droit de propriété est garanti dans toute sa plénitude. Si l'utilité publique légalement constatée exige l'usage de l'emploi de la propriété

⁵¹⁹ DARESTE (R.), *Les Constitutions modernes, recueil des Constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé, traduites sur les textes et accompagnées de notices historiques et de notes explicatives*, tome deux, Augustin CHALLAMEL, Paris, 1910, troisième édition, revue, corrigée et mise au courant des modifications les plus récentes, 789 pages.

Rodolphe Dareste de la Chavanne (1824-1911). Pays : France, langue : français, naissance : 26-12-1824, Paris, mort : 24-03-1911, Paris. Il fut Archiviste paléographe (1846), linguiste, juriste, conseiller à la Cour de cassation et historien du droit. Il était Membre de l'Institut, de l'Académie des Sciences Morales et Politiques (élu en 1878). Source : Bibliothèque Nationale de France ; et, base de données data : <http://data.bnf.fr/12329702/rodolphe_dareste_de_la_chavanne/>

d'un citoyen, celui-ci sera préalablement indemnisé de sa valeur. La loi marquera les cas où il y aura lieu à cette unique exception et établira les règles pour la fixation de l'indemnité. » (§21).

On peut ici évoquer l'exemple du **Danemark** qui prévoit au titre huit de sa Constitution du 5 juin 1849 (révisée)⁵²⁰, et plus précisément en son article 82 que « [l]a propriété est inviolable. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est lorsque l'utilité publique l'exige. L'expropriation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi et moyennant indemnité complète. » De plus, cette constitution prévoit en son article 80 que « [l]e domicile est inviolable. Aucune perquisition domiciliaire, aucune saisie ou perquisition de lettres et autres papiers ne pourra avoir lieu qu'en vertu d'un jugement, sauf les exceptions spécialement déterminées par la loi. ».

La Constitution du royaume de **Roumanie** du 30 juin 1866 énonçait en son article 19 que « la propriété de toute nature est sacrée et inviolable, de même que toutes les créances sur l'État. ». En matière de secret des correspondances, la Constitution du royaume de Roumanie du 30 juin 1866⁵²¹ précisait en son article 25 que « le secret des lettres et des dépêches télégraphiques est inviolable. Une loi détermine la responsabilité des agents du gouvernement pour la violation du secret des lettres et dépêches confiées à la poste et au télégraphe. »

454. En **France**, en histoire du droit constitutionnel français, la propriété était définie comme étant le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie. (Article 5 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795)). C'est sur le maintien des propriétés que reposent la culture des terres, toutes les productions, tout moyen de travail, et tout l'ordre social. (Article 8). Tout citoyen doit ses services à la patrie et au maintien de la liberté, de l'égalité et de la propriété, toutes les fois que la loi l'appelle à les défendre. (Article 9).

De plus, l'article 358 de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) (TITRE XIV « Dispositions générales ») prévoit que la Constitution garantit l'inviolabilité de toutes les propriétés, ou la juste indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice.

En outre, le Droit de propriété reçut une consécration constitutionnelle par la Charte constitutionnelle du 14 août 1830. La loi garantit à chaque citoyen la conservation de sa propriété. Ainsi, l'article 8 de la Charte prévoit que : « Toutes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles. ». Néanmoins, le droit de propriété privée reçoit une modification lorsque l'intérêt public et l'avantage

⁵²⁰ Idem.

⁵²¹ Idem.

de la société commune en nécessite le sacrifice. « L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable. » (Charte constitutionnelle du 14 août 1830, Droit public des Français, en son article neuf).

455. En Belgique, au **Brabant**, le droit de propriété a été consacré dans le droit applicable à l'ancien duché du Brabant, et nous pouvons mentionner les sanctions que le droit pénal du XIII^e siècle appliquait dans l'ancien duché⁵²² ; la loi pénale du Brabant, comme celle de toutes les autres provinces constituant l'actuelle Belgique se rattachait étroitement à l'ancien droit germanique. L'empreinte de ce droit y était si profonde, les rapports entre les deux législations étaient si intimes, qu'il n'y a pas de doute que l'une n'ait été greffée sur l'autre. Ainsi, ce respect inviolable pour la propriété se manifeste si énergiquement dans les peines contre ceux qui y portent atteinte.

B. La consécration constitutionnelle du droit de propriété en droit constitutionnel positif à l'échelon mondial et en France.

456. De nos jours, la Constitution de la **République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁵²³ proclame que la « propriété est garantie ». (Article 25, premier alinéa). En cas d'expropriation ou de restriction de la propriété équivalant à une expropriation, une pleine indemnité est due. (Second alinéa).

La Constitution de **la République de l'Estonie**, constitution en date du 28 juin 1992 (cette constitution entra en vigueur le 3 juillet 1992 et celle-ci fut publiée au Journal Officiel de la République de l'Estonie, Riigi Teataja [RT] 1992, 26, 349) assure la protection de la propriété privée. Le paragraphe 32 de la Constitution estonienne prescrit que « la propriété de toute personne est inviolable et protégée de manière égale ». (Chapitre deux intitulé « Droits fondamentaux, libertés et devoirs »).

⁵²² VAN COETSEM (Gustave-Eugène), *Du droit pénal au XIII^e siècle dans l'ancien duché du Brabant, considéré en lui-même et dans ses rapports avec le droit public*, imprimerie et lithographie de L. HEBBELYNCK, GAND, 1857, 222 pages. L'auteur exerça la profession d'avocat près la cour d'appel de GAND, et il avait obtenu le grade de docteur en sciences politiques et administratives.

⁵²³ *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le peuple les 23 et 24 septembre 2000 ; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon le décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel ; <http://rsn.ne.ch>.

La Constitution de **Finlande** du 11 juin 1999 prévoit en sa Section 15, Chapitre deux intitulé « Droits fondamentaux et libertés » que « la propriété de toute personne est protégée. »⁵²⁴

Sur le continent africain, au **Congo**, la Constitution de la République du 20 janvier 2002 prévoit en son article 17 que « le droit de propriété et le droit de succession sont garantis. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, moyennant une juste et préalable indemnité, dans les conditions prévues par la loi »⁵²⁵.

Aux **Comores**, le peuple proclame la garantie de la propriété sauf utilité ou nécessité publiques constatées conformément à la loi et sous condition d'une juste indemnisation au sein du préambule de la Constitution de l'Union des Comores, préambule qui fait partie intégrante de la Constitution.

L'Union des Comores est une République, composée des îles autonomes de Mwali (Mohéli), Maoré (Mayotte), Ndzuwani (Anjouan), N'gazidja (Grande Comores). (Article premier, alinéa premier de la Constitution de l'Union des Comores, Titre Ier intitulé « De l'Union des Comores »)⁵²⁶.

Ainsi, la population de NGAZIDJA (Grande-Comore) affirme son attachement aux principes définis par la Déclaration Universelle des Droits de l'homme des Nations Unies, l'organisation de la Conférence Islamique et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Ainsi, la population de NGAZIDJA (Grande-Comore) et l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore) assure : l'inviolabilité de la propriété privée sauf nécessité publique constatée conformément à la loi et sous

⁵²⁴ Source : ministère de la Justice de Finlande cité par l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe, site officiel : <<http://www.legislationline.org>>

⁵²⁵ Source : Présidence de la République du Congo (Unité, Travail, Progrès), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.presidence.cg/institutions/index.php>>

⁵²⁶ La souveraineté appartient au peuple qui l'exerce, dans chaque île et dans l'ensemble de l'Union, par ses représentants élus ou par la voie du référendum. Aucun groupement ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. (Article 3). Dans le respect de l'unité de l'Union et de l'intangibilité de ses frontières telles qu'internationalement reconnues, chaque île administre et gère librement ses propres affaires. (Article 7). Chaque île établit librement sa loi fondamentale dans le respect de la constitution de l'Union. (Article sept, alinéa deuxième). Source : Présidence de l'Union des Comores, Site Officiel à l'adresse suivante : <<http://www.beit-salam.km/>>

Et, Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Université de Montesquieu – Bordeaux IV. Voir, DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), « La Constitution de l'Union des Comores » in *Revue électronique Afrilex* n° 03/2003, pp. 129-138. L'article est consultable sur le site : <<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-revue.html>>

condition d'une juste et préalable indemnité ou réparation (Constitution de l'île autonome de NGAZIDJA, Préambule. Ce préambule fait partie intégrante de la loi fondamentale.)⁵²⁷

Sur le continent américain, la Constitution de la **Nation argentine** du 22 août 1994 prévoit en son article 17 que « la propriété est inviolable, et aucun habitant de la Nation ne peut en être privée, si ce n'est en vertu d'un jugement dûment motivé. L'expropriation pour cause d'utilité publique doit être prévue par la loi laquelle doit avoir prévu une indemnisation. »⁵²⁸ Dans sa Constitution, la **Provincia de Catamarca**⁵²⁹ consacre des droits et garanties lesquels bénéficient aux citoyens de cet État fédéré (Constitution du 03 septembre 1988, Section première, Chapitre unique : « Déclarations, droits et garanties »). Parmi ces droits et garanties constitutionnelles, figure à l'article 6 la propriété privée. Cet article énonce que « la propriété est inviolable et aucun habitant de la province ne peut en être privé sauf en vertu d'un jugement fondé sur la loi ou dans le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique laquelle, dans tous les cas, doit être prévue par la loi, loi qui prévoit une indemnisation. »

La Constitution politique de la **République du Nicaragua** du 9 janvier 1987 consacre en son titre Ier des principes fondamentaux. L'article cinq de la Constitution politique (chapitre unique) élève au rang constitutionnel des principes de la Nation nicaraguayenne. Au nombre de ces principes, figurent en première place la liberté, puis, la justice, le respect dû à la dignité de la personne humaine [...] ; La reconnaissance des différentes formes de propriété [...] (Alinéa premier).

Les différentes formes de propriété publique, privée, associative, coopérative et communautaire doivent être garanties et encouragées sans discrimination afin de produire des richesses, et toutes bénéficiant d'un libre fonctionnement, doivent remplir une fonction sociale (alinéa quatre).

En outre, la propriété se trouve consacrée à l'article 44 de la Constitution politique de la République du Nicaragua du 9 janvier 1987. Le droit de propriété privée des biens meubles et immeubles et des instruments et moyens de production est garanti. (Alinéa premier). En vertu de la fonction sociale de la propriété, ce droit est soumis, pour cause d'utilité publique ou d'intérêt social,

⁵²⁷ NGAZIDJA (Grande-Comore) est une Ile Autonome au sein de l'Union des Comores. Elle est dotée de la personnalité juridique, administrative et financière. (Article premier, alinéa premier de la Constitution de l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore), Titre premier intitulé « Dispositions générales »).

⁵²⁸ Source : Sénat de la Nation Argentine (Senado de la Nación Argentina), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.senado.gov.ar/>>

⁵²⁹ Source : Gouvernement de la « Provincia de Catamarca » (*Gobierno de la Provincia de Catamarca*), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.catamarca.gov.ar/>>

aux limitations et obligations imposées par la loi. La confiscation des biens est interdite. Les fonctionnaires qui enfreindront ces dispositions, répondront de leurs biens en tout temps pour les frais inférés. (Alinéa trois).

La Constitution **mexicaine** de 1917⁵³⁰ consacre en son article 14 le droit à la vie, la liberté, et le droit de propriété.

457. En France, le droit de propriété s'inscrit dans la constitutionnalisation continue des droits économiques et sociaux. Même s'il est contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le droit de propriété peut être entendu comme étant un droit économique en ce sens qu'il est conçu, en relation avec la liberté d'entreprendre, comme étant l'institution économique fondamentale de la société. La constitutionnalisation du droit de propriété s'est opérée par la décision du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982⁵³¹ (Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Recueil des décisions du conseil Constitutionnel*, p. 18). Cette décision suscita un vif débat doctrinal tenant à la qualification du droit de propriété par le Conseil. Ce dernier le consacra comme étant un droit fondamental ayant « pleine valeur constitutionnelle » et « dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique ». La position de principe adoptée par le Conseil constitutionnel est affirmée lorsque, dégagé de tout contexte politique passionnel, il énonce simplement en supprimant l'adjectif « pleine », la valeur constitutionnelle du droit de propriété.

À titre d'exemple, on évoquera la décision du Conseil constitutionnel en date du 25 juillet 1989 (C.C., décision n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 53). Le Conseil affirme clairement que la valeur constitutionnelle du droit de propriété doit se comprendre non pas malgré, mais en fonction des évolutions subies par ce droit, évolutions caractérisées à la fois « par une extension de son application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ».

458. Le régime juridique de valeur constitutionnelle qui régit le droit propriété consiste donc, depuis la clarification jurisprudentielle de 1989, en trois idées. Le champ d'application du droit de

⁵³⁰ La Constitution de 1917 fut publiée au *Journal officiel de la fédération* du 5 février 1917 puis révisée en 2002.

⁵³¹ Le caractère constitutionnel du droit de propriété est proclamé par le Conseil constitutionnel en ces termes : «... les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique » (considérant numéro 16).

propriété peut s'étendre, par rapport à celui qui avait cours en 1789, à des domaines nouveaux ; l'exercice du droit de propriété peut cependant connaître des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; et, ces limitations ne peuvent pas aller jusqu'à dénaturer la portée du droit de propriété et de ses attributs essentiels. Ainsi, dans sa décision datée du 15 janvier 1992 (C.C., décision n° 91-303 DC, 15 janvier 1992, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 15), le Conseil constitutionnel considère que le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France entre dans le champ d'application des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789⁵³².

459. Les garanties constitutionnelles du droit de propriété. Les garanties constitutionnelles visées par le Conseil dans sa décision du 16 janvier 1982 sont celles définies par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. En premier lieu, les privations de propriété ou les atteintes à ce droit ne peuvent être décidées que par le Parlement et au profit d'une « autorité de l'État ».

Il a ainsi procédé à la censure, dans sa décision datée du 9 avril 1996 (C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 43), du pouvoir donné au gouvernement de la Polynésie française de soumettre les transferts de propriété immobilière à un régime discrétionnaire d'autorisation préalable car ce dernier engendrait « des limitations directes au droit de disposer qui revêtent un caractère de gravité telle » que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouvent dénaturés.

En second lieu, le Parlement ne peut porter atteinte à la propriété privée que « lorsque la nécessité publique l'exige évidemment ». Le contrôle réel exercé par le Conseil constitutionnel relève d'un contrôle de l'erreur manifeste à l'égard de l'appréciation portée par le législateur sur cette nécessité. À ce titre, la nécessité des nationalisations fut appréciée par le Conseil constitutionnel au moyen du contrôle de l'erreur manifeste dont la preuve n'est établie que si les transferts de biens et d'entreprises restreignent le champ de la propriété privée et la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration de 1789.

En troisième lieu, le législateur doit prévoir le versement d'une indemnité juste et préalable aux personnes expropriées. (Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789). Le Conseil constitutionnel a également prévu la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété privée immobilière. Cette règle a été qualifiée de manière

⁵³² Voir dans le même sens, C.C., décision n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 11.

expresse de principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la décision du Conseil constitutionnel datée du 25 juillet 1989 (C.C., n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 53).

Parmi les lois républicaines qui attribuent compétence à l'autorité judiciaire pour fixer le montant de l'indemnité, il est possible de mentionner les lois du 3 mai 1877 et du 11 juillet 1938 sur les réquisitions ainsi que la loi du 15 février 1902 sur les expropriations. Dans son arrêt en date du 19 janvier 1960, le Conseil d'État a érigé cette compétence en un principe général du droit (C.E., 19 janvier 1960, « Fédération algérienne des syndicats de défense des immigrants », *recueil Lebon* p. 129).

460. Dans l'**ordre juridique communautaire**, il convient de préciser que du corpus des droits fondamentaux garantis par référence aux dispositions de la Convention européenne, on peut citer le droit de propriété (CJCE, 13 décembre 1979 « Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz », affaire 44/79, *Recueil de jurisprudence* 1979, page 03727). La question d'une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut être appréciée que dans le cadre du droit communautaire lui-même. L'introduction de critères d'appréciation particuliers, relevant de la législation ou de l'ordre constitutionnel d'un État membre détermine, du fait qu'elle porterait atteinte à l'unité matérielle et à l'efficacité du droit communautaire, aurait inéluctablement pour effet de rompre l'unité du marché commun et de mettre en péril la cohésion de la Communauté.

Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit, dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de manière que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les constitutions de ces États. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire. Dans ces conditions, les doutes manifestés par une juridiction nationale sur la compatibilité des dispositions d'un acte institutionnel des Communautés avec les règles relatives à la protection des droits fondamentaux, formulés par référence au droit constitutionnel national, doivent être compris comme mettant en cause la validité de cet acte au regard du droit communautaire. Le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire, conformément aux conceptions communes aux constitutions des États membres, reflétées également par le premier protocole joint à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Compte tenu des conceptions constitutionnelles communes aux États membres, des pratiques législatives constantes et de l'article 1 du premier protocole joint à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le fait, pour un acte institutionnel de la Communauté, d'apporter des restrictions à la plantation nouvelle de vignes ne saurait être considéré comme incompatible, dans son principe, avec le respect dû au droit de propriété. Il faut toutefois que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété. L'interdiction de plantation nouvelle de vignes, édictée, pour une période limitée, par le Règlement n° 1162/76, est justifiée par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté consistant dans la réduction, dans l'immédiat, de surplus de production et dans la préparation, à plus longue échéance, d'une restructuration du vignoble européen. Elle ne porte dès lors pas atteinte à la substance du droit de propriété.

§ 2. La consécration constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile.

461. En histoire du droit constitutionnel français, l'inviolabilité du domicile fut consacrée par la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) en son article 359⁵³³, par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) en son article 76⁵³⁴, et par la Constitution de 1848 en son article trois⁵³⁵. Oubliée par les constitutions postérieures, elle s'est néanmoins vue reconnaître expressément une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. (Voir, la décision du Conseil

⁵³³ « La maison de chaque citoyen est un asile inviolable : pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite. » Article 359 de la Constitution du 5 fructidor an III, TITRE XIV « Dispositions générales ».

⁵³⁴ L'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, TITRE VII « Dispositions générales », reprend *mutatis mutandi* la formulation de l'article 359 de la Constitution du 5 fructidor an III. D'un point de vue téléologique, les deux articles constitutionnels visent la même notion, à savoir la protection du domicile. L'on relèvera que l'article 76 vise « toute personne habitant le territoire français » tandis que l'article 359 mentionne le terme de « chaque citoyen » ; aussi, la protection constitutionnelle garantie par la Constitution du 22 frimaire an VIII est plus large quant aux bénéficiaires de ce droit.

« La maison de toute personne habitant le territoire français, est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique. »

⁵³⁵ « La demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable ; il n'est permis d'y pénétrer que selon les formes et dans les cas prévus par la loi. » Article 3 de la Constitution du 04 novembre 1848 (Ile République), Chapitre II « Droits des citoyens garantis par la Constitution ».

constitutionnel du 29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC, « Loi de finances pour 1984 »⁵³⁶, *Recueil*, p. 67 et *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871 et la décision du 29 décembre 1984, décision n° 84-184 DC, « Loi de finances pour 1985 »⁵³⁷, *Recueil*, p. 94 et *Journal officiel* du 30 décembre 1984, p. 4167 ; et, voir les deux décisions réunies et commentées sous le titre « Perquisitions fiscales » dans Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 32)⁵³⁸.

462. Le domicile constitue, pour toute personne, le lieu ordinaire d'habitation. Aussi, celui-ci doit recevoir une protection juridique idoine au regard de l'importance qu'il revêt pour la vie privée des individus. De cette manière, la reconnaissance constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile peut-être étudiée à travers le monde (A), avant d'être appréhendée en droit français (B).

A. La reconnaissance constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile dans le monde.

463. La reconnaissance constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile s'exprime à travers le monde. Concernant l'inviolabilité du domicile, la **Constitution de la République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁵³⁹ proclame que le libre choix du domicile et du lieu de séjour est garanti. (Article 15).

Sur le **continent africain**, la Constitution de la **République du Congo** du 20 janvier 2002 consacre l'inviolabilité du domicile en son article 14 : « Le domicile est inviolable. Il ne peut être ordonné de perquisition que dans les formes et conditions prévues par la loi. »⁵⁴⁰

La **constitution comorienne**, dès son Préambule proclame « l'inviolabilité du domicile dans les conditions prescrites par la loi »⁵⁴¹. En outre, la population de NGAZIDJA (Grande-Comore) affirme

⁵³⁶ DECOCC (André) et DRAGO (Roland), Note sous décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1984, II, 20160.

⁵³⁷ FOUQUET (Olivier), « Pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale (article 94 de la loi de finance pour 1985) », *Revue française de droit administratif*, 1985, p. 756 et suivantes.

⁵³⁸ Voir, Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel numéro 32, FAVOREU (Louis) et PHILIPPE (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14e édition, 2007, 1035 p.

⁵³⁹ *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le peuple les 23 et 24 septembre 2000 ; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel; <http://rsn.ne.ch>.

⁵⁴⁰ Source : Présidence de la République du Congo (Unité, Travail, Progrès), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.presidence.cg/institutions/index.php>>

⁵⁴¹ Source : Présidence de l'Union des Comores, Site Officiel à l'adresse suivante : <<http://www.beit-salam.km/>>

son attachement aux principes définis par la Déclaration Universelle des Droits de l'homme des Nations Unies, l'organisation de la Conférence Islamique et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Ainsi, la population de NGAZIDJA (Grande-Comore) et l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore) assure l'inviolabilité du domicile et de la correspondance sauf dans les conditions prescrites par les lois de l'île dans le respect de la dignité et de l'intimité⁵⁴².

Sur le **continent américain**, la **République équatorienne** garantit dans sa Constitution (Constitution de la République de l'Équateur du 11 août 1998, Titre II « Droits », Chapitre six « Droits de liberté [Derechos de libertad] », article 66 alinéa 22)⁵⁴³ le droit à l'inviolabilité du domicile. Nul ne pourra s'introduire au domicile d'une personne n'y effectuer d'inspection sans son autorisation ou sans un ordre judiciaire, sauf dans les cas de flagrant délit.

En ce qui concerne la protection et le respect dû à la vie privée, l'article 26 de la Constitution politique de la République du **Nicaragua** du 9 janvier 1987 garantit à toute personne le droit à l'inviolabilité de son domicile, de sa correspondance et de ses communications de tout type.

Le domicile peut être perquisitionné à la seule condition que la perquisition soit fondée sur un ordre écrit du juge compétent, sauf dans les cas suivants : si ceux qui habitent dans la maison se rendent à l'évidence coupables d'une infraction qui est en train de se commettre ou s'ils demandent de l'aide ; si en raison d'un incendie, d'une inondation ou d'une autre cause exceptionnelle, la vie des habitants ou la propriété se trouvent menacées ; dans les cas de poursuite actuelle et immédiate d'un délinquant ; enfin, pour secourir la personne qui se trouvait être séquestrée.

En **République argentine**, la Constitution de la **Provincia de Catamarca** du 03 septembre 1988 énonce en son article 21 que « le domicile est inviolable et ne peut être perquisitionné sans un ordre écrit de l'autorité compétente, déterminé et motivé ; l'exécuteur devant être [...] responsable dans le cas contraire. »⁵⁴⁴

La Constitution de la Provincia de Catamarca énonce en son article 22 que « La perquisition du domicile ne pourra être commandée sans fonctionnaires civils ».

⁵⁴² Constitution de l'île autonome de NGAZIDJA, Préambule. Ce préambule fait partie intégrante de la loi fondamentale.

⁵⁴³ Source : Assemblée Nationale (Asamblea Nacional) de la République de l'Équateur (República del Ecuador), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.asambleanacional.gov.ec/>>

⁵⁴⁴ Source : Gouvernement de la Provincia de Catamarca (Gobierno de la Provincia de Catamarca), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.catamarca.gov.ar/>>

Enfin, aux **États-Unis du Mexique**, l'**État de GUANAJUATO** régi par la Constitution politique du 18 octobre 1917 prévoit en son titre Ier les garanties constitutionnelles pour ce qui concerne les visites domiciliaires. L'autorité administrative pourra effectuer des visites domiciliaires uniquement pour s'assurer que les règlements sanitaires et de police ont été respectés ; et, pour exiger la présentation des livrets et papiers indispensables pour prouver que les dispositions fiscales ont été respectées. (Article sept, alinéa cinquième de la Constitution de l'État de Guanajuato).

B. La notion d'inviolabilité du domicile en droit français.

464. De son côté, le législateur français est intervenu à plusieurs reprises en vue d'assurer la protection pénale du domicile. En premier lieu, il convient de citer le Code pénal (ancien) en son article 184 et le nouveau Code pénal (sur le fondement de l'article 226-4 en ce qui concerne les violations commises par des particuliers et concernant les violations commises par des dépositaires de l'autorité publique sur le fondement de l'article 432). Le législateur en a également fixé les limites en déterminant dans le Code d'instruction criminelle puis dans le Code de procédure pénale les cas dans lesquels l'autorité publique pouvait légalement pénétrer dans les domiciles.

465. Le Conseil constitutionnel indiqua dans sa décision datée du 29 décembre 1983 relative à la loi de finances pour 1984 que l'article 66 de la Constitution « confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile »⁵⁴⁵. Le Conseil constitutionnel estime que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile. Aussi, l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui revient. Le Conseil constitutionnel, en se fondant sur l'article 66 de la Constitution et sur l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, considère à juste titre qu'il découle nécessairement de ces dispositions ayant force constitutionnelle que l'exercice des libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale ni en entraver la légitime répression.

⁵⁴⁵ Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 « Loi de finances pour 1984 », *Recueil* p. 67 et *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871. (Considérant 28).

Toutefois, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article de loi contesté entourent les opérations qu'elles visent, ces dispositions ne précisent pas l'acceptation du terme « infraction » qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question. Elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète le bien-fondé de la demande qui lui est soumise. Elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées. Enfin, elles n'interdisent pas une interprétation selon laquelle seules les visites effectuées dans des locaux servant exclusivement à l'habitation devraient être spécialement autorisées par le juge, de telle sorte que, a contrario, les visites opérées dans d'autres locaux pourraient donner lieu à des autorisations générales.

Ainsi, pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 de la loi de finances auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive et ne sauraient dès lors, en l'état, être déclarées conformes à la Constitution. (Considérant 30). Une fois encore, il incombe au juge judiciaire de connaître du principe de l'inviolabilité du domicile, dans les conditions déterminées par la loi.

1) La détermination de la notion de domicile.

466. L'étendue de la liberté du domicile dépend de la conception retenue de la notion de domicile. La jurisprudence a judicieusement opté pour une définition large assimilant au domicile « non seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu où elle a le droit de se dire chez elle » (Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC « Loi de finances pour 1984 », précitée, dite « Perquisitions fiscales »)⁵⁴⁶. La liberté du domicile ne s'applique donc pas seulement aux résidences principales des personnes, mais aussi à leur résidence secondaire, à leurs bateaux de plaisance, ou encore à leurs véhicules terrestres habitables⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC « Loi de finances pour 1984 », précitée, dite « Perquisitions fiscales » voir *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, numéro 32.

⁵⁴⁷ Voir par exemple Conseil d'État, 2 décembre 1983 « Ville de Lille contre Ackermann », *Dalloz* 1985. 388 : les voitures des nomades constituent leur domicile.

467. L'inviolabilité du domicile est aussi un des aspects de la liberté individuelle. Sur ce fondement, les juges constitutionnels ont censuré des dispositions législatives qui, pour lutter contre la fraude fiscale, autorisaient l'administration fiscale à perquisitionner au domicile des contribuables (Conseil constitutionnel, n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 67).⁵⁴⁸ Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a déterminé les conditions auxquelles devait répondre les perquisitions pour respecter la liberté individuelle ; ainsi, les perquisitions doivent être autorisées, quelle que soit la nature du local (privé ou professionnel), par le juge qui doit, par ailleurs, être en mesure de vérifier le bien-fondé de la demande des perquisitions. Les perquisitions doivent être soumises dans leur déroulement au contrôle du juge ; elles doivent également être réservées de manière claire à la recherche de catégories précises d'infractions fiscales (Conseil constitutionnel, n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 94).

468. En outre, par sa décision en date du 16 juillet 1996, (Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 « Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* p. 87 et *Journal officiel* du 23 juillet 1996, p. 11108)⁵⁴⁹, le Conseil a étendu les effets protecteurs du principe d'inviolabilité du domicile. Celui-ci censure, en effet, la possibilité de visites nocturnes « en cas d'enquête préliminaire et au cours de l'instruction préparatoire » au motif que cette disposition est « de nature à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle »⁵⁵⁰. L'article 10 de la loi déferée modifie l'article 706-24 du Code de procédure pénale par l'ajout de quatre alinéas. En vertu des trois premiers, s'agissant d'infractions entrant dans la définition des actes de terrorisme, peuvent

⁵⁴⁸ Conseil constitutionnel, n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, 3Loi de finances pour 1984 », *recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 67 et *Journal Officiel de la République française* du 30 décembre 1983, p. 3871. Et DECOCQ (André) et DRAGO (Roland), Note sous décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1984, II, 20160.

⁵⁴⁹ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 « Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* p. 87 et *Journal officiel* du 23 juillet 1996, p. 11108.

⁵⁵⁰ LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *Revue du droit public* 1996, p. 1245 et suivantes.

Les sénateurs auteurs de la première saisine soutiennent que la règle posée par l'article 59 du Code de procédure pénale qui interdit que visites et perquisitions puissent se dérouler entre 21 heures et 6 heures, est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Les sénateurs et les députés auteurs des saisines font valoir que le principe de liberté individuelle garantissant l'inviolabilité du domicile ne saurait connaître d'atténuations qu'autant que celles-ci sont rendues nécessaires pour sauvegarder l'ordre public, et que cette exigence d'une nécessité éprouvée et indiscutable n'existe pas dans le cadre de l'enquête préliminaire. Ils estiment enfin que l'intervention de l'autorité judiciaire ne saurait garantir à elle seule le respect de la liberté individuelle.

désormais être opérées de nuit, des visites, perquisitions et saisies, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent. Le quatrième alinéa fixe des règles spécifiques de répartition des compétences entre présidents de tribunal de grande instance.

469. Eu égard aux exigences de l'ordre public, le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre, à condition que l'autorisation de procéder auxdites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées. En l'occurrence, le législateur a fait du président du tribunal de grande instance ou de son délégué, magistrats du siège, l'autorité compétente pour autoriser la mesure, en exigeant une décision écrite motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait justifiant la nécessité des opérations. En outre, il a placé les opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Il a précisé enfin que les opérations en cause ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions qu'il a ainsi visées.

La notion de « nécessités de l'enquête » doit s'entendre comme ne permettant d'autoriser une perquisition, visite ou saisie, que si celle-ci ne peut pas être réalisée dans les circonstances de temps définies par l'article 59 du Code de procédure pénale. En outre, une fois l'autorisation accordée, les perquisitions, visites et saisies doivent être opérées sans délai. Dans ces conditions le législateur n'a pas apporté une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile, eu égard aux nécessités de l'enquête en cas de flagrance⁵⁵¹.

470. À l'inverse, la possibilité de telles visites, perquisitions et saisies de nuit, pendant une période qui n'est pas déterminée par la loi, dans tout lieu, y compris dans les locaux servant exclusivement à l'habitation, en cas d'enquête préliminaire et au cours d'une instruction préparatoire, alors que d'une part le déroulement et les modalités de l'enquête préliminaire sont laissées à la discrétion du procureur de la République, ou sous son contrôle, des officiers et agents de police judiciaire, et que d'autre part, dans l'instruction préparatoire, l'autorité déjà investie de la charge de celle-ci se voit en outre attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler les opérations en cause, est de nature à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle.

⁵⁵¹ Considérant 17.

Les juges de la rue de Montpensier considérèrent qu'en conséquence, les dispositions de l'article 706-24 du Code de procédure pénale, en tant qu'elles visent l'enquête préliminaire et l'instruction sont contraires à la Constitution. Il suit de là que les mots « ou de l'instruction » et « à moins qu'elles ne soient autorisées par le juge d'instruction » qui visent le cas d'une instruction judiciaire doivent être jugés contraires à la Constitution et que le surplus de l'article 10 de la loi ne peut être regardé comme conforme à celle-ci que dans la mesure où il vise les seuls cas d'enquête en flagrance. (Considérant 18).

471. La recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile.

De plus, s'agissant des contrôles effectués dans les lieux professionnels, contrôles qui visent à lutter contre le travail clandestin, le Conseil constitutionnel vise la conciliation entre la recherche des auteurs d'infractions qui est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de nature constitutionnelle, et la nécessaire protection de la propriété privée et l'exercice de la liberté individuelle notamment l'inviolabilité du domicile. Il appartient au législateur d'assurer cette conciliation (Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 « Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration », *Recueil*, p. 45 et Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271 ; considérant numéro 75)⁵⁵².

L'article 19 de la loi insère dans le Code de procédure pénale un article 78-2-1 duquel il résulte que les officiers de police judiciaire et sur l'ordre ou la responsabilité de ceux-ci les agents de police judiciaire, ainsi que les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) de ce code sont habilités, sur réquisitions du procureur de la République, à entrer dans des lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile.

Cette entrée dans les lieux susmentionnés est faite en vue de s'assurer que les activités en cours ont donné lieu à immatriculation ainsi qu'aux déclarations exigées par les organismes de protection sociale et l'administration fiscale, de se faire présenter le registre du personnel et les documents attestant que les déclarations préalables à l'embauche ont été effectuées, de contrôler

⁵⁵² LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel et la loi du 24 avril 1997 sur l'immigration », *Revue du droit public*, 1997, p. 931 et suivantes. Selon les députés auteurs de la première saisine, seul un magistrat du siège aurait pu autoriser de telles opérations, la mesure en cause, qui peut intervenir sans l'accord du propriétaire, étant en réalité assimilable à une perquisition. Ce juge devrait avoir par ailleurs « le contrôle effectif de la nécessité de procéder à chaque visite ainsi que les pouvoirs d'en suivre effectivement le cours, d'en régler les éventuels incidents et d'y mettre fin à tout moment ». Ils concluent à la violation par la disposition critiquée de la liberté individuelle et du droit de propriété.

l'identité des personnes occupées dans le seul but de vérifier qu'elles figurent sur le registre du personnel ou qu'elles ont fait l'objet des déclarations préalables à l'embauche.

472. Eu égard à la nécessité de lutter contre le travail illégal, le législateur a pu prévoir la possibilité d'opérer des visites dans des lieux privés à usage professionnel, dès lors que le déroulement des mesures autorisées est assorti de garanties procédurales appropriées. En l'espèce, le législateur a fait du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, l'autorité compétente pour autoriser l'entrée dans des lieux professionnels en exigeant que ses réquisitions précisent les infractions, parmi celles visées aux articles L. 324-9 et L. 341-6 du Code du travail, pouvant être recherchées ainsi que les lieux dans lesquels l'opération de contrôle se déroulera.

Il a exigé que les réquisitions soient prises pour une durée maximum d'un mois et soient présentées à la personne disposant des lieux ou à celle qui la représente, les mesures prises en application de l'article en cause faisant par ailleurs l'objet d'un procès-verbal remis à l'intéressé. En outre, s'agissant d'opérations de police judiciaire, leur déroulement se trouve placé sous la direction et le contrôle du procureur de la République auquel il revient d'en suivre effectivement le cours et le cas échéant d'y mettre fin à tout moment. En raison des garanties procédurales ainsi instituées, les dispositions de l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale doivent être déclarées conformes à la Constitution.

473. L'inviolabilité du domicile est également protégée au profit des ressortissants étrangers par le Conseil constitutionnel. Celui-ci accepta d'examiner au fond le grief tiré de ce que la loi n'aurait pas suffisamment précisé les conditions dans lesquelles devaient se dérouler des vérifications domiciliaires opérées par l'Office des migrations internationales à la demande du maire chargé de délivrer un certificat d'hébergement (Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, « Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France », *Recueil*, p. 224 et *Journal officiel* du 18 août 1993, p. 11722 ; voir considérant 10)⁵⁵³.

L'article 3 de la loi insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, des règles concernant le certificat d'hébergement exigible d'un étranger pour une visite privée. Selon cette disposition, le maire à qui il incombe d'apposer son visa sur ce certificat le refuse s'il ressort manifestement, soit de la teneur de ce dernier, soit de la vérification effectuée au domicile de son signataire, que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales ou que les mentions portées sur le certificat sont inexactes.

⁵⁵³ Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC, 13 août 1993, dite « Maîtrise de l'immigration », voir *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précitées, Grande décision numéro 42.

Les agents de l'Office des migrations internationales à qui il revient de procéder sur la demande du maire à des vérifications sur place, ne peuvent pénétrer chez l'hébergeant qu'après s'être assurés du consentement de celui-ci donné par écrit mais qu'en cas de refus de ce dernier, les conditions normales d'un hébergement sont réputées ne pas être remplies.

Dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par cet article, le maire agit en qualité d'autorité de l'État. Les décisions qu'il peut être conduit à prendre sont soumises au recours hiérarchique du préfet représentant de l'État dans le département. Il incombe au maire comme le cas échéant au préfet de se prononcer dans le délai le plus bref possible ; les éventuels refus opposés à des visites des agents de l'Office des migrations internationales doivent, pour être pris en compte, résulter d'une manifestation non équivoque de volonté. Dès lors, les dispositions contestées ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle.

474. La notion de domicile en droit interne français est spécifique. Cette notion est celle qui se dégage de l'examen de la jurisprudence relative à la violation de domicile. Il peut donc à ce titre s'agir du domicile *stricto sensu* du citoyen et de ses annexes. Ainsi en va-t-il de la terrasse de l'habitation où le prévenu a eu accès par escalade (Cour de Cassation, chambre criminelle, 8 février 1994, *Droit pénal* 1994, commentaire numéro 129). Il en va également de sa résidence secondaire, du local professionnel qu'il occupe, d'une chambre d'hôtel loué par lui, étant entendu qu'il est indifférent que le lieu soit effectivement occupé lors de l'intervention⁵⁵⁴.

475. Le domicile doit être constitué par un local habitable. À rebours, les opérations effectuées dans un appartement situé dans un immeuble incendié, occupé antérieurement par les mis en cause, hors la présence de ceux-ci, ne saurait être considéré comme constituant une perquisition (Cour de Cassation, chambre criminelle, 31 mai 1994, *JCP* 94, IV, 2025). De la même manière, un appartement dégarni de tout mobilier entre deux locations n'est pas un domicile, l'article 226-4 du Nouveau Code pénal « n'ayant pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation »⁵⁵⁵. De la même manière, la hutte de chasse ne constitue qu'un lieu privé et ne constitue pas un domicile au sens de la Cour de Cassation⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 octobre 1982, *bulletin criminel* numéro 281 ; *JCP* 83, IV, 8.

⁵⁵⁵ Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 janvier 1997, *Droit pénal* 1997, commentaire 78 par Michel VÉRON.

⁵⁵⁶ Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 janvier 1992, *JCP* 92, IV, 1205.

476. Le véhicule automobile n'est pas assimilé au domicile depuis une jurisprudence ancienne de 1933 (Cour de Cassation, chambre criminelle, 11 septembre 1933, *Dalloz* 1933, 462 ; voir dans le même sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 24 février 1960, *bulletin criminel* numéro 108 ; et, Cour de Cassation chambre criminelle 2 mars 1993, *Droit pénal*, chronique 59).

La vérification par l'enquêteur dans le casier d'une consigne d'une gare ne saurait être considérée comme étant une perquisition (Cour de Cassation, chambre criminelle, 12 octobre 1993, *JCP* 94, IV, 193). Il en va de même de la vérification effectuée dans les locaux collectifs (vestiaires) d'une caserne de pompiers (Cour de Cassation, chambre criminelle, 17 mai 1993, *Droit pénal* 1993 chronique numéro 59).

477. Afin de déterminer juridiquement la notion de domicile, le critère le plus pertinent est celui énoncé par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 13 octobre 1982 dans une affaire relative à la violation de domicile. « Le terme domicile ne désigne pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu, qu'elle y habite ou non, où elle a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »⁵⁵⁷.

478. En **Belgique**, la Cour de cassation précise que le terme « domicile », au sens de l'article 15 de la Constitution⁵⁵⁸, désigne le lieu, en ceux compris les dépendances propres et encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée⁵⁵⁹.

La liberté du domicile recouvre trois droits distincts qui sont complémentaires : le droit de choisir son domicile, et le droit d'en changer ; le droit d'utiliser son domicile à sa convenance ; et le droit d'être protégé contre les violations éventuelles du domicile habituellement désignées sous le terme d'inviolabilité du domicile.

479. En **France**, certains lieux bénéficient d'une protection particulière. Ainsi en va-t-il des enceintes des assemblées parlementaires, des locaux de la mission et de la demeure de l'agent diplomatique. L'enquête de flagrant délit peut s'exécuter sur tout le territoire national, la pénétration dans certains lieux étant toutefois soumise à des règles particulières. Ainsi, c'est

⁵⁵⁷ Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 mai 1994 et 31 mai 1994 : *bulletin* numéro 281, *Droit pénal* commentaire numéro 59 par LESCLOUS (Vincent) et MARSAT (Claire).

⁵⁵⁸ « Le domicile est inviolable ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. » Article 15 de la Constitution Belge du 17 février 1994, Titre II « Des belges et de leurs droits ». Source : Le Sénat de Belgique, De Belgische Senaat, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.senate.be/>>

⁵⁵⁹ Cour de cassation, Belgique, 21/04/1998, numéro de rôle P961470N, *Pasicrisie belge* 1998 (I/204).

seulement sur réquisition du président de l'Assemblée nationale que la police peut pénétrer dans l'enceinte de son assemblée serait-ce même pour y constater un flagrant délit. Il en va de même pour le Sénat. Les locaux de la mission et la demeure privée de l'agent diplomatique sont inviolables sur le fondement de l'article 30 de la Convention de Vienne. La police ne peut intervenir qu'avec le consentement du chef de mission, principe qui ne fait pas obstacle à la compétence des juridictions françaises pour connaître d'un crime commis dans les locaux de l'ambassade⁵⁶⁰.

480. Dans le cadre du flagrant délit, l'article 706-24-1 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'urgence si les nécessités de l'instruction l'exigent, les visites, réquisitions et saisies peuvent être effectuées en dehors des heures prévues par l'article 59, pour la recherche et la constatation des actes de terrorisme prévu par l'article 706-16 et punis d'au moins 10 ans d'emprisonnement : lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant, lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels, et lorsqu'il existe des présomptions qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu se préparent à commettre de nouveaux actes de terrorisme. À peine de nullité, ces opérations doivent être prescrites par une ordonnance motivée du juge d'instruction précisant la nature de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations doivent être accomplies, et comportant l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de cette décision. Cette ordonnance sera notifiée par tout moyen au Procureur de la République. Elle n'est pas susceptible d'appel.

481. À l'aune de l'article neuf du décret du 19 juin 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, à l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement, cafés, cabaret, boutiques et autres, les officiers de police pourront toujours y entrer, soit pour prendre connaissance des désordres et contraventions au règlement soit pour vérifier les poids et mesures, la salubrité des comestibles et médicaments. Il importe ici de ne pas confondre ce droit de visite des lieux à vocation déterminée avec le droit de perquisition (voir, en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 19 juin 1957, *JCP* 57, II, 10 226).

482. Il convient également de mentionner que lorsque l'état de siège est décrété (loi du 9 août 1849, en son article neuf), l'autorité militaire a le droit de procéder à des perquisitions de jour comme de nuit dans le domicile des citoyens. Le décret qui déclare l'état d'urgence (loi du 3 avril 1955, modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960), peut, par une disposition expresse, conférer au

⁵⁶⁰ Voir au sujet de la prise d'otages dans l'ambassade d'Irak, Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 janvier 1979, *bulletin criminel* 1979, bulletin criminel numéro 43.

ministre de l'Intérieur ainsi qu'au préfet le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit (article 11).

483. Dans le domaine du contentieux de la responsabilité administrative, le législateur décida dans un esprit d'unification de l'article 112 du Code d'instruction criminelle lequel est issu de la loi du 7 février 1933, d'attribuer, d'une manière générale, aux seuls tribunaux judiciaires la réparation des actes attentatoires à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile.

Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits maintinrent la compétence administrative à l'égard des actions indemnitaires formées contre l'État, sauf si des mesures litigieuses se rattachent à la police judiciaire, sont constitutives d'une voie de fait (Conseil d'État, 10 novembre 1947 « Alexis et Wolf », *recueil Lebon*, p. 416 ; Tribunal des conflits, 11 mai 1951 « consorts BAUD », *recueil Lebon*, p. 265 et Tribunal des conflits 27 mai 1952 « Dame de la Murette », *recueil Lebon*, p. 626).

Pour tenir en échec cette jurisprudence, la loi du 31 décembre 1957, loi qui porte réforme de la procédure pénale précise que le juge judiciaire (article 136 du Code d'instruction criminelle) connaît des actions formées aussi bien contre les collectivités publiques que contre les fonctionnaires; mais, le Conseil d'État maintient son interprétation restrictive. En premier lieu, il limite les libertés dont le juge judiciaire est le garant naturel à l'intégrité corporelle et à l'inviolabilité du domicile (Conseil d'État, 9 juillet 1965 « Sieur Voskresensky », *recueil Lebon*, p. 419), même après la consécration par la Constitution du 4 octobre 1958, en son article 66, du principe d'une autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle (Tribunal des conflits, 25 avril 1994 « Dulangi », *recueil Lebon*, p. 597).

La compétence de la juridiction administrative en la matière s'avère être défendue. En mettant un terme aux prétentions du juge judiciaire (Cour de Cassation, 24 octobre 1917, S. 1918, 1, 193 note Léon DUGUIT), le Tribunal des conflits limite sa compétence, en matière civile, à l'interprétation des actes réglementaires ; celle des actes individuels doit faire l'objet d'une question préjudicielle, au même titre que l'appréciation de la légalité de toutes les décisions administratives sauf lorsqu'elle porte atteinte de manière grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle (Tribunal des conflits, 16 juin 1923 « Septfonds », *recueil Lebon*, p. 498 et Tribunal des conflits, 30 octobre 1947 « Barinstein », *recueil Lebon*, p. 511).

484. Il convient également d'ajouter que la Cour européenne adopta une conception large du terme « domicile » y incluant également des locaux professionnels ou commerciaux afin de ne pas risquer de compromettre par une interprétation stricte l'objet et le but de l'article huit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêt

Nimietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, requête n° 13710/88, série A n° 251-B ; violation de l'article 8).

L'article 8 de la Convention énonce : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Dans l'affaire *Nimietz c. Allemagne*, la Commission accueille la thèse du requérant selon laquelle il y aurait eu atteinte injustifiée au droit au respect de sa vie privée et de son domicile⁵⁶¹.

La Cour estime que s'agissant du mot « home », figurant dans le texte anglais de l'article 8, on admet dans certains États contractants, dont l'Allemagne⁵⁶², qu'il s'étend aux locaux professionnels. Une telle interprétation cadre d'ailleurs pleinement avec la version française : le terme de « domicile » a une connotation plus large que « home » et peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale. Il peut, là aussi, se révéler malaisé d'établir des distinctions précises : on peut mener de chez soi des activités liées à une profession ou un commerce, et de son bureau ou d'un local commercial des activités d'ordre personnel. Si l'on attribuait un sens étroit aux vocables « home » et « domicile », on pourrait donc créer le même danger d'inégalité de traitement que pour la notion de « vie privée ». (§ 30).

Plus généralement, interpréter les mots « vie privée » et « domicile » comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répond à l'objet et au but essentiels de

⁵⁶¹ M. Niemiets réside à Fribourg-en-Brigau, en Allemagne où il y exerce la profession d'avocat. Le 9 décembre 1985, une lettre fut expédiée par télécopie du bureau de poste principal de Fribourg au juge Miosga, du tribunal cantonal (Amtsgericht) de Freising. Elle avait trait à des poursuites pénales pour insultes (Beleidigung) pendantes devant cette juridiction contre M. J., un employeur refusant de retenir sur le salaire de ses employés, puis de verser à l'administration fiscale, l'impôt ecclésial dont ils étaient redevables. Elle portait la signature d'un certain Klaus Wegner - peut-être une personne fictive - accompagnée des mots « au nom du groupe de travail anticlérical (Antiklerikaler Arbeitskreis) de la Bunte Liste (groupe multicolore) de Fribourg » et d'un numéro de boîte postale.

⁵⁶² En droit interne allemand, l'article 13 paragraphe 1 de la Loi fondamentale (Grundgesetz) garantit l'inviolabilité du domicile (Wohnung) ; la jurisprudence allemande l'a toujours interprété de manière large, y englobant les locaux professionnels (voir, en particulier, l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 13 octobre 1971, *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*, volume 32, p. 54 ; cité par la Cour européenne).

De plus, l'article 103 du Code de procédure pénale interdit d'opérer une perquisition au domicile ou dans d'autres locaux (Wohnung und andere Räume) d'une personne non soupçonnée d'une infraction pénale, sauf aux fins d'y arrêter un inculpé, d'y rechercher des indices d'une infraction ou d'y saisir des objets précis, et cela seulement si des faits donnent à penser que l'on y découvrira cette personne, ces indices ou ces objets.

l'article 8 : prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (voir par exemple l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 15, § 31). Les États contractants ne s'en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l'article 8, leur droit d' « ingérence » et celui-ci pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas. (§ 31).

2) La divergence d'interprétation relativement à la notion de domicile au plan européen et communautaire.

485. Il convient de mettre en exergue une divergence d'interprétation quant à la notion de domicile au plan européen et communautaire. En effet, à rebours de la conception large du domicile adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de Justice des Communautés européennes retient une conception plus étroite de la notion en la restreignant au domicile privé (CJCE, 21 septembre 1989, « *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes* », affaires jointes 46/87 et 227/88, *Recueil de jurisprudence* 1989, page 02859)⁵⁶³.

486. La Commission soutient que les pouvoirs qu'elle détient en vertu de l'article 14 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962 [premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (*JO* 13, p. 204)] comprennent des mesures qui, selon le droit de certains États membres, relèveraient de la notion de perquisition. Elle estime néanmoins que les exigences de protection judiciaire découlant des droits fondamentaux, exigences qu'elle ne conteste pas en principe, sont satisfaites dès lors que les destinataires des décisions de vérification ont la possibilité, d'une part, d'attaquer ces décisions devant la Cour et, d'autre part, de demander le sursis à leur exécution par la voie du référé qui permet à la Cour de vérifier rapidement le caractère non arbitraire des vérifications ordonnées. Un tel contrôle serait équivalent à un mandat judiciaire préalable.

487. La Cour de Luxembourg considère qu'il importe de relever, avant d'examiner la nature et la portée des pouvoirs de vérification dont dispose la Commission en vertu de l'article 14 du règlement n° 17, que cet article ne saurait recevoir une interprétation aboutissant à des résultats qui seraient incompatibles avec les principes généraux du droit communautaire, et notamment avec les droits

⁵⁶³ CONSTANTINESCO (Vlad) et SIMON (Denys), Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire, *Journal du droit international* 1990, pp. 459-461. Et, FLOGAITIS (Spyridon), « Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Revue européenne de droit public / European Review of Public Law / Europäische Zeitschrift des öffentlichen Rechts* 1992, pp. 291-306.

fondamentaux. En effet, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré (voir, notamment, arrêt CJCE, 14 mai 1974, « Nold », affaire 4/73, *Rec.* p. 491). La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 revêt à cet effet une signification particulière (voir, notamment, arrêt CJCE, 15 mai 1986, « Johnston », aff. 222/84, *Rec.* p. 1651).

488. La société requérante⁵⁶⁴ ayant invoqué les exigences découlant du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile, il convient d'observer que, si la reconnaissance d'un tel droit en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des États membres, il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques. (Point 17).

489. On ne saurait tirer une conclusion différente de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, dont le paragraphe 1 prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». L'objet de la protection de cet article (art. 8) concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux. (Point 18). Par ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme à cet égard.

490. Il n'en demeure pas moins que, dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire. À cet égard, il y a lieu de rappeler que la Cour a affirmé sa compétence de contrôle à l'égard du caractère éventuellement excessif des vérifications effectuées par la Commission dans le cadre du traité CECA

⁵⁶⁴ La société Hoechst AG a introduit, en vertu de l'article 173, alinéa 2, du Traité CEE, deux recours visant à l'annulation de trois décisions de la Commission, prises dans les affaires IV/31.865 — PVC et IV/31.866 — polyéthylène sur la base du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962 [premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (*JO* 13, p. 204)]. Le premier recours vise la décision du 15 janvier 1987 [K(87)19/5], concernant une vérification au sens de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17, et la décision du 3 février 1987 [K(87)248], infligeant une astreinte en application de l'article 16 du règlement n° 17. Le second recours vise la décision du 26 mai 1988 [K(88)928], fixant le montant définitif d'une astreinte en application de l'article 16 du règlement n° 17.

(arrêt CJCE, 14 décembre 1962, « Società Industriale Acciaierie San Michele et autres contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », affaires jointes 5/62 à 11/62, 13/62 à 15/62, *Recueil de jurisprudence*, édition française page 00859 et édition italienne page 00839)⁵⁶⁵.

491. Concernant la nature et la portée des pouvoirs de vérification conférés à la Commission en vertu de l'article 14 du règlement n° 17, le paragraphe 1er de cet article habilite la Commission à procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises et précise que, « à cet effet, les agents mandatés par la Commission sont investis des pouvoirs ci-après : a) contrôler les livres et autres documents professionnels ; b) prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels ; c) demander sur place des explications orales ; d) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises ».

492. Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'arrêt « National Panasonic » du 26 juin 1980 [point 20], (CJCE, 26 juin 1980, « National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes », affaire 136/79, *Recueil de jurisprudence* 1980, page 02033), il ressort des septième et huitième considérants du règlement n° 17 que les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 14 de ce règlement ont pour but de permettre à celle-ci d'accomplir la mission, qui lui est confiée par le traité CEE, de veiller au respect des règles de concurrence dans le Marché commun. Ces règles ont pour fonction, ainsi qu'il ressort de l'alinéa 4 du préambule du traité, de l'article 3, f), et des articles 85 et 86, d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs⁵⁶⁶.

493. L'exercice des pouvoirs conférés à la Commission par le règlement n° 17 concourt ainsi au maintien du régime concurrentiel voulu par le traité dont le respect s'impose impérativement aux entreprises. Le huitième considérant, précité, précise que, à ces fins, la Commission doit disposer,

⁵⁶⁵ Il n'est pas nécessaire, pour définir l'économie et la portée exacte de l'article 47, alinéa premier, d'avoir recours aux prévisions de l'article 86, alinéa 4, du traité, qui n'a point pour objet de régler l'étendue du pouvoir d'information et de vérification, mais uniquement de mettre à la disposition de la Haute autorité les moyens coercitifs des droits nationaux en matière fiscale pour l'exécution directe et forcée, par ses agents, des missions de contrôle susceptibles d'affecter la sphère des libertés individuelles et de déroger au principe de l'inviolabilité du domicile.

⁵⁶⁶ Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré.

Les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 14 du Règlement n° 17 ont pour but de permettre à celle-ci d'accomplir la mission qui lui est confiée par le Traité CEE, de veiller au respect des règles de concurrence dans le Marché commun, dont la fonction est d'éviter que la concurrence soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs. Dès lors, il n'apparaît pas qu'en conférant à la Commission les pouvoirs de procéder à des vérifications sans communication préalable, cette disposition comporte une atteinte aux droits fondamentaux des entreprises.

dans toute l'étendue du marché commun, du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux vérifications « qui sont nécessaires » pour déceler les infractions aux articles 85 et 86, précités.

494. Tant la finalité du règlement n° 17 que l'énumération, par son article 14, des pouvoirs dont sont investis les agents de la Commission font apparaître que les vérifications peuvent avoir une portée très large. À cet égard, le droit d'accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises présente une importance particulière dans la mesure où il doit permettre à la Commission de recueillir les preuves des infractions aux règles de concurrence dans les lieux où elles se trouvent normalement, c'est-à-dire dans les locaux commerciaux des entreprises. (Point 26).

Ce droit d'accès serait dépourvu d'utilité si les agents de la Commission devaient se limiter à demander la production de documents ou de dossiers qu'ils seraient à même d'identifier au préalable de façon précise. Un tel droit implique, au contraire, la faculté de rechercher des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés. Sans une telle faculté, il serait impossible à la Commission de recueillir les éléments d'information nécessaires à la vérification au cas où elle se heurterait à un refus de collaboration ou encore à une attitude d'obstruction de la part des entreprises concernées.

495. Si l'article 14 du règlement n° 17 confère ainsi à la Commission de larges pouvoirs d'investigation, l'exercice de ces pouvoirs est soumis à des conditions de nature à garantir le respect des droits des entreprises concernées. À cet égard, il convient de relever d'abord l'obligation imposée à la Commission d'indiquer l'objet et le but de la vérification. Cette obligation constitue une exigence fondamentale en vue non seulement de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées, mais aussi de mettre celles-ci en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration tout en préservant en même temps leurs droits de défense⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ Voir, dans le même sens, CJCE, 17 octobre 1989 « Dow Benelux NV contre Commission des Communautés européennes », affaire 85/87, *Recueil de jurisprudence* 1989, page 03137 ; et, CJCE, 17 octobre 1989 « Dow Chemical Ibérica, SA, et autres contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes 97/87, 98/87 et 99/87, *Recueil de jurisprudence* 1989, page 03165.

D'un point de vue doctrinal, l'on pourra se reporter avec profit aux deux contributions suivantes : JANSEN (Bernhard), « Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence (observations au sujet des arrêts de la Cour des 21 septembre, 17 et 18 octobre 1989) », *Revue du Marché Commun* 1990, pp. 696-701.

Et, THIEFFRY (Jean), ARNOLD (Karin) et VAN DOORN (Philip), « Les pouvoirs d'enquête de la Commission CEE en droit de la concurrence », *Gazette du Palais* 1990, III Doct., pp. 309-313. Si la reconnaissance d'un droit fondamental à l'inviolabilité du domicile en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des États membres, il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de

Le droit de propriété est un droit inaliénable et sacré. Toutefois, la force publique peut effectuer des perquisitions qui visent à rechercher des preuves qui permettront à la justice d'établir la vérité judiciaire.

Section deuxième. Les perquisitions : la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité⁵⁶⁸.

496. L'inviolabilité du domicile est aussi un des aspects de la liberté individuelle. Sur ce fondement, les juges constitutionnels ont censuré des dispositions législatives qui, pour lutter contre la fraude fiscale, autorisaient l'administration fiscale à perquisitionner au domicile des contribuables (Conseil constitutionnel, n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 67).

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a déterminé les conditions auxquelles devaient répondre les perquisitions pour respecter la liberté individuelle ; ainsi, les perquisitions doivent être autorisées, quelle que soit la nature du local (privé ou professionnel), par le juge qui doit, par ailleurs, être en mesure de vérifier le bien-fondé de la demande des perquisitions. Les perquisitions doivent être soumises dans leur déroulement au contrôle du juge ; elles doivent également être réservées de manière claire à la recherche de catégories précises d'infractions fiscales (Conseil constitutionnel, n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 94).

protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques. On ne saurait tirer une conclusion différente de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il n'en demeure pas moins que, dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire. Il ressort, tant de la finalité du règlement n°17 que de l'énumération, par son article 14, des pouvoirs dont sont investis les agents de la Commission, que les vérifications peuvent avoir une portée très large.

⁵⁶⁸ La force publique doit exercer sa contrainte au nom de l'État afin de traduire les auteurs d'infractions devant la justice. Ainsi, celle-ci contribue de manière essentielle à la manifestation de la vérité. La Justice reçoit pour mission cardinale d'établir la vérité ; de cette manière, les juges sanctionneront les individus qui auront brisé le pacte social nécessaire à toute société humaine. Le Temps de la Justice permet ainsi de dévoiler la vérité : l'on pourra ici se référer aux allégories de l'art occidental (voir *Annexe*, pp. 292-308). Établir la vérité constitue une mission primordiale pour toute société humaine. Ainsi, la Sagesse et la Vérité descendent sur la terre et les ténèbres qui la couvrent se dissipent à leur approche (Allégorie de PRUD'HON Pierre Paul [Cluny, 1758 ; Paris, 1823], *Annexe* p. 298).

497. Le but des perquisitions et des fouilles : la constitution de preuves utiles à la manifestation de la vérité. D'un point de vue téléologique, les mesures de perquisitions et de fouilles visent le recueil de preuves destinées à éclairer la justice quant aux comportements qui constituent une infraction (II). Il convient donc d'étudier les principes relatifs à la recherche et la production des preuves.

En procédure pénale française, la production des preuves en justice peut être gouvernée par deux systèmes probatoires opposés : le système de la liberté de la preuve et le système des preuves légales. Trois règles permettent d'opérer le départ entre ces deux systèmes. Dans le système de la liberté de la preuve, la recherche des preuves peut s'effectuer par tout moyen ; les preuves ne sont pas ainsi hiérarchisées ; et, le juge ne se trouve pas lié par les preuves produites devant lui. À rebours, dans le système des preuves légales, les parties ne peuvent produire en justice que les preuves qui sont autorisées par la loi.

Les preuves sont alors hiérarchisées de telle sorte que certaines preuves prévalent sur d'autres, et le juge qui reconnaît l'existence de la preuve est lié par son contenu. Le droit pénal français est dominé par le système de la liberté de la preuve. Cela ressort de l'article 427 du Code de procédure pénale selon lequel « hors les cas où les lois en disposent autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». De la même manière, devant la Cour d'assises, la déclaration faite aux jurés, avant qu'ils se retirent pour délibérer, contient le texte suivant : « la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve [...]. La loi ne leur fait que cette seule question : avez-vous une intime conviction ? » (Article 353 du Code de procédure pénale). Ces deux textes constituent les fondements juridiques du principe de la liberté de la preuve pénale et son corollaire juridictionnel, l'intime conviction du juge.

498. La manifestation de la vérité constitue un enjeu essentiel dans le cadre du procès pénal. Dès lors, le Code de procédure pénale ne doit pas venir restreindre les preuves susceptibles d'être produites devant le juge. Les infractions peuvent donc être prouvées librement, mais les moyens employés pour rechercher et produire les preuves de l'infraction ne peuvent transgresser les cadres qui ont été forgés par le Code de procédure pénale et la jurisprudence (I).

I. Les modes de preuve en droit français.

499. Afin d'établir la démonstration de l'existence d'un fait matériel qui est prévu par une incrimination, la force publique doit recueillir la ou les preuves de l'infraction. En droit français, prévaut le principe de la liberté de la preuve (**§1**). Ces preuves peuvent-être apportées grâce à l'action remarquable de la médecine légale, qui constitue la science au service de la vérité (**§2**).

§ 1. Le principe de la liberté de la preuve.

500. Le principe de la liberté de la preuve posée par l'article 427 du Code de procédure pénale revêt deux aspects. En premier lieu, la liberté de rechercher et de produire en justice signifie que les autorités publiques ou les parties au procès jouissent de la liberté de rechercher tous les éléments qui participent à la découverte de la vérité et de produire ces éléments devant le juge. En second lieu, la liberté d'appréciation de la preuve laisse au juge la possibilité de se laisser convaincre par une ou plusieurs preuves, ou considérer, à l'inverse, qu'un élément produit devant lui n'est pas convaincant.

501. Cette liberté est reconnue pour toutes les autorités publiques. La liberté de rechercher et de produire la preuve se manifeste ainsi à tous les stades de la procédure pénale et à l'égard de toutes les autorités publiques. Elle se manifeste notamment par le pouvoir attribué aux officiers de police judiciaire par l'article 14 du Code de procédure pénale, en vertu duquel la police judiciaire est chargée « de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs ».

502. S'agissant du juge d'instruction, la liberté de rechercher la preuve consiste dans l'autorisation qui lui est faite de procéder « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » (article 80 du Code de procédure pénale). Cette liberté est encore présente durant l'instruction menée devant la juridiction de jugement. Ainsi, dans un arrêt d'assemblée plénière, arrêt qui a clôturé l'affaire Papon (Cour de Cassation, Assemblée plénière, 22 juin 2004, *AJP* 2004, 328), la Cour de Cassation a jugé, de façon générale, que les autorités judiciaires sont tenues de procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité (conférer l'article 310 du Code de procédure pénale).

Par conséquent, malgré l'interdiction légale de diffuser des archives audiovisuelles de la justice, la Cour d'assises de Bordeaux a pu valablement projeter, au cours du procès Papon, la déposition de deux témoins qui avaient eu lieu quelques années plus tôt dans le procès de Klaus Barbie. Ainsi, le Code de procédure pénale et la jurisprudence permettent d'affirmer de façon générale que les autorités publiques possèdent, par principe, le pouvoir de réaliser tous les actes utiles à la manifestation de la vérité.

De cette manière, la liberté de la preuve s'impose malgré l'existence de moyens de preuve prévue par la loi (**A**). Toutefois, la preuve fait l'objet d'un encadrement juridique *a posteriori* par le juge judiciaire qui remplit son office en consacrant un principe, celui de la loyauté dans la recherche de la preuve ; faute de respecter ce principe, la force publique verra les preuves obtenues au moyen d'une infraction réprimées (**B**).

A. Une liberté qui s'impose malgré l'existence de moyens de preuve prévue par la loi.

503. Cette solution est applicable également à l'enquête de flagrance pour laquelle le Code de procédure pénale organise les actes coercitifs que la police judiciaire peut accomplir. La question se pose ici de savoir si les officiers de police judiciaire peuvent procéder à d'autres actes que ceux autorisés par le Code. La Cour de Cassation répond à cette question, de façon affirmative, lorsqu'elle décide que « la réalisation d'une reconstitution dans le cadre d'une enquête de flagrance n'est prohibée par aucun texte » (Cour de Cassation, chambre criminelle, 26 février 2003, *Droit pénal* 2003, commentaire numéro 92). En définitive, le principe de la liberté de la preuve a pour signification qu'en dehors des interdictions législatives particulières, les autorités publiques et les parties privées peuvent rechercher la preuve par tous les moyens.

504. S'agissant du domaine d'application du principe, il convient de mentionner que les contraventions sont soumises au système des preuves légales. Le principe de la liberté la preuve ne s'applique donc pas aux contraventions. En effet, l'article 537 alinéa premier du Code de procédure pénale dispose que « les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports ou de procès-verbaux, ou à leur appui ».

Autrement dit, seuls deux types de preuves sont admis pour établir la preuve d'une contravention : il s'agit des procès-verbaux et des rapports ou témoignages. Si ces éléments ne sont pas produits devant le juge, la culpabilité de la personne poursuivie ne peut être établie. Cependant, si ces preuves existent, elles lient le juge. En effet, l'article 537 alinéa deux du Code de procédure

pénale prévoit que « les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire [...] font foi jusqu'à preuve du contraire ». Dans cette hypothèse, l'intime conviction n'existe plus. Si les éléments de fait qui ressortent du procès-verbal ne sont pas contredits, le juge est dans l'obligation de les tenir pour vrais.

B. L'encadrement juridique de la preuve.

505. L'encadrement juridique de la preuve. Le principe de licéité de la preuve signifie que la recherche, la production et l'appréciation des preuves pénales doivent se faire conformément au droit. Il s'agit ici d'un énoncé trivial, mais encore faut-il déterminer ce que l'on entend par l'expression « conforme au droit ». D'un côté, l'établissement de certaines preuves est soumis à un cadre législatif particulièrement précis. À cet égard, s'agissant des perquisitions, les écoutes téléphoniques et les procédures de sonorisation sont régies de manière très stricte. Ces preuves constituent, en réalité, des actes de procédure soumis à un formalisme lourd afin de protéger les libertés constitutionnellement garanties.

506. Pour autant, la licéité de la preuve ne s'entend pas uniquement de l'encadrement formel tel qu'il est prévu par la loi. Elle consiste également dans le respect de principes inscrits dans le Code de procédure pénale ou établis par la jurisprudence. Le premier principe qu'il convient ici de mettre en exergue, est le principe du respect de la loyauté de la preuve. Ce principe n'est pas consacré par le Code de procédure pénale ; pour autant, depuis longtemps, la Cour de Cassation déclare comme étant irrecevables les preuves obtenues de façon déloyale. La preuve déloyale est la preuve qui a été obtenue par fraude ou au moyen d'un stratagème qui a déterminé l'infraction. Ainsi, dans son arrêt en date du 12 juin 1952⁵⁶⁹, la Cour de Cassation devait se prononcer sur un stratagème élaboré par un policier qui agissait sur commission rogatoire. Ce dernier avait tenté de prouver des faits de corruption en sollicitant d'un témoin qu'il propose, par téléphone, le versement d'une somme à un fonctionnaire, alors que le policier consignerait le contenu de la conversation téléphonique. Selon la chambre criminelle, « l'opération exécutée de telle façon doit être considérée comme nulle. Elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense ».

⁵⁶⁹ Cour de Cassation, 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7141.

En effet, le fonctionnaire de police n'avait pas recueilli la preuve de façon passive, mais le policier avait plutôt provoqué la commission de l'infraction dont il n'était pas établi qu'elle aurait eu lieu sans lui. À propos de faits analogues, la Cour de Cassation jugea, plus récemment, que de telles méthodes relèvent « d'une machination de nature à déterminer les agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves »⁵⁷⁰.

507. Pour autant, le principe de loyauté de la preuve ne s'oppose pas à ce que les policiers participent eux-mêmes à la commission de l'infraction. Tel est le cas dans les poursuites pour trafic de stupéfiants. De cette manière, lorsque les agissements des policiers ne déterminent pas la commission d'infractions, mais permettent simplement d'en établir l'existence, les preuves rapportées demeurent loyales.

À titre d'exemple, lorsque l'intervention des policiers a lieu dans un contexte préexistant de trafic révélé par la rapidité avec laquelle les délinquants ont pu se procurer 350 kg de cocaïne, un avion pour assurer le transport de la drogue, et des individus armés pour la réceptionner à l'atterrissage, la Cour de Cassation considère que les faits ne révèlent aucune machination de nature à déterminer les agissements criminels (Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 juin 1994, *Bulletin criminel*, numéro 247).

En résumé, l'intervention policière s'avère licite si elle provoque à la preuve et elle est illicite si elle provoque à l'infraction. Ce critère prétorien a été repris par le Code de procédure pénale à propos de l'infiltration des officiers de police judiciaire ou des agents de police judiciaire dans les procédures relatives à la criminalité organisée (loi du 9 mars 2004). L'article 706-81 du Code de procédure pénale précise ainsi que ces actes ne peuvent, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions.

1) Le principe de loyauté dans la recherche de la preuve.

508. En jurisprudence, le principe de loyauté de la preuve pénale a connu un développement dans le domaine des « provocations policières ». Toutefois, de manière progressive, la Cour de Cassation a étendu le champ d'application du principe. Ainsi, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 3 avril 2007 (Cour de Cassation, chambre criminelle, 3 avril 2007, *Dalloz* 2007, informations rapides, 1422) à

⁵⁷⁰ Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 février 1996, *Bulletin criminel*, numéro 93.

propos de la transcription effectuée par l'officier de police judiciaire contre le gré de l'intéressé, des propos qui lui étaient tenus, de manière officieuse, par la personne suspecte. La Cour de Cassation considéra que l'attitude de l'officier de police judiciaire éludait les règles de procédure et compromettait ainsi les droits de la défense. Et, elle ajouta que la rédaction du procès-verbal litigieux constituait alors un procédé déloyal. Cet arrêt traduit une progression du principe de loyauté, qui, n'étant plus restreint aux seules « provocations policières », permet désormais un contrôle juridictionnel de l'ensemble des actes accomplis par les autorités publiques sous le prisme de la loyauté.

2) La répression des preuves obtenues au moyen d'une infraction.

509. De façon générale, la preuve obtenue au moyen d'une infraction n'est pas nécessairement déclarée irrecevable, mais elle est susceptible d'entraîner des poursuites pénales à l'encontre de celui qui a commis cette infraction (violation de domicile...). Pourtant, une jurisprudence a été développée selon laquelle la personne qui a commis l'infraction n'est pas pénalement responsable lorsque cette dernière a recueilli la preuve dans le but d'exercer ses droits de la défense en justice. Ainsi, en va-t-il d'un journaliste qui ne peut être poursuivi pour recel de violation du secret de l'instruction au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues de l'instruction pénale en cours, lorsque la production de ces pièces par l'intéressé a été rendue nécessaire pour sa défense dans une instance dirigée à son encontre⁵⁷¹.

En ce qui concerne les autorités publiques, celles-ci ne peuvent dépasser les autorisations légales qui leur sont accordées par le Code de procédure pénale. Une perquisition illicite constitue, en théorie, une violation de domicile laquelle est réprimée par le Code pénal. De la même manière, les violences policières peuvent donner lieu à des condamnations sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine.

Dans la recherche et la collecte des preuves, la force publique dispose de formations scientifiques spécialisées.

§ 2. La médecine légale : la science au service de la vérité.

510. La force publique, en général, est chargée à l'aune du Code de procédure pénale ou de son équivalent dans les États anglo-saxons de constater les infractions et d'en rechercher les auteurs. Afin de remplir cette insigne tâche, les officiers de police judiciaire qu'ils soient fonctionnaires de

⁵⁷¹ Cour de Cassation, chambre criminelle, 11 juin 2002, *Bulletin criminel*, numéro 132.

police ou militaires de la gendarmerie nationale, sont dans l'obligation en vertu des dispositions du Code de procédure pénale de préserver la scène de crime dans le but d'assurer l'intégrité des indices⁵⁷² ; ainsi, ceux-ci pourront être exploités par les services particulièrement compétents de la police technique et scientifique⁵⁷³. Ils pourront alors servir de preuves juridiques, lesquelles seront produites devant les juridictions pénales compétentes. La police technique et scientifique (l'appellation ressortit à la police nationale) et l'identification criminelle (cette dénomination est l'apanage de la gendarmerie nationale) concourent, de nos jours, grandement à l'élucidation des affaires criminelles. De cette manière, ces serviteurs de la loi contribuent grâce à un travail particulièrement minutieux au rayonnement de la vérité⁵⁷⁴.

En France qui fut une pionnière dans l'histoire de la médecine légale, les services compétents de la force publique sont constitués en établissements publics de l'État à caractère administratif, lesquels sont donc au service de la Justice : L'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN) et l'Institut national de police scientifique (A). Le Droit comparé permet encore de mieux comprendre l'institution de ces services étatiques spécialisés, et en particulier pour ce qui concerne leur rôle au sein de la chaîne pénale. L'on s'intéressera ainsi au Service médico-légal et de

⁵⁷² CECCALDI (Pr Pierre Fernand), « La recherche scientifique de la preuve en criminalistique » in *Revue de la police nationale*, n° 117, mars 1982, pp. 5-11 et n°118, novembre 1982, pp. 18-21.
ET, GORPHE (François), « La valeur probante des indices » in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, Paris, 1937, tome 2, pp. 418-437.

⁵⁷³ La police technique et scientifique est rattachée à la direction centrale de la police judiciaire en tant que sous-direction (Article 3 de l'arrêté du 5 août 2009 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale de la police judiciaire, NOR: IOCC0916981A). La direction centrale de la police judiciaire définit la doctrine générale et la stratégie en vue d'assurer les missions qui lui sont confiées. Elle détermine l'organisation des services et les règles d'emploi des personnels dont elle anime l'action et contrôle l'activité. Elle définit la politique d'équipement opérationnel des services centraux et territoriaux qui lui sont rattachés.

La sous-direction de la police technique et scientifique comprend : le service central de documentation criminelle, le service central d'identité judiciaire, le service central de l'informatique et des traces technologiques, auquel est rattaché le laboratoire d'analyse et de traitement du signal, la division des études, des liaisons et de la formation, la division de la logistique opérationnelle. Elle met en œuvre, pour l'ensemble des services de la police nationale, les moyens techniques et scientifiques nationaux d'aide à l'enquête. Elle participe à la conception des traitements de police judiciaire confiés à la police nationale, définit leur doctrine d'emploi et assure leur utilisation opérationnelle. Elle participe à la conception des traitements de police judiciaire communs à la police et à la gendarmerie nationales, à la définition de leur doctrine d'emploi et à leur utilisation opérationnelle. Elle assure la gestion du fonds de documentation criminelle et les diffusions. Elle procède aux examens, recherches et analyses d'ordre scientifique et technique à la demande des autorités judiciaires et des services de la police et de la gendarmerie nationales dans le cadre de leurs missions.

Les trois services centraux, chacun dans son domaine de compétence, assurent la gestion et le suivi de l'activité des services territoriaux de la direction centrale. En outre, le service central d'identité judiciaire oriente, évalue et contrôle l'action de l'ensemble des services d'identité judiciaire de la police nationale, auxquels il apporte une assistance technique. (Article 8 modifié par l'arrêté du 27 août 2010 en son article 6).

⁵⁷⁴ CHAUMEIL (Jean-Marie), « Limites et possibilités de la science dans l'enquête criminelle » in *Revue internationale de criminologie et de police technique*, volume XIV, 1960, n° 2, avril-juin, pp. 127-132.

médecine légale de l'État de Basse Californie du Sud (Mexique), lequel constitue un organe administratif déconcentré au service de la vérité (B).

A. Les établissements publics de l'État à caractère administratif au service de la Justice : L'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN) et l'Institut national de police scientifique.

511. L'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN)⁵⁷⁵. Si autrefois le témoignage et l'aveu suffisaient à emporter la conviction des magistrats et des jurés, depuis quelques années, la « preuve scientifique » est devenue un élément incontournable de l'enquête criminelle.

Tirant parti de cette évolution, la gendarmerie s'est dotée d'une structure qui, s'appuyant sur les techniciens d'identification criminelle chargés de prélever des indices sur le terrain, a été coiffée en 1987 par une unité dont la vocation principale consiste en l'analyse de ces prélèvements⁵⁷⁶. Cette

⁵⁷⁵ Source : Site institutionnel de la gendarmerie nationale, <<http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/fre/Sites/Gendarmerie/Presentation/PJ/Police-scientifique-IRCGN>>

⁵⁷⁶ LUDÉS (Bertrand) et MANGIN (Patrice), *Les empreintes génétiques en médecine légale*, Éditions Médicales Internationales et TEC & DOC Lavoisier, collection « génie génétique » sous la direction de Gérard LUCOTTE, 1992, 147 pages. Bertrand LUDÉS est Maître de conférences à la faculté de médecine de Strasbourg ; Patrice MANGIN est Professeur de médecine légale à la faculté de médecine de Strasbourg et il fut le Directeur de l'Institut de médecine légale de Strasbourg.

Chaque individu se distingue de tous les autres par un ensemble de caractères morphologiques et biologiques qui permettent de le reconnaître. Identifier, c'est comparer les caractères spécifiques d'un sujet, ou les traces qu'il a laissées, et en rapprocher les similitudes (voir SIMONIN (C.), *Médecine Légale Judiciaire*, Librairie Maloine, Paris, 1955, 1054 p). Nombreuses sont les circonstances à l'occasion desquelles se pose le problème de l'identification en médecine légale. Jusqu'à ces dernières années, les médecins légistes disposent essentiellement de trois méthodes. La première méthode est descriptive, la deuxième méthode est anthropométrique et la troisième est biologique. Le signalement descriptif comporte le portrait parlé, le relevé de signes particuliers et des cicatrices, l'anthropométrie signalétique de Bertillon et les empreintes digitales.

La méthode anthropométrique s'intéresse à l'identification du squelette et des dents. La différenciation biologique repose sur l'analyse des groupes érythrocytaires, enzymatiques et des protéines sériques. Au cours de l'année 1985, A. J. Jeffreys proposait une nouvelle méthode d'identification biologique hautement spécifique fondée sur l'étude de l'ADN et appelée communément « empreintes génétiques ». En effet, la molécule d'ADN est identique dans chaque cellule nucléée d'un même individu, qu'il s'agisse de globules blancs, de cellules de racine de cheveux, de spermatozoïdes ou de tout autre tissu. Cette caractéristique fondamentale se trouve à la base de l'identification génétique. Au sein de l'ADN, Jeffreys au cours des années 1985, 1986 et 1987 découvrit des séquences répétées de 33 paires de base, contenant un noyau commun de 16 paires de bases. Ces régions sont polymorphes, disséminées dans tout le génome. Le nombre de répétitions est variable d'un individu à l'autre. Ce scientifique montra qu'il était possible d'établir le profil génétique d'un individu après extraction de l'ADN, fragmentation par une enzyme de restriction, transfert sur une membrane et hybridation avec des sondes moléculaires appropriées.

Élucidée par Watson, Crick et Wilkins en 1953, la molécule d'ADN constitue un polymère formé par l'union d'unités élémentaires appelées nucléotides. Un nucléotide est constitué d'une base azotée (noyau hétérocyclique comportant des atomes de carbone et d'azote), d'un sucre à cinq atomes de carbone

unité est l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN), implantée à ROSNY-SOUS-BOIS (Seine-Saint-Denis).

512. L'Institut a reçu de la direction générale de la gendarmerie nationale quatre missions principales : effectuer, à la demande des unités et des magistrats, les examens scientifiques ou les expertises nécessaires à la conduite des enquêtes judiciaires ; apporter en cas de besoin aux directeurs d'enquêtes, le soutien nécessaire au bon déroulement des constatations, principalement par la mise à leur disposition de personnel hautement qualifié disposant de matériels adaptés et spécialisés ; concourir directement à la formation des techniciens en identification criminelle et à l'information des enquêteurs ; poursuivre dans tous les domaines de la criminalistique les recherches nécessaires au développement des matériels et des techniques d'investigation criminelle.

513. L'Institut national de police scientifique : un établissement public de l'État à caractère administratif au service de la Justice. L'article 58 de la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne⁵⁷⁷ précise qu'« [i]l est créé un établissement public de l'État à caractère administratif dénommé « Institut national de police scientifique », placé sous la tutelle du ministre de l'Intérieur. Cet établissement comprend les laboratoires de la police scientifique de Lille, Lyon, Marseille, Paris et Toulouse, le laboratoire de toxicologie de la préfecture de police et le service central des laboratoires »⁵⁷⁸.

514. Il a pour mission de réaliser tous les examens, recherches et analyses d'ordre scientifique et technique qui lui sont demandés par les autorités judiciaires ou les services de police et de gendarmerie aux fins de constatation des infractions pénales et d'identification de leurs auteurs. Il développe et promeut, au plan national et international, les techniques et les procédés mis en œuvre à cette fin⁵⁷⁹.

(désoxyribose) et d'un groupe phosphate. L'association d'une base et d'un sucre uniquement porte le nom de nucléoside et l'association d'un nucléoside avec un ou plusieurs groupes phosphates porte alors le nom de nucléotides (structure de l'ADN).

⁵⁷⁷ NOR: INTX0100032L, *JORF* n°266 du 16 novembre 2001, page 18215, texte n° 1.

⁵⁷⁸ L'Institut national de police scientifique créé par l'article 58 de la loi du 15 novembre 2001 susvisée est un établissement public administratif placé sous la tutelle du ministre de l'Intérieur. Il comprend les laboratoires de police scientifique de Lille, Lyon, Marseille, Paris et Toulouse, le laboratoire de toxicologie de la préfecture de police et le service central des laboratoires. (Article 1^{er} du Décret n° 2004-1211 du 9 novembre 2004 relatif à l'Institut national de police scientifique, NOR: INTC0400294D, *JORF* n°267 du 17 novembre 2004, page 19319, texte n° 20, Titre Ier : dispositions générales).

⁵⁷⁹ Il procède à tous les examens, recherches et analyses d'ordre scientifique et technique qui lui sont demandés par les autorités judiciaires et les services de la police et de la gendarmerie nationales aux fins de constatation des infractions pénales et d'identification de leurs auteurs. Il développe et promeut, au plan national et international, les techniques et les procédés mis en œuvre. À cette fin, il doit notamment : 1°

516. Aux **États-Unis d'Amérique**, dans l'**État de Rhode Island**, il est particulièrement intéressant de relever que le laboratoire à qui incombe la mission primordiale d'étudier les preuves criminelles se trouve dans l'Université de l'État étudié. Le laboratoire concernant les crimes dans l'État de Rhode Island est créé par la Section 12-1.2-1 des Lois Générales de l'État de Rhode Island. Celui-ci est situé à l'Université du Rhode Island. (« State of Rhode Island General Laws », Lois Générales de l'État de Rhode Island, Titre 12 intitulé « Procédure criminelle », Chapitre 12-1.2 « State Crime Laboratory »)⁵⁸⁰.

Le laboratoire d'État criminel possède l'autorité pour enquêter sur toutes les preuves qui sont en relation avec des crimes étatiques ou locaux, lorsque celui-ci en est requis par les agences idoines (§ 12-1.2-2 des Lois Générales étudiées). En outre, le laboratoire d'État criminel a pour fonction d'examiner et d'apprécier les preuves physiques recueillies sur la scène du crime ou en relation avec le crime. Les examens seront conduits dans différentes disciplines telles que la sérologie médico-légale, les armes à feu, les analyses d'accélérateurs, les explosifs, la méthodologie scientifique en microscopie, incluant l'analyse des fibres, des cheveux, du sang ainsi qu'en spectroscopie, en matière d'analyse des empreintes digitales, dans le domaine de l'étude des traces de pneus.

Le laboratoire d'État criminel est responsable pour examiner les preuves soumises par les départements étatiques et locaux d'incendie ainsi que par les agences du maintien de l'ordre ; il assurera également la surveillance de l'intégrité des preuves. De plus, le laboratoire devra diligenter ses experts en vue de témoigner devant les juridictions lorsque ceux-ci en sont requis. (§ 12-1.2-3 des Lois Générales étudiées).

517. En France, le conseil d'administration de l'Institut national de police scientifique comprend, pour la moitié au moins de ses membres, des représentants de l'État ainsi que des personnalités qualifiées et des représentants élus des personnels. Un conseil scientifique assiste le président du conseil d'administration et le directeur de l'établissement sur les aspects scientifiques et techniques de l'activité de l'Institut⁵⁸¹. Les services de l'établissement sont dirigés par un directeur nommé par

Concevoir et mettre en œuvre une politique d'information technique et scientifique ainsi que contribuer à l'élaboration de la réglementation technique et aux travaux de normalisation dans le domaine criminalistique ; 2° Améliorer, en liaison avec les services de police et de gendarmerie intéressés, les méthodes tendant à la préservation et au traitement des éléments recueillis sur les lieux d'infraction, et notamment la conservation des traces et indices traités par les laboratoires ; 3° Améliorer les protocoles techniques et scientifiques et développer de nouvelles procédures analytiques.

(Article 1^{er} du Décret n° 2004-1211 du 9 novembre 2004 relatif à l'Institut national de police scientifique, NOR: INTC0400294D, *JORF* n°267 du 17 novembre 2004, page 19319, texte n° 20, Titre 1er : dispositions générales).

⁵⁸⁰ Source : Assemblée Générale (« General Assembly », c'est-à-dire le pouvoir législatif) de l'État de Rhode Island, site officiel à l'adresse suivante : <<http://webserver.rilin.state.ri.us/>>

⁵⁸¹ Le conseil scientifique est composé, outre son président nommé par arrêté du ministre de l'Intérieur sur

décret.

518. Les ressources de l'établissement sont constituées par des subventions de l'État ou des autres personnes publiques, par les honoraires d'expertise et autres redevances pour services rendus, par les produits des emprunts, par les dons et legs et par le produit des ventes qu'il effectue dans le cadre de ses missions⁵⁸².

519. À compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les fonctionnaires et agents non titulaires de la ville de Paris qui exercent leurs fonctions dans le laboratoire de toxicologie sont mis de plein droit à disposition de l'État, à titre individuel, dans les conditions fixées par l'article 125 de la loi

proposition du ministre chargé de la Recherche :

1° De membres de droit : a) Le directeur de la technologie au ministère chargé de la Recherche ; b) Les directeurs des laboratoires de l'établissement ou leur représentant ; c) Le chef du service central de l'identité judiciaire de la sous-direction de la police technique et scientifique de la direction centrale de la police judiciaire ou son représentant ; d) Le conseiller scientifique du sous-directeur chargé de la police technique et scientifique de la direction centrale de la police judiciaire ;

2° De personnalités qualifiées : a) Deux choisies sur proposition du ministre chargé de l'Enseignement supérieur en raison de leurs compétences en matière scientifique d) Deux choisies sur proposition du ministre chargé de la santé en raison de leurs compétences dans le domaine de la toxicologie et de la biologie ; f) Une choisie sur proposition du Garde des Sceaux, ministre de la Justice ;

3° D'un représentant élu des personnels actifs de la police nationale en fonctions à l'Institut.

(Article 14 du Décret n° 2004-1211 du 9 novembre 2004 relatif à l'Institut national de police scientifique, NOR: INTC0400294D, *JORF* n°267 du 17 novembre 2004, page 19319, texte n° 20, Titre III : Le Conseil Scientifique)

⁵⁸² Les opérations financières et comptables de l'établissement sont soumises aux dispositions du décret du décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953 relatif à la réglementation comptable applicable aux établissements publics nationaux à caractère administratif et du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique. (Article 19 du Décret n° 2004-1211 du 9 novembre 2004 relatif à l'Institut national de police scientifique, NOR: INTC0400294D, *JORF* n°267 du 17 novembre 2004, page 19319, texte n° 20, Titre IV : Organisation financière)

L'établissement public est soumis au contrôle financier de l'État institué par le décret du 25 octobre 1935 organisant le contrôle financier des offices et établissements publics de l'État dotés de l'autonomie financière. Les modalités de ce contrôle sont fixées par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre chargé du budget. Les ressources de l'établissement comprennent : 1° Les subventions, avances, fonds de concours ou participations qui lui sont attribués par l'État, les institutions européennes, les collectivités territoriales, les établissements publics ainsi que par toute autre personne publique ; 2° Les honoraires d'expertise et autres redevances pour services rendus ; 3° Les sommes perçues en matière de formation professionnelle ou continue ; 4° Les produits des travaux de recherches et d'études pour le compte de tiers ; 5° Les produits de l'exploitation directe ou indirecte des droits de propriété intellectuelle ; 6° Les produits résultant de la vente des publications et droits de propriété intellectuelle ; 7° Les versements et contributions des organismes publics ou privés, français ou internationaux, avec lesquels l'institut passe des conventions ; 8° Les revenus des biens meubles et immeubles ; 9° Les produits des aliénations ; 10° Les dons et legs ; 11° Les produits financiers ; 12° Les produits des emprunts ; 13° Toute autre recette autorisée. (Article 21)

Sont payés en application des articles R. 92 et R. 93 du Code de procédure pénale les actes expressément ordonnés par les magistrats du parquet ou par les juges d'instruction et juridictions de jugement. (Article 22)

Les travaux, prestations et interventions réalisés à la demande du ministre de l'intérieur sont accomplis à titre gratuit. Il en est de même des examens, analyses et de tous autres travaux techniques ou scientifiques, accomplis en exécution d'une réquisition adressée à l'établissement par un officier ou un agent de police judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale. (Article 23).

n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Les fonctionnaires de la ville de Paris mentionnés ci-dessus peuvent, dans un délai d'un an et dans les conditions fixées aux II et III de l'article 123 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée, opter pour le statut de fonctionnaire de l'État.

Les agents non titulaires de la ville de Paris mentionnés au premier alinéa peuvent, sur leur demande présentée dans un délai d'un an, se voir reconnaître la qualité d'agent non titulaire de l'État dans les conditions prévues aux quatre premiers alinéas du II de l'article 123-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée. Le délai de deux ans prévu pour faire droit à leur demande est ramené à un an. La loi du 27 novembre 1943 portant création d'un service de police technique est abrogée.

520. En ce qui concerne la préservation du lieu du crime, la force publique impose dans le but très légitime (la recherche de l'auteur de l'infraction criminelle) une contrainte consistant en une interdiction de pénétrer dans le lieu qui a été le théâtre de la perpétration du crime. L'atteinte anathématisable au droit à la vie de tout être humain (voir infra, Deuxième partie, et plus spécialement le titre deux) implique la mise en œuvre de la force publique et, partant, des investigations lesquelles engendrent quelques contraintes bien légitimes.

Lorsque l'on brosse un tableau historique des investigations criminelles, il est intéressant de remarquer d'un point de vue du vocabulaire, que l'expression « scène de crime » que l'on connaît de nos jours a été précédée par celle de « théâtre du crime ». De plus, il convient ici de mettre en lumière la figure des pères de la médecine légale en France. Alexandre LACASSAGNE (1843-1924), Professeur de médecine à Lyon, fut le père de notre médecine légale et sa réputation traversa les frontières. On peut également citer Alphonse BERTILLON (1853-1914) qui inspira l'ensemble des services de police à travers le monde : c'est lui qui préconisa d'effectuer plusieurs prises photographiques afin de fixer la scène du crime.

B. Le Service médico-légal et de médecine légale de l'État de Basse Californie du Sud (Mexique) : un organe administratif déconcentré au service de la vérité.

521. Concernant le recueil des preuves, la loi organique sur le ministère public de l'État de Basse Californie du Sud (Mexique)⁵⁸³ prévoit en son titre VI la création de l'organe administratif déconcentré dénommé « **Service médico-légal et de médecine légale** ». En effet, il n'est pas étonnant que le Service médico-légal soit régi par une loi organique instituant un ministère public en ce sens que le service de médecine légale participe de manière très grande à la manifestation de la vérité judiciaire grâce au travail méticuleux et minutieux qu'il opère dans le recueil des preuves. De nos jours, la police technique et scientifique et la médecine légale accomplissent des progrès extraordinaires qui permettent grâce à un travail scientifique remarquable de mettre en lumière des preuves médico-légales lesquelles permettent de traduire devant la justice les auteurs des crimes et délits. L'article 64 de la loi organique susvisée prévoit que l'organe administratif déconcentré dénommé « Service médico-légal et de médecine légale » jouira d'une autonomie technique pour son fonctionnement et d'une indépendance de critères dans le diagnostic des sujets portés à sa connaissance, lequel devra être toujours attaché au principe de professionnalisme, de l'égalité, d'impartialité, d'exactitude et d'honnêteté. Ce service est rattaché administrativement au directeur des services d'expertise lequel appartient à la hiérarchie du ministère public ; et, ils agissent sous l'autorité et le commandement immédiat du ministère public.

522. Le Service médico-légal et de médecine légale se compose d'experts de médecine légale spécialisés dans les domaines de la médecine légale qui sont en charge entre autres de l'étude des causes de la mort d'une personne et de la médecine légale qui traite de la classification des lésions. (Article 65 de la loi organique relative au ministère public de l'État de Basse Californie du Sud).

Pour être un expert médical, il convient de satisfaire à dix conditions. On notera qu'il conviendra d'être mexicain par naissance en pleine jouissance et en plein exercice de ses droits civils et politiques ; il faudra être citoyen Sud californien, avec une résidence effective dans l'État depuis plus de deux années avant sa nomination ; il faudra avoir plus de 28 ans au jour de sa nomination ; il faudra posséder un titre légal en médecine et avoir un minimum de trois années d'exercice professionnel ; il faudra jouir d'une bonne réputation et d'une intégrité morale ; il est également requis de ne pas avoir été suspendu ni d'avoir été destitué ou révoqué par une décision définitive

⁵⁸³ La loi organique relative au ministère public de l'État de Basse Californie du Sud fut publiée au *Bulletin officiel du gouvernement de l'État de Basse Californie du Sud* en date du 8 juillet 2008.

d'un emploi de fonctionnaire public au sein de l'administration de l'État fédéré ou de quelque autre entité fédérée ou dans l'administration publique fédérale ; il est requis que le candidat ne consomme pas de substances psychotropes, de stupéfiants ou autres substances produisant des effets similaires et, donc, il faudra que le candidat réussisse les examens de contrôle de confiance que la loi prévoit ; le candidat ne devra pas avoir été condamné par une décision de justice qui l'a reconnu coupable d'une infraction fautive qualifiée par la loi comme étant grave ; il devra avoir satisfait au service militaire national ; et, enfin, il devra se soumettre aux procédures de formation spécialisée établies par le ministère de la Justice laquelle est dispensée à l'Institut interdisciplinaire des sciences pénales.

523. Le Service médico-légal et de médecine légale agit sur requête du ministère public et établit les diagnostics médico-légaux à l'égard de personnes vivantes ou de cadavres. En effet, il convient ici de ne pas satisfaire à quelques antiennes selon lesquelles les médecins légistes ne s'occuperaient que des personnes décédées. Ainsi, en France, les médecins légistes sont également compétents pour établir le diagnostic relatif aux dommages corporels infligés à une personne vivante.

II. Les modalités de la perquisition et de la visite domiciliaire.

524. La recherche matérielle opérée par la force publique par exemple au domicile d'une personne poursuivie ou soupçonnée dans le cadre d'une enquête constitue une atteinte légale à la notion d'inviolabilité du domicile ; au regard du caractère sacré et inaliénable du droit de propriété, les perquisitions doivent être strictement encadrées *a priori* par le Conseil constitutionnel et *a posteriori* par la juridiction judiciaire (§1). S'agissant des visites domiciliaires, celles-ci font l'objet d'un encadrement *a priori* par la loi ; la violation des prescriptions législatives entraîne la responsabilité pénale des membres de la force publique sur le fondement de la violation de domicile. Enfin, il convient de souligner les pouvoirs propres aux douanes lesquelles disposent d'un droit de visite qui obéit à des règles juridiques précises pour assurer la conciliation entre la recherche des preuves utiles à la manifestation de la vérité et le respect du droit de propriété constitutionnellement garanti (§2).

§ 1. L'encadrement de la perquisition par le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires.

525. Deux sortes de perquisitions sont prévues par le Code de procédure pénale. La première est décidée par le juge d'instruction dans le cadre d'une enquête judiciaire (articles 92 et suivants). Elle peut avoir lieu dans le domicile de la personne mise en examen ou dans le domicile d'une autre personne. Le second type de perquisitions est décidé par un officier de police judiciaire en cas de

crime flagrant (article 56) ou de délit flagrant passible d'emprisonnement (article 67). Elle peut avoir lieu dans le domicile de la personne soupçonnée du crime ou du délit, ou dans le domicile de toute autre personne qui paraît avoir participé ou détenir des pièces le concernant.

Dans ces deux cas, la perquisition peut s'analyser comme étant une fouille inopinée du domicile dont le but est de trouver, et de saisir, des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité. Elle doit s'effectuer en présence de la personne au domicile de laquelle elle a lieu, ou en cas d'impossibilité, en présence du représentant de son choix (article 57 du Code de procédure pénale). À défaut, l'officier de police judiciaire chargé de l'opération doit choisir deux témoins requis à cet effet par lui, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. Le domicilié ou son représentant, ou les deux témoins, doivent en principe signer le procès-verbal de perquisition auquel l'opération donne lieu. Un éventuel refus de signer figure au procès-verbal. Ces dispositions constituent une garantie précieuse pour l'inviolabilité du domicile, car elles interdisent à la police de procéder à des perquisitions secrètes. Une autre garantie consiste à interdire les perquisitions de nuit, définies pour la circonstance comme étant la période s'étendant de 21 heures à 6 heures (article 59 du Code de procédure pénale). Des exceptions sont toutefois prévues au bénéfice des perquisitions dont le but est de constater le proxénétisme ou la fabrication, la détention ou l'usage de stupéfiants.

L'article 59 du Code de procédure pénale dispose : « Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures »⁵⁸⁴. Les exceptions légales concernent les locaux de quelque nature qu'ils soient où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants, sur autorisation du président du tribunal de grande instance ou du juge délégué par lui ou du juge d'instruction, pour la seule recherche et constatation infraction liée au trafic de stupéfiants (article 706-28 du Code de procédure pénale).

526. En dehors des perquisitions judiciaires dont le régime juridique s'avère être finalement satisfaisant, existent également des perquisitions fiscales et douanières (articles L. 38 à L. 43 du Livre des procédures fiscales et article 61 du Code des douanes). Celles-ci ont longtemps posé problème en ce sens qu'elles étaient entourées de garanties insuffisantes. Fort heureusement, les caractéristiques les plus choquantes ont disparu grâce à l'intervention du Conseil constitutionnel (voir décision du Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, décision n° 83-164 DC, *Recueil* p. 67),

⁵⁸⁴ L'origine de l'interdiction à procéder de nuit à une perquisition remonte au Décret impérial du 4 août 1806 relatif au temps de nuit, pendant lequel la gendarmerie ne peut entrer dans les maisons des citoyens.

décision par laquelle le Conseil constitutionnel annule les dispositions législatives qui permettaient aux agents du fisc d'opérer des perquisitions sans intervention suffisante de l'autorité judiciaire et grâce au législateur par le vote de la loi du 30 décembre 1986 ainsi que par la Cour de Cassation dans son arrêt rendu en chambre mixte (Cour de Cassation, chambre mixte, 15 décembre 1988, *J. C. P* numéro 21 163).

La Cour de Cassation rappelle aux présidents des tribunaux de grande instance qu'ils doivent examiner avec rigueur les demandes de perquisitions présentées par l'administration fiscale⁵⁸⁵. Grâce à ces améliorations, l'on peut dire que l'inviolabilité du domicile est convenablement garantie en France.

527. La décision du Conseil constitutionnel en date du 16 juillet 1996 (« loi tendant à renforcer la répression du terrorisme »), avait limité l'admission des visites de nuit en matière de terrorisme aux seules enquêtes de flagrance sur autorisation du juge judiciaire et sous réserve de garanties procédurales appropriées. La loi du 22 juillet 1996 permet donc lorsque les nécessités de l'enquête de flagrance l'exigent, les visites, perquisitions et saisies de nuit, après autorisation écrite circonstanciée par le président du Tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui. Celui-ci opère un contrôle sur les opérations qu'il a autorisées et qui ne peuvent à peine de nullité dont le Conseil a précisé qu'elle était d'ordre public avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions en matière de terrorisme.

La loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, loi qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel a ajouté à ces dispositions la possibilité, aux mêmes conditions formelles et procédurales, de visites de nuit en cas d'urgence s'agissant d'actes de terrorisme punis d'au moins 10 ans d'emprisonnement, lorsqu'il s'agit

⁵⁸⁵ Dans le domaine des visites domiciliaires prévues à l'article L. 38 du Livre des procédures, il convient de distinguer en fonction des lieux d'exécution (locaux professionnels ou domicile privé). Ainsi, il résulte de l'article L. 38 3 du Livre des procédures fiscales que la visite autorisée par le juge des libertés et de la détention ne peut être commencée avant six heures ni après vingt et une heure et que, dans les lieux ouverts au public, elle peut également être commencée pendant les heures d'ouverture de l'établissement. Viole dès lors ce texte le premier président qui, pour rejeter le recours de M. et Mme X... retient que la salle T..., le siège social de l'entreprise exploitant la salle, et le domicile privé de M. et Mme X... se situent à la même adresse, les dépendances de la salle donnant accès à un escalier qui conduit à un palier desservant l'appartement de ces derniers, et que s'il s'agit de lieux distincts identifiés comme tels par l'ordonnance, l'opération de visite, qui a commencé avant vingt et une heure pour s'achever le lendemain à cinq heures trente, n'était pas divisible, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le juge des libertés et de la détention avait autorisé les visites dans plusieurs lieux distincts situés à la même adresse, d'autre part, que le domicile de M. et Mme X... était distinct de la salle T..., ouverte au public, en ce qu'il consistait en un appartement auquel un escalier donnait accès et que la visite y avait commencé après vingt et une heure. Cour de cassation, chambre commerciale, 03 avril 2012, n° de pourvoi 11-19412, publié au *Bulletin* 2012, IV, n° 74 ; Mme Favre, président ; M. Delbano, conseiller rapporteur ; M. Mollard, avocat général.

d'un crime ou d'un délit flagrant, lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ou lorsqu'il existe des présomptions qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu se préparent à commettre de nouveaux actes de terrorisme.

Durant le jour, les officiers de police judiciaire ne peuvent légalement procéder à des perquisitions ou saisies qu'en cas de crime ou de délit flagrant punis d'emprisonnement⁵⁸⁶, sauf assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu ou commission rogatoire du juge d'instruction. Celui-ci peut effectuer ou faire effectuer des perquisitions « dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité » (article 94 du Code de procédure pénale), dans le respect des droits de la défense et du secret professionnel.

528. En outre, les perquisitions effectuées dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat à l'exclusion des officiers de judiciaire et en présence du bâtonnier ou de son délégué, pour éviter toute violation abusive du secret professionnel dont l'article 4 de la loi du 7 avril 1997 a réaffirmé l'étendue. Les correspondances échangées entre l'avocat et son client ne peuvent évidemment être saisies sans porter dangereusement atteinte aux droits de la défense ; mais, la Cour de Cassation réaffirme sa jurisprudence autorisant la saisie et le refus de restitution « de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien sous la main de la justice, en vue de déterminer l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense »⁵⁸⁷.

La loi du 15 juin 2000 met en place une procédure permettant au bâtonnier ou à son délégué de s'opposer à la saisie d'un document lorsqu'il estime que celle-ci serait irrégulière ; le document est alors placé sous scellés, fermé et transmis au juge des libertés et de la détention qui décide après un débat contradictoire (article 56-1 du Code de procédure pénale).

529. Le législateur a sous l'impulsion du Conseil constitutionnel aligné sur ces principes les dispositions gouvernant la recherche des fraudes fiscales (sur le fondement de l'article L. 38 du Livre des procédures fiscales), et des délits douaniers (article 64 du Code des douanes). Sauf en cas de flagrant délit, chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du président du Tribunal de grande instance, qui en assure le contrôle directement ou par l'intermédiaire de l'officier de police judiciaire qu'il désigne.

⁵⁸⁶ Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 mai 1980, *Dalloz* 1981, voir page 533, note Jean DIDIER.

⁵⁸⁷ Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 juin 1999, *Dalloz* 1999, voir la page 458, note J. PRADEL.

Cette évolution était indispensable dans le domaine des visites domiciliaires, compte tenu également du fait que la faiblesse des garanties offertes trop lâches et lacunaires en l'absence de toute intervention d'un juge constitue aussi une violation de l'article 8 de la Convention européenne comme l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** dans ses arrêts du 25 février 1993 : *Funke c. France*, requête n° 10588/83, série A n° 256-A ; *Crémieux c. France*, requête n° 11471/85, série A n° 256-B ; et *Miailhe c. France*, requête n° 12661/87, série A n° 256-C.

Dans le domaine de la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt, les États rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'étendue et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de placements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, *mutatis mutandis*, arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 23, par. 50)⁵⁸⁸.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen. Les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite (arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, par. 42) et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante.

Or, il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. À l'époque des faits, la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à mieux protéger les individus, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges. Elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché.

De plus, il convient de relever dans l'affaire *Funke c. France* (requête n° 10588/83) que la Cour constate que les douanes provoquèrent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la

⁵⁸⁸ La Cour de Strasbourg adopte ce raisonnement de manière identique dans ses trois arrêts : *Crémieux c. France*, § 39 ; *Funke c. France*, § 56 et *Miailhe c. France*, § 37.

preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout « accusé » au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. (§ 44). Aussi, les juges strasbourgeois concluent à la violation de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

530. En matière d'accès aux immeubles privés par la force publique, la Loi sur la police (LPol) du 8 juin 1997 du **canton de Berne**⁵⁸⁹ prévoit que les organes de police du canton et des communes sont habilités à pénétrer dans un immeuble privé si l'accomplissement des tâches qui leur incombent l'exige. (Article 38). De plus, dans le domaine des perquisitions, la Police cantonale peut pénétrer dans une maison, un appartement ou un local sans l'accord de l'ayant droit et perquisitionner uniquement pour écarter un danger menaçant gravement la sécurité et l'ordre public ; s'il y a des raisons de soupçonner qu'une personne y est détenue illicitement ; s'il y a des raisons de soupçonner qu'une personne devant être placée sous la garde de la Police cantonale s'y trouve. Si l'ayant droit n'a pas donné son accord dans les cas décrits, la Police cantonale requiert une ordonnance écrite du préfet ou de la préfète compétent(e) à raison du lieu, sauf s'il y a péril en la demeure. Si la perquisition a lieu sans ordonnance écrite, son déroulement et ses motifs seront consignés dans un procès-verbal séparé. La perquisition a lieu en présence de la personne qui a la maîtrise de la chose. En son absence, une autre personne est appelée à y assister. Sur demande, un procès-verbal de la perquisition est dressé et remis aux intéressés.

531. En **France**, si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie de papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. (Code de procédure pénale, article 56). Ce texte dispose également que seuls les officiers de police judiciaire, le chef de maison ou son représentant ou les témoins requis peuvent prendre connaissance des papiers et documents avant de procéder à leur saisie (deuxième alinéa). L'enquêteur a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soient assurés le respect du secret professionnel et des droits de la défense. De plus, les objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés, scellés provisoires qui peuvent être constitués, et composés d'objets utiles à la manifestation de la vérité. Le dernier alinéa de l'article 59 du Code de procédure pénale dispose que « les formalités mentionnées aux articles 56... sont prescrites à peine de nullité ».

⁵⁸⁹ BELEX - Recueils des lois bernoises 551.1 ; <http://www.sta.be.ch/belex/f/5/551_1.html>

L'officier de police judiciaire compétent pour décider et faire la perquisition peut se faire assister d'un agent de police judiciaire et/ou d'un agent de police judiciaire adjoint. Alors que le Code d'instruction criminelle n'autorisait, en cas de crime flagrant, que la perquisition au domicile du prévenu, le Code de procédure pénale permet cette opération chez toute personne paraissant avoir participé à l'infraction ou détenir de bonne ou de mauvaise foi des objets quelconques relatifs à l'enquête en cours. Il convient de préciser qu'il n'est aucunement requis qu'une infraction paraisse imputable à la personne chez qui la perquisition est opérée (Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 janvier 1987, *Dalloz* 1988, 179 note DAROLLE). Une simple présomption de détention qu'elle soit de bonne ou de mauvaise foi d'objets ou documents susceptibles d'intéresser l'enquête constitue donc une motivation suffisante.

532. On relèvera également que le Conseil constitutionnel, suivi par la Cour de Cassation (Cour de Cassation, chambre mixte, 15 décembre 1988) exige que le juge judiciaire opère un contrôle effectif durant l'entier déroulement d'une mesure portant atteinte à la liberté individuelle, telle que les perquisitions, une visite domiciliaire ou une saisie. Ceci suppose une autorisation du juge ou au moins une information préalable du Parquet pour les visites « consenties » (Décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990 « Loi sur la réglementation des télécommunications », *Recueil* p. 91 et *Journal officiel* du 29 décembre 1990, p. 16343).

Il convient d'examiner si les dispositions de l'article L. 40 du Code des postes et télécommunications satisfont aux exigences constitutionnelles de l'article 66 de la Constitution⁵⁹⁰. En vertu du deuxième alinéa de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la procédure pénale. Au nombre de ces règles figurent, notamment, la détermination des catégories de personnes compétentes pour constater les infractions aux dispositions pénalement sanctionnées, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs, ainsi que les modalités suivant lesquelles elles exécutent leurs missions.

⁵⁹⁰ Les députés auteurs de la saisine font valoir que la rédaction de l'article L. 40 du Code des postes et télécommunications, issue de l'article 9 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, serait contraire à la Constitution. La nouvelle rédaction de l'article L. 40 du code précité substitue à l'alinéa unique de cet article, un ensemble de six alinéas qui sont relatifs aux pouvoirs d'investigation et de saisie conférés aux officiers et agents de police judiciaire ainsi qu'aux « fonctionnaires de l'administration des télécommunications habilités à cet effet par le Ministre chargé des télécommunications et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Ces personnes peuvent, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 40, « accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés » par des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de télécommunications ou fournissant des services de télécommunications, par celles fabriquant, important ou distribuant des équipements ou installations visés à l'article L. 34-9 ou par celles faisant usage de fréquences radioélectriques visées à l'article L. 89, « en vue de rechercher et de constater les infractions, demander la communication de tous documents professionnels et en prendre copie, recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications ».

533. Dans l'exercice de cette compétence, le législateur doit assurer la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle. Il lui incombe notamment de préserver l'exercice des droits de la défense, de veiller au respect dû au droit de propriété et de placer sous le contrôle de l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, toute mesure affectant, au sens dudit article, la liberté individuelle. En particulier, la protection de cette liberté rend nécessaire l'intervention de l'autorité judiciaire lorsque peut être mise en cause l'inviolabilité du domicile de toute personne habitant le territoire de la République. (Considérant 8).

534. Pour ce qui concerne les premier et deuxième alinéas de l'article L. 40 du Code des postes et télécommunications, ces pouvoirs sont attribués dans le but de rechercher des infractions qui, pour la plupart, constituent des délits passibles de peines d'emprisonnement. Ils ne sont assujettis à aucune exigence procédurale autre que l'obligation faite aux officiers et agents de police judiciaire ainsi qu'aux fonctionnaires habilités et assermentés de transmettre dans les cinq jours les procès-verbaux qu'ils établissent au procureur de la République. Il n'est prévue ni l'information préalable de ce magistrat ni la communication d'une copie du procès-verbal à la personne concernée et il n'est pas fait mention d'une limitation dans le temps de l'accès aux locaux visés au deuxième alinéa ; il n'est pas non plus prise en considération l'hypothèse dans laquelle les locaux susceptibles d'être visités serviraient, pour partie, de domicile aux intéressés. En l'état, les deux premiers alinéas de l'article L. 40 ne comportent pas de garanties suffisantes pour assurer le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle. (Considérant 12).

Le Conseil constitutionnel déclare donc contraires à la Constitution les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 40 du Code des postes et télécommunications dans leur rédaction issue de l'article 9 de la loi soumise à son examen.

535. Le Conseil constitutionnel souligne en ce sens que la loi satisfait aux exigences posées par l'article 66 de la Constitution si elle prévoit premièrement, que le magistrat du siège habilité à donner l'autorisation de procéder à la visite ne peut le faire que sur une ordonnance spécialement rendue ; deuxièmement, si elle prévoit que ce magistrat doit contrôler la nature des vérifications requises ; troisièmement, si elle prévoit que la visite se déroule en présence d'un officier de police judiciaire ; et enfin, si elle prévoit que ce magistrat peut à tout moment mettre fin à la visite, ce qui implique qu'il en garde le contrôle (Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 « Loi de finances pour 1984 »⁵⁹¹; et, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 « Loi visant à limiter la concentration et

⁵⁹¹ Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 « Loi de finances pour 1984 », *Recueil*, p. 67 et *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871, décision commentée aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, numéro 32, précitée.

à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse »⁵⁹²).

Toutefois, dès lors qu'une visite est consentie par la personne intéressée, cette visite peut-être opérée par un agent de police judiciaire et, donc, non pas par un officier de police judiciaire⁵⁹³.

§ 2. L'encadrement légal des visites domiciliaires.

536. Les visites domiciliaires qui constituent une mesure de contrainte effectuée au domicile d'une personne mise en examen ou au domicile d'un tiers en vue d'y rechercher et de recueillir des preuves et qui diffère de la perquisition en ce sens qu'elle ne comporte pas des investigations, est entourée des mêmes garanties que celle-ci puisque la visite domiciliaire porte atteinte au droit inaliénable et sacré qu'est le droit de propriété. Cette mesure juridique dont peut user la force publique se trouve ainsi encadrée *a priori* par la loi ; la visite domiciliaire peut être appréhendée d'un point de vue comparé pour en apprécier la substance au regard des droits et libertés. De cette façon, la force publique ne peut agir que conformément au principe de légalité et à l'aune de pouvoirs qu'elle tient du législateur, lequel a opéré la conciliation entre d'un côté le droit de propriété constitutionnellement garanti et la recherche des auteurs d'infractions.

Notre étude portera sur les visites domiciliaires opérées en Suisse dans le Canton du Valais, en France, en Belgique et au Mexique (A). En cas de violation des normes juridiques de comportement que la force publique doit adopter, les membres de la force publique encourent une responsabilité pénale pour violation de domicile (B). Enfin, il convient de mettre en exergue les pouvoirs propres dont disposent les douanes en vue d'accomplir leurs missions cardinales ; la Douane bénéficie d'un droit de visite des marchandises (C).

⁵⁹² Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 « Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse », *Recueil*, p. 78 et *Journal officiel* du 13 octobre 1984, p. 3200, décision numéro 181 DC commentée aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, numéro 34. Les sénateurs auteurs de l'une des saisines font valoir que, par les atteintes qu'il porte à la liberté individuelle, l'article 22 de la loi déferée méconnaît les exigences de l'article 66 de la Constitution, notamment en ce que, si l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser les visites d'entreprises est requise, les conditions de cette autorisation sont définies en termes trop généraux pour satisfaire aux exigences de l'article 66.

À rebours, le Conseil constitutionnel estime que le magistrat qui, aux termes de l'article 22 présentement examiné, peut donner l'autorisation de procéder à la visite d'entreprise, ne peut le faire que par une ordonnance spécialement rendue, et il doit contrôler la nature des vérifications requises et leur adaptation aux objectifs de transparence et de pluralisme de la presse. La visite se déroule en présence d'un officier de police judiciaire. Le magistrat peut à tout moment mettre fin à la visite d'entreprise, ce qui implique qu'il en garde le contrôle. Ainsi, il est satisfait aux exigences de l'article 66 de la Constitution. (Considérant 89).

⁵⁹³ Décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990 « Loi sur la réglementation des télécommunications », *Recueil*, p. 91 et *Journal officiel* du 29 décembre 1990, p. 16343 ; et, *RFDC* 1991, p. 118 et s., note RENOUX (Thierry).

A. Les visites domiciliaires dans le Canton du Valais, en France, en Belgique et au Mexique.

537. Le **Canton du Valais** prévoit dans sa Loi sur la police cantonale du 20 janvier 1953 un droit d'intervention de la force publique si des indices sérieux font présumer qu'il se commet dans une maison un crime ou délit grave ou si l'on appelle au secours de l'intérieur. Les membres de la police peuvent alors s'y introduire pour rétablir l'ordre. Dans ce cas, ils dressent un procès-verbal qui sera remis sans délai au magistrat compétent. (Article 23).

Les membres de la police cantonale peuvent également, dans l'intérêt d'une enquête, visiter en tout temps les établissements accessibles au public, tels qu'ateliers, magasins, garages, cinémas. Toutefois, dans les établissements tenus au secret professionnel, cette opération ne peut être effectuée qu'avec l'autorisation du ministère public, à l'exception du cas de flagrant délit. (Article 24).

538. En matière de visite domiciliaire, les commissaires de police sont les autorités compétentes pour les effectuer ; ils reçoivent également les déclarations et les plaintes. SAINT-EDME mit en lumière la très grande étendue du pouvoir que représente cet exercice et il critiqua le fait que selon lui, « un commissaire peut commettre impunément plus d'actes arbitraires que toutes les autres autorités constituées »⁵⁹⁴. Nous ne partageons pas ce point de vue en tous les cas d'un point de vue contemporain. En effet, le commissaire de police est tout aussi justiciable que tout fonctionnaire public qui a commis une faute. La responsabilité du commissaire de police à raison de fautes de services doit être pleine et entière au regard de sa place dans la hiérarchie administrative.

539. L'article 64.2.b, deuxième alinéa, du Code des douanes, qui, en cas de visite domiciliaire, réserve aux agents des douanes, à l'occupant des lieux et à l'officier de police judiciaire le droit de prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie ne s'applique pas aux marchandises⁵⁹⁵. Dès lors, n'encourt pas la censure l'arrêt qui rejette l'exception de nullité de la procédure tirée de ce que, lors de la visite d'un entrepôt, les agents des douanes ont fait examiner, par des représentants de marques de vêtements, présents sur place, des marchandises susceptibles de constituer des contrefaçons.

540. En **Belgique**, la loi attribue aux fonctionnaires de l'inspection spéciale des impôts les pouvoirs des fonctionnaires des douanes et accises, notamment celui d'effectuer des visites aux conditions fixées par elle ; la circonstance qu'ils ne les effectuent pas eux-mêmes mais que, lors de ces visites, ils prêtent uniquement leur assistance aux fonctionnaires des douanes et accises, est sans influence sur

⁵⁹⁴ SAINT-EDME (B.), *Biographie des lieutenants-généraux, ministres, directeurs-généraux, de la police en France, et de ses principaux agents*, HOUDAILLE, Paris, 1829, 526 pages ; voir spécialement pp. 23-24.

leurs propres pouvoirs en matière de douanes et accises⁵⁹⁶.

541. Au **Mexique**, l'autorité administrative pourra effectuer des visites domiciliaires uniquement pour s'assurer que les règlements sanitaires et de police ont été respectés ; et, pour exiger la présentation des livrets et papiers indispensables pour prouver que les dispositions fiscales ont été respectées. (Article sept, alinéa cinquième de la Constitution de l'État de Guanajuato). En cas de violation des normes qui régissent les perquisitions, les membres de la force publique engagent leur responsabilité pénale.

B. La responsabilité pénale en cas de violation de domicile.

542. En ce qui concerne les atteintes à l'inviolabilité du domicile, l'article 432-8 du Code pénal⁵⁹⁷ prévoit que le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

C. Le droit de visite des douanes.

543. Pour la recherche et la constatation des infractions aux dispositions du titre III de la première partie du livre 1er du Code général des impôts et aux législations édictant les mêmes règles en matière de procédure et de recouvrement, les agents habilités à cet effet par le ministre chargé des douanes peuvent procéder à des visites en tous lieux, même privés, où les pièces, documents, objets ou marchandises se rapportant à ces infractions ainsi que les biens et avoirs en provenant directement ou indirectement sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie, quel qu'en soit le support. Ils sont accompagnés d'un officier de police judiciaire⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 5 août 2004, N° de pourvoi : 04-82957, Rejet ; M. Pibouleau, conseiller le plus ancien faisant fonction, président, M. Soulard, conseiller rapporteur, M. Chemithe, avocat général, *Bulletin criminel* 2004, N° 185, p. 675.

⁵⁹⁶ Cour de cassation, Belgique, 08/06/1999, numéro de rôle P971105N, *Pasicrisie belge* 1999 (I/336).

⁵⁹⁷ Partie législative, LIVRE IV : Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, TITRE III : Des atteintes à l'autorité de l'État, CHAPITRE II : Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique. Section 2 : Des abus d'autorité commis contre les particuliers.

⁵⁹⁸ Article L. 38 du Livre des procédures fiscales, Première partie, Partie législative, Titre II : Le contrôle de l'impôt, Chapitre premier : Le droit de contrôle de l'administration, Section II : Dispositions particulières à certains impôts, III : Dispositions particulières aux contributions indirectes, au timbre et aux législations assimilées.

544. Hormis les cas de flagrance, chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter. Le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite. Il désigne l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. L'ordonnance comporte : l'adresse des lieux à visiter ; le nom et la qualité du fonctionnaire habilité qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite ; la mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant, ainsi que l'auteur présumé des infractions mentionnées au 1, de faire appel à un conseil de son choix. L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et de saisie.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces, documents, objets ou marchandises sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent des éléments révélant l'existence en d'autres lieux de biens ou avoirs, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ces lieux aux fins de saisir ces biens et avoirs.

545. La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Lorsqu'elle a lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire, pour exercer ce contrôle, au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite. Il peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite. L'ordonnance est exécutoire au seul vu de la minute. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

La visite ne peut être commencée avant six heures ni après vingt et une heures ; dans les lieux ouverts au public elle peut également être commencée pendant les heures d'ouverture de l'établissement. Elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'administration des douanes et droits indirects.

Le procès-verbal de visite relatant les modalités et le déroulement de l'opération est dressé sur-le-champ par les agents de l'administration des douanes et droits indirects. Un inventaire des pièces et documents saisis, ainsi que des biens et avoirs provenant directement ou indirectement des infractions dont la preuve est recherchée, lui est annexé. Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les agents de l'administration des douanes et droits indirects et par l'officier de police judiciaire ; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal. Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces, documents, biens et avoirs saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire ; l'inventaire est alors établi. Lors des perquisitions, la force publique peut être amenée à opérer des saisies. Elle sanctionne ainsi l'auteur de l'infraction.

Chapitre deuxième. La saisie de l'instrument et du produit de l'infraction : la sanction des auteurs d'infractions.

548. En vue de saisir l'instrument et le produit de l'infraction, la force publique procède à des fouilles et à des palpations de sécurité ; celles-ci s'opèrent tant à l'égard des biens mobiliers, des biens immobiliers que des personnes. Ces moyens de la saisie doivent obéir à des normes juridiques précises afin d'assurer la conciliation entre le droit de propriété constitutionnellement garanti et la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions (**Section première**). Une fois la fouille réalisée, ce moyen de contrainte aura permis à la force publique de détecter le ou les biens dont la détention constitue une infraction ; dès lors, elle pourra procéder à la saisie du ou des biens sur le fondement de textes juridiques (**Section deuxième**).

Section première. Les moyens de la saisie : les fouilles et palpations de sécurité.

549. En vue de découvrir le bien meuble dont la détention est constitutive d'une infraction (ce bien étant par essence dissimulé), la force publique agit en devant explorer le lieu dans lequel ce bien est caché. La force publique déploie ainsi sa contrainte dans le but éminent de rechercher les auteurs d'infractions, et dans ce domaine les atteintes potentielles que celle-ci peut infliger aux droits et libertés concernées s'élève à un degré supérieur que les atteintes portées à la liberté d'aller et de venir, puisque les fonctionnaires de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale procèdent aux fouilles des véhicules terrestres à moteur (I) et aux palpations de sécurité et aux fouilles qui peuvent porter sur le corps humain (II).

I. Les fouilles de véhicules.

550. La force publique mène des opérations qui consistent à vérifier le contenu du chargement du véhicule dont la propriété appartient à la personne contrôlée. Ces fouilles réalisées dans un dessein particulièrement légitime, portent nécessairement atteinte au droit inaliénable et sacré que constitue le droit de propriété. Aussi, ces fouilles font l'objet d'un encadrement *a priori* par le Conseil constitutionnel et d'un encadrement *a posteriori* par la juridiction judiciaire (**§1**). Cet encadrement est également réalisé par la Cour Suprême du Canada sur le fondement de la Charte canadienne des

droits et libertés, texte juridique fondamental en matière de protection des droits et libertés dont l'étude et l'interprétation qu'il reçoit par la juridiction suprême canadienne apportent un éclairage très intéressant (§2).

§ 1. L'encadrement des fouilles des véhicules par le Conseil constitutionnel et la juridiction judiciaire.

551. La force publique peut engendrer des atteintes potentielles au droit de propriété dans le but de préserver l'ordre public. Aussi, son action en matière de fouilles de véhicule fut strictement encadrée s'agissant des pouvoirs bénéficiant aux membres de la force publique. Le rôle du Conseil constitutionnel doit être ici hissé sur le pavois. L'on étudiera la jurisprudence protectrice des Sages du Palais Royal, lesquels encadrèrent constitutionnellement les fouilles du véhicule (a). *A posteriori*, la juridiction judiciaire détermine la contrainte exercée par la force publique dans le domaine des fouilles dans le cadre d'une procédure de flagrance (b).

a) L'encadrement constitutionnel des fouilles du véhicule : la jurisprudence protectrice du Conseil constitutionnel.

552. L'article L. 4 du Code de la route prévoit expressément la possibilité d'effectuer des contrôles de police. Ceux-ci comportent une atteinte au déplacement qu'ils interrompent, mais cette atteinte est parfaitement justifiée au regard de l'infraction dont ils sont la conséquence. Malgré cela, ces contrôles ne peuvent s'exercer sans limite. Cette question fut posée après que le Conseil constitutionnel ait déclaré non conforme à la constitution les dispositions de la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et la prévention des infractions pénales. Le gouvernement avait déposé au mois d'avril 1976 un projet de loi « autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et la prévention des infractions pénales ».

553. Le ministre de l'Intérieur, M. Michel Poniatowski, souhaitait pouvoir lutter efficacement contre la recrudescence de la criminalité et demandait ainsi au Parlement d'autoriser les officiers de police judiciaire à procéder à la visite des véhicules et de leur contenu. Le projet de loi vint en discussion devant l'Assemblée nationale au mois de novembre 1976 et suscita de nombreuses difficultés. Il fut finalement adopté par la seule Assemblée nationale le 20 décembre après que le Sénat eût, par deux fois, rejeté le texte. Toutefois, dès le 21 décembre 1976, le Conseil

constitutionnel fut saisi de trois requêtes émanant de plusieurs parlementaires à savoir plus de 200 : ceci est particulièrement exceptionnel.

554. Le 12 janvier 1977, le Conseil constitutionnel déclara l'article unique de la loi non conforme à la Constitution. Le texte mis en cause par les parlementaires était le suivant : « article unique. Les officiers de police judiciaire et, sur ordre de ceux-ci, les agents de police judiciaire peuvent, même d'office, procéder, sur les voies ouvertes à la circulation publique, à la visite des véhicules et de leur contenu, en présence du propriétaire ou du conducteur, sauf s'il s'agit d'un véhicule manifestement abandonné. Toutefois, la visite des caravanes, roulottes, maisons mobiles ou transportables et des véhicules aménagés pour le séjour, ne peut être effectuée que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et visites domiciliaires lorsqu'ils sont en stationnement et sont utilisés comme résidence effective ».

Ce texte attribuait aux officiers de police judiciaire et sur ordre de ceux-ci aux agents de police judiciaire le pouvoir de procéder à la visite de tout véhicule ou de son contenu aux deux seules conditions suivantes : il suffisait d'une part que ce véhicule se trouve sur une voie ouverte à la circulation et d'autre part que cette visite ait lieu en présence du propriétaire ou du conducteur. Le Conseil constitutionnel décida que : « ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » (considérant 5).

555. Le sens de cette décision est éclairé par ses motifs. La Haute juridiction n'a pas prohibé toute visite d'un véhicule. Les dispositions législatives autorisent ces visites mais elles doivent être effectuées par des personnes désignées, dans des buts précis et selon une procédure prédéterminée⁵⁹⁹.

Le Conseil constitutionnel s'est placé sur un plan général pour censurer l'article unique de la loi susvisée, ce qui donne une très grande portée à sa décision. Le raisonnement qu'il adopta peut s'énoncer de la manière suivante : la liberté individuelle est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, c'est-à-dire un principe à valeur constitutionnelle. La protection de la liberté individuelle est confiée à l'autorité judiciaire à l'aune de l'article 66 de la Constitution. L'autorité judiciaire peut assurer cette protection de la liberté individuelle en cas de recherche d'infractions que si cette recherche est confiée à la police judiciaire.

⁵⁹⁹ Voir, décision du Conseil constitutionnel, n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, « Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales », *Recueil*, p. 33 et *Journal officiel* du 13 janvier 1976, p. 344 ; *A.J.D.A. Actualité juridique du droit administratif*, 1978. 215, note Jean RIVERO ; voir également, Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, numéro 23, FAVOREU (Louis) et PHILIPPE (Loïc), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14e édition, 2007, 1035 p.

En conséquence, si la confusion existe entre la police administrative et la police judiciaire, le principe se trouve être violé ; car lorsque l'on se trouve dans le cadre de la police administrative, la liberté individuelle n'est plus placée sous la protection de l'autorité judiciaire. Or, cette confusion ou non distinction existe dans l'espèce. En effet, il n'est pas exigé que l'infraction ait été commise ; aucune précision ou restriction n'existe relativement à l'étendue des pouvoirs des officiers et agents de police judiciaire, et relativement aux cas dans lesquels ils peuvent intervenir ainsi qu'à la portée des contrôles auxquels ils peuvent se livrer ; enfin, la fouille peut être effectuée par des agents de police judiciaire.

556. La liberté individuelle est fondée sur les principes essentiels que sont la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire et son corollaire, la distinction de la police administrative et de la police judiciaire ainsi que la définition restrictive et précise des atteintes portées à la liberté individuelle. Cette décision érige la liberté individuelle en un droit fondamental protégé constitutionnellement.

De surcroît, elle consacre une conception large de la liberté individuelle laquelle inclut la protection de la vie privée. Enfin, cette décision réaffirme une nouvelle fois la valeur constitutionnelle du principe selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 1977, attache une importance toute particulière au principe à valeur constitutionnelle suivant lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. De cette manière, dans son deuxième considérant, le Conseil constitutionnel affirme que « l'article 66 de la Constitution en réaffirmant ce principe (de la liberté individuelle) en confie la garde à l'autorité judiciaire ». Le considérant qui se trouve être placé en tête de la décision n'est en rien fortuit : il exprime, une nouvelle fois, l'importance que le Conseil constitutionnel assigne à l'autorité judiciaire et à son rôle. Ces dispositions législatives constituent des exceptions à un principe à savoir celui de l'inviolabilité du véhicule ; à ce titre, elles doivent être strictement encadrées. L'on peut ici viser la fouille par les agents des contributions indirectes sur le fondement des articles 433 A et s. du Code général des impôts, par les agents des douanes sur le fondement de l'article 60 du Code des douanes, par les officiers de police judiciaire soit lors d'une enquête de flagrant délit, soit sur commission rogatoire après l'ouverture de l'instruction.

557. La loi déclarée comme étant inconstitutionnelle tendait à instaurer un principe contraire: celui de procéder à la visite d'un véhicule à tout moment, sans motif et sans contrôle. Les Sages précisèrent leur doctrine dans une décision numéro 94-352 DC du 18 janvier 1995, « Loi d'orientation

et de programmation relative à la sécurité »⁶⁰⁰ : « Considérant en ce qui concerne les opérations de véhicules afin d'y découvrir et de saisir des armes au sens de l'article 132-75 du Code pénal, celles-ci dans la mesure où elles comportent le constat d'infraction et entraînent la poursuite de leurs auteurs, relèvent de la police judiciaire ; s'agissant de telles opérations qui mettent en cause la liberté individuelle, l'autorisation d'y procéder doit être donnée par l'autorité judiciaire, gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution ».

Un conducteur qui avait refusé de laisser fouiller le coffre de sa voiture, fut condamné pour infraction à l'article L. 4 du Code de la route. Cette visite s'inscrivait dans les recherches consécutives à l'enlèvement du baron Empain (l'infraction était flagrante) qui entraînent donc dans les exceptions légales au principe de l'inviolabilité du coffre (article 53 du Code de procédure pénale). Le jugement de condamnation du 24 février 1978 (voir la note de Jean RIVERO précitée) ainsi que la décision de la chambre criminelle qui rejeta le pourvoi, furent sévèrement accueillies par la doctrine. En effet, ne résultait-t-il pas de cet arrêt que « le fait de tenir un volant alors qu'un crime de séquestration, infraction continue, est en train de se commettre, crée à lui seul une présomption de participation à cette infraction ? »⁶⁰¹

558. L'affirmation de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle s'est donc réalisée au départ sur un fondement ambigu. En effet, le Conseil constitutionnel considère que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmés par le Préambule de 1958 ; par ailleurs, il précise que l'article 66 de la Constitution de la Ve République réaffirme ce principe. (Décision numéro 76-75 DC du Conseil constitutionnel du 12 janvier 1977, décision dite « fouille des véhicules », premier considérant et deuxième considérant). Le Conseil constitutionnel s'est donc d'abord fondé sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République sans autre justification, puis sur l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Selon le professeur Louis FAVOREU⁶⁰², la référence à un principe fondamental reconnu par les lois de la République était inutile car des dispositions textuelles telles que l'article 66 d'ailleurs cité, pouvaient être invoquées.

⁶⁰⁰ Décision numéro 94-352 DC du 18 janvier 1995, « Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité », *Recueil* p. 170 et publiée au *Journal officiel de la République française* du 21 janvier 1995, p. 1154.

⁶⁰¹ Voir les observations sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, en date du 8 novembre 1979 « Trignol », *J. C. P.* 1980. 1. 2983, P. CHAMBON, « L'ouverture forcée du coffre des véhicules automobiles ». L'arrêt décidait que l'article L. 4 ne concernait pas seulement la constatation des infractions à la sécurité routière.

⁶⁰² Voir, FAVOREU (Louis), Commentaires de la décision étudiée aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, pp. 319-331.

559. Au cours des années 70, il semble que le juge constitutionnel qui s'est émancipé grâce à un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la décision « Liberté d'association » confonde principe fondamental reconnu par les lois de la République et bloc de constitutionnalité. Cela cessera à partir de la fin des années 70. Ainsi, dans les décisions qui suivent la décision du 12 janvier 1977, seul l'article 66 de la Constitution de la Ve République sera invoqué en vue de fonder la protection constitutionnelle de la liberté individuelle. On peut ici se référer à la décision numéro 79-109 DC du 09 janvier 1980 (décision dite « Prévention de l'immigration clandestine »)⁶⁰³ ainsi qu'à la décision numéro 83-164 DC du 29 décembre 1983⁶⁰⁴.

560. Dans la décision du 12 janvier 1977, le juge constitutionnel prend en considération la constatation selon laquelle « la liberté individuelle, et toutes les libertés, ne peuvent s'accommoder, dans quelque domaine qu'elles s'exercent, ni de pouvoirs généraux ni de pouvoirs imprécis »⁶⁰⁵. À cet égard, le juge constitutionnel censure l'habilitation générale donnée aux forces de police pour fouiller les véhicules en tous temps et en tous lieux.

Le Conseil constitutionnel note ainsi dans son quatrième considérant que « les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire et aux agents agissant sur l'ordre de ceux-ci pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public ».

Enfin, dans son cinquième considérant, le Conseil constitutionnel précise « qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ».

561. L'imprécision de l'habilitation visée par le juge constitutionnel réside dans l'absence de définition du concept de fouille ou de visite : cette fouille ou cette visite concerne-t-elle également

⁶⁰³ Décision n° 79-109 DC du 09 janvier 1980 « Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration », *Recueil*, p. 29 et *Journal officiel* du 11 janvier 1980, p. 84.

⁶⁰⁴ Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 « Loi de finances pour 1984 », *Recueil*, p. 67 et *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871.

⁶⁰⁵ RIVERO (Jean), Note précitée, *AJDA actualité juridique*, 1978, p. 215.

les passagers du véhicule terrestre à moteur ? En d'autres termes, les restrictions qui peuvent toucher les libertés doivent revêtir un caractère exceptionnel ; et pour atteindre ce but, il convient que le législateur dans le champ des libertés publiques édicte des dispositions dont le caractère doit être impérativement clair et précis. Le raisonnement juridique adopté par le juge constitutionnel (décision n° 03-467 DC)⁶⁰⁶ est analogue à celui suivi par le Conseil d'État en matière de contrôle des activités de police administrative et de protection des libertés.

Ainsi, le Conseil constitutionnel applique au contrôle de constitutionnalité des lois des techniques juridiques contentieuses que la juridiction administrative suprême applique au contrôle de légalité des actes administratifs. À l'instar du Conseil d'État dans le champ d'études des libertés publiques, le juge constitutionnel adopte une démarche didactique en indiquant les conditions qu'il aurait fallu respecter pour que l'habilitation donnée par la loi aux forces de police fût reconnue juridiquement valable. En l'espèce, seule la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels ou bien encore la menace d'atteinte à l'ordre public ou l'existence d'une infraction aurait permis l'édiction d'une mesure à caractère général. Toutefois, cette mesure d'ordre général aurait été limitée dans le temps.

562. Les précautions que doit suivre le législateur, précautions prescrites par le Conseil constitutionnel dans la décision du 12 janvier 1977 dite « Fouille des véhicules » ont été vérifiées par la suite dans le contentieux constitutionnel. En premier lieu, dans la décision numéro 94-352 DC (considérant numéro 19), le juge constitutionnel précise que « les opérations de fouille des véhicules afin de découvrir et de saisir les armes [...] relèvent de la police judiciaire et [...] s'agissant des opérations qui mettent en cause la liberté individuelle, l'autorisation d'y procéder doit être donnée par l'autorité judiciaire, gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution ». Aussi, le juge constitutionnel considère qu'en se bornant à prévoir que celle-ci est informée des instructions données par le préfet « sans prévoir l'autorisation préalable de ces opérations par l'autorité judiciaire [...], le législateur a méconnu les dispositions de l'article 66 de la Constitution » (considérant numéro 20)⁶⁰⁷.

Dans sa décision numéro 97-389 DC du 22 avril 1997⁶⁰⁸, le Conseil constitutionnel détermine les conditions dans lesquelles, dans une zone de 20 km compris entre la frontière terrestre de la

⁶⁰⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 « Loi pour la sécurité intérieure », *Recueil*, p. 211 et *Journal officiel* du 19 mars 2003, p. 4789.

⁶⁰⁷ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 « Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ». La décision est publiée au *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* année 1995, p. 170 et au *Journal officiel de la République française* en date du 21 janvier 1995, p. 1154.

⁶⁰⁸ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 « Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration »,

France avec les États parties à l'accord de Schengen du 19 juin 1990, il peut être procédé, sous le contrôle du procureur de la République, à une visite sommaire des bâtiments, laquelle à la différence de la fouille des véhicules n'est destinée qu'à s'assurer de l'absence de personnes dissimulées. La procédure instituée par l'article 8-2 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 est, en toute hypothèse, s'agissant d'une opération de police judiciaire, réalisée sous la direction et le contrôle permanent du procureur de la République en vertu des dispositions du Code de procédure pénale. En l'absence d'accord du conducteur, le véhicule ne peut être immobilisé au maximum que quatre heures dans l'attente des instructions du procureur de la République, qui comportent l'autorisation précise et individualisée de procéder à la visite sommaire, laquelle à la différence de la fouille du véhicule n'est destinée qu'à s'assurer de l'absence de personnes dissimulées.

En outre, « la visite, dont la durée est limitée au temps strictement nécessaire, se déroule en présence du conducteur et donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal mentionnant les dates et heures du début et de la fin des opérations », dont un exemplaire est remis au conducteur et un autre transmis sans délai au procureur de la République. Aucune des dispositions de l'article contesté ne fait obstacle à ce que le conducteur avise toute personne de son choix. Dans ces conditions et sous la réserve qui précède, ne sont pas méconnues les garanties attachées au respect de la liberté individuelle, non plus que les droits de la défense. Et, le législateur n'est pas davantage resté en deçà de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution. (Considérant 20).

563. Enfin, le législateur a pu, pour prendre en compte la situation particulière du département de la Guyane en matière de circulation internationale des personnes, rendre applicables les deux premiers alinéas de l'article 8-2 à ce département, dans une zone comprise entre les frontières terrestres et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle.

Il n'a pas non plus, compte tenu de cette situation en relation directe avec l'objectif qu'il s'est fixé de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine, porté atteinte au principe constitutionnel d'égalité.

564. Le Conseil constitutionnel fut de nouveau confronté à la question de la constitutionnalité des modalités de fouille des véhicules avec la loi sur la sécurité intérieure votée en 2003 (décision numéro 03-467 DC). Cette loi prévoyait de nouvelles modalités de fouille des véhicules par les officiers de police judiciaire ainsi que les agents placés sous leur contrôle. Ces dispositions ne furent cependant pas jugées contraires à la Constitution.

Dans la décision numéro 03-467 DC, le juge constitutionnel a opéré un contrôle minutieux s'agissant des visites de véhicules, qu'elles soient réalisées à la requête du procureur de la République, en situation de flagrance ou bien encore dans le cadre de missions relevant de la police administrative. Le juge constitutionnel a examiné si ces visites satisfaisaient aux exigences combinées des articles deux et quatre de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et de l'article 66 de la Constitution du 4 août 1958 (considérant numéro 11 et considérant numéro 16).

Dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, « Loi pour la sécurité intérieure », les Sages se fondèrent sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Le Conseil constitutionnel visa également l'article 4 lequel proclame que « 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. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». En dernier lieu, les Sages du Conseil constitutionnel prirent comme fondement de leur décision l'article 66 de la Constitution, « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » (Considérant 7).

La Haute juridiction constitutionnelle visa la balance entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés consacrées constitutionnellement. Ainsi, dans son considérant numéro huit, le Conseil s'exprime : « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ».

En l'occurrence, les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public. Aussi, en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de

croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une. En ce cas, l'autorité judiciaire doit en être au plus tôt informée et le reste de la procédure placé sous sa surveillance.

565. D'un point de vue comparé, sur le **continent africain**, les pouvoirs de la police zambienne sont déterminés par la loi sur la procédure criminelle. L'article 21 de la loi portant procédure criminelle de **l'État de ZAMBIE** prévoit que la personne arrêtée ne devra pas être l'objet d'une mesure de contrainte plus qu'il est nécessaire pour prévenir son évasion. (Criminal Procedure Act, Cap 88)⁶⁰⁹.

N'importe quel officier de police peut arrêter, rechercher, saisir n'importe quel véhicule ou n'importe quel avion dans ou sur lequel il existe une raison de suspecter qu'un objet volé ou un objet obtenu illégalement puisse être trouvé ; et n'importe quel officier de police peut arrêter, rechercher toute personne qui peut être raisonnablement suspectée d'avoir en sa possession ou de transporter de quelque manière que ce soit n'importe quel objet volé ou illégalement obtenu, et qui peut détenir n'importe laquelle de ces choses (Criminal Procedure Act, Cap 88). Ainsi, il convient de constater que l'encadrement des pouvoirs de la police varie selon les États.

566. La décision du Conseil constitutionnel datée du 12 janvier 1977 connut une portée théorique et pratique assez considérable. En 1978, l'affaire « Trignol » a montré que ni la police ni les tribunaux ne souhaitaient tirer toutes les conséquences de la décision constitutionnelle. Toutefois, de manière progressive, la nécessité de prendre en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel est apparue dans les manuels d'instruction de la police. S'agissant des juridictions judiciaires, la Cour de Cassation a infléchi sa jurisprudence pour tenir compte de la position du Conseil constitutionnel⁶¹⁰. De plus, les autorités administratives et politiques chargées de préparer les projets de loi dans le domaine des libertés désormais tiennent compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶¹¹.

On relèvera également que le Conseil constitutionnel, suivi par la Cour de Cassation (Cour de Cassation, chambre mixte, 15 décembre 1988) exige que le juge judiciaire opère un contrôle effectif durant l'entier déroulement d'une mesure portant atteinte à la liberté individuelle, telle que les perquisitions, une visite domiciliaire ou une saisie. Ceci suppose une autorisation du juge ou au moins une information préalable du parquet pour les visites « consenties » : décision numéro 90-281

⁶⁰⁹ Source : Parlement zambien, site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.parliament.gov.zm/>>

⁶¹⁰ Arrêt de la Cour de Cassation du 25 avril 1985 « Bogdan et Vuckovic » ; et, voir l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 15 décembre 1988 (en matière de perquisitions fiscales).

⁶¹¹ Voir en ce sens, les observations du Secrétariat général du gouvernement publiées au *Journal officiel de la République française* du 21 janvier 1995, p. 1165.

DC du 27 décembre 1990. Le Conseil constitutionnel souligne en ce sens que la loi satisfait aux exigences posées par l'article 66 de la Constitution si elle prévoit premièrement, que le magistrat du siège habilité à donner l'autorisation de procéder à la visite ne peut le faire que sur une ordonnance spécialement rendue ; deuxièmement, si elle prévoit que ce magistrat doit contrôler la nature des vérifications requises ; troisièmement, si elle prévoit que la visite se déroule en présence d'un officier de police judiciaire ; et enfin, si elle prévoit que ce magistrat peut à tout moment mettre fin à la visite, ce qui implique qu'il en garde le contrôle⁶¹². Toutefois, dès lors qu'une visite est consentie par la personne intéressée, cette visite peut-être opérée par un agent de police judiciaire et, donc, non pas par un officier de police judiciaire⁶¹³.

Enfin, on peut remarquer que depuis la décision numéro 88-244 DC et depuis la décision numéro 89-257 DC, le Conseil constitutionnel aura fait référence à la notion de « liberté personnelle» afin de protéger la vie privée plutôt que d'avoir recours à la notion de liberté individuelle pour ne pas étendre à l'excès la notion de liberté individuelle et, partant, d'étendre la compétence du juge judiciaire auquel la Constitution confie la garde de la liberté individuelle⁶¹⁴. Subséquemment, la compétence du juge administratif est ainsi préservée.

567. Sur le **continent européen**, dans le **royaume de Belgique**, la Cour de Cassation est venue préciser les conditions de la régularité de la fouille d'un véhicule⁶¹⁵. De cette manière, la juridiction suprême précise qu'un véhicule qui ne se trouve pas dans une habitation ou dans ses dépendances dans laquelle une visite domiciliaire est régulièrement effectuée, ne peut faire l'objet d'une fouille par un fonctionnaire de police que lorsque celui-ci en est chargé par un juge d'instruction, moyennant le consentement exprès du propriétaire, des conducteurs et des passagers ou, sans préjudice des autres dispositions légales non applicables en l'espèce, dans les cas et moyennant le respect des conditions prévues à l'article 29 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police qui dispose que les fonctionnaires de police peuvent procéder à la fouille d'un véhicule, lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction du comportement du conducteur ou des passagers, d'indices matériels ou des circonstances de temps et de lieu, que le véhicule ou le moyen de transport a servi, sert ou pourrait servir à commettre une infraction, à abriter ou à transporter des

⁶¹² Décision numéro 164 DC, décision commentée aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, numéro 32 et décision numéro 181 DC commentée aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, numéro 34.

⁶¹³ Décision numéro 90-281 DC, en date du 27 décembre 1990, *RFDC* 1991, p. 118 et suivantes, note RENOUX (T.).

⁶¹⁴ Voir en ce sens MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Revue française de droit constitutionnel*, 14-1993.

⁶¹⁵ Cour de cassation, Belgique, 08/05/2012, numéro de rôle P.11.1908.N.

personnes recherchées ou qui veulent se soustraire à un contrôle d'identité, à entreposer ou à transporter des objets dangereux pour l'ordre public, des pièces à conviction ou des éléments de preuve d'une infraction ; par contre, il ne suffit pas que le propriétaire du véhicule n'exprime aucune protestation, opposition ou remarque pour que les fonctionnaires de police procèdent valablement à la fouille.

b) La détermination de la notion de fouille dans le cadre d'une procédure de flagrance.

568. L'article 53 du Code de procédure pénale définit la notion de flagrance. La procédure de flagrant délit est régulière dès lors que des policiers, intervenant à la suite d'un accident de la circulation pour identifier le blessé, rassembler ses effets personnels et prévenir ses proches, ont découvert sur l'accotement de la chaussée, dans un sac appartenant à l'intéressé, une arme et les munitions correspondantes, dont la présence révélait ainsi l'existence d'un indice apparent d'un comportement délictueux en train de se commettre. Ces opérations ne relevaient pas d'une fouille entrant dans le cadre d'une mesure de police judiciaire ayant pour objet la recherche d'une infraction⁶¹⁶.

L'ouverture du bagage était justifiée par l'identification du blessé et de ses proches, et dès lors que l'existence d'un indice apparent d'un comportement délictueux, en train de se commettre, a été révélée à l'occasion des vérifications régulièrement opérées à cette fin⁶¹⁷. Le sac de type banane en tissu noir a été découvert sur l'accotement de la route par les policiers ; il n'est pas établi qu'il se trouvait rangé dans le top case de la moto lors de l'accident ; l'ouverture du bagage pour rechercher des éléments d'identité du blessé ou des papiers susceptibles de fournir l'adresse, le numéro de téléphone des personnes proches à prévenir, les traitements médicaux en cours, le groupe sanguin etc. constitue une opération de police administrative rendue nécessaire pour la sécurité du blessé et la préservation de ses biens ; il est d'usage de dresser un inventaire des effets personnels en vue de

⁶¹⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 05 janvier 2005, pourvoi n° 04-81714, publié au *bulletin des arrêts de la Chambre criminelle* 2005, n° 6, p. 19. Numéro NOR : JURITEXT000007069842. M. Cotte : président, M. Lemoine : conseiller rapporteur, MM. Le Gall, Pelletier, Mme Ponroy, M. Arnould, Mme Koering-Joulin, M. Corneloup : conseillers de la chambre, M. Sassoust, Mmes Caron, Labrousse : conseillers référendaires ; Avocat général : M. Davenas.

⁶¹⁷ Le 24 août 2002, Jean-Philippe X... circulait à moto lorsqu'il a été victime d'un accident de la circulation qui a nécessité son hospitalisation immédiate. Les services de police restés sur place pour rassembler ses effets personnels afin de prévenir ses proches ont découvert, dans une pochette lui appartenant, un pistolet automatique de première catégorie et les munitions correspondantes. Ils ont alors ouvert une enquête de flagrance qui a démontré que l'intéressé avait acquis un grand nombre d'armes et de munitions de première et quatrième catégories en falsifiant un imprimé d'autorisation préfectorale d'acquisition et de détention établi, à l'origine, pour une seule de ces armes. Cité devant le tribunal correctionnel, le prévenu a excipé de l'irrégularité de la fouille de son bagage à laquelle les services de police avaient procédé sans son assentiment et sans qu'il soit justifié que cette opération était nécessaire pour l'identifier.

leur restitution.

Ces actes ne relèvent donc pas d'une opération de fouille entrant dans le cadre d'une mesure de police judiciaire ayant pour objet la recherche d'une infraction ; toutefois, la révélation de l'existence d'un délit permet aux policiers de procéder à des opérations de police judiciaire, dans le cadre de la flagrance en particulier à la saisie d'une arme et des munitions afférentes en l'absence d'autorisation accompagnant celle-ci.

C'est donc à juste titre que les premiers juges ont estimé que le prévenu ne rapporte nullement la preuve de ce que les services de police intervenus pour régler les conséquences de l'accident de la circulation dont il avait été victime, auraient de quelque façon outrepassé leur mission habituelle dans de telles circonstances. Il paraît naturel et utile à la sauvegarde des intérêts d'un blessé déjà évacué que tous les objets éparpillés soient rassemblés, que les policiers prennent à cette occasion connaissance de tous les éléments susceptibles d'être utiles soit à l'identification des personnes, soit à l'adéquation des soins médicaux nécessités par leur état. La découverte au cours de ces diligences banales d'une pièce aussi inhabituelle qu'une arme de première catégorie ne pouvait qu'être signalée et justifier les vérifications qui se sont ensuivies.

569. Pour pouvoir agir en enquête de flagrance⁶¹⁸, les officiers de police judiciaire doivent avoir eu connaissance, au préalable, d'indices apparents d'un comportement révélant l'existence d'une infraction en train de se commettre ou qui vient d'être commise. Ainsi, justifie sa décision, la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la requête des prévenus, tendant à l'annulation du procès-verbal d'ouverture d'une valise par des officiers de police judiciaire, prise de ce que ces derniers, qui agissaient selon la procédure d'enquête préliminaire, ont forcé les serrures dudit bagage, sans recueillir leur consentement, déduit des constatations de ces officiers l'existence d'indices apparents d'un comportement délictueux révélant, antérieurement à l'ouverture de la valise, les infractions flagrantes objet de leurs investigations⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Sur la caractérisation de l'état de flagrance, voir Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 mai 1999, pourvoi n° 99-81587, publié au *bulletin des arrêts de la Chambre criminelle* 1999, n° 91, p. 248. Numéro NOR : JURITEXT000007070122.

L'état de flagrance est caractérisé dès lors qu'il résulte des pièces de la procédure que les officiers de police judiciaire ont relevé des indices apparents d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du Code de procédure pénale. L'avis donné par la victime d'une infraction qui vient d'être commise peut avant l'enregistrement d'une plainte régulière, caractériser ces indices. Aucune présomption de la loi n'exige que les officiers de police judiciaire constatent par un procès-verbal spécial qu'il y a flagrant délit, cette notion se déduisant des circonstances.

⁶¹⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 05 octobre 2011, pourvoi n° 11-81125. Publié au *bulletin des arrêts de la Chambre criminelle* 2011, n° 195. Numéro NOR : JURITEXT000024647435. M. Louvel : président, Mme Labrousse : conseiller rapporteur, M. Dulin, Mme Desgrange, M. Rognon, Mmes Nocquet, Ract-Madoux, M. Bayet, Mme Canivet-Beuzit, M. Bloch : conseillers de la chambre, Mme Moreau : conseiller référendaire ;

Avant l'accomplissement de l'acte incriminé, les policiers ont pu constater plusieurs indices apparents d'un comportement délictueux. En effet, en complément des renseignements initialement recueillis, le nombre de bagages entre l'aller et le retour, la différence de poids constatée par les douanes, les comportements suspects des intéressés dans l'enceinte de l'aéroport et dans le parking, ainsi que le cheminement suivi par eux, les déclarations des époux X... quant à leur impossibilité de procéder à l'ouverture de leurs propres bagages, ont constitué autant d'indices permettant aux enquêteurs de caractériser un comportement délictueux. La mise en œuvre des pouvoirs exorbitants a été justifiée, dans l'urgence, afin de préserver les éléments de preuve et d'éviter la fuite des auteurs présumés des faits, alors que l'infraction était en train de se commettre et qu'il existait des indices apparents d'un comportement délictueux pouvant révéler l'existence d'une infraction flagrante répondant à la définition des crimes et délits flagrants de l'article 53 du Code de procédure pénale. Si les enquêteurs ont indiqué sur leur procès-verbal la mention de la flagrante postérieurement à la découverte des produits stupéfiants, antérieurement à cette découverte, il existait déjà des indices objectifs apparents, rendant probable la commission d'une infraction, indices recueillis à l'issue d'une procédure régulière permettant de modifier le cadre juridique des investigations et d'effectuer ainsi la perquisition de la valise dans l'assentiment exprès des intéressés. Il n'existe donc aucune cause de nullité de cet acte, ni des actes subséquents.

§ 2. L'encadrement des fouilles par la Cour Suprême du Canada⁶²⁰.

570. Avant d'étudier le contrôle des fouilles opéré par la Cour Suprême du Canada **(b)**, il est bon de présenter compendieusement la juridiction suprême canadienne, laquelle s'inscrit dans le droit de Common Law **(a)**.

Avocat général : M. Boccon-Gibod.

Voir pour un exemple en matière de lutte contre les stupéfiants, Cour de cassation, Chambre criminelle, 04 novembre 1999, pourvoi n° 99-85397, publié au *bulletin des arrêts de la chambre criminelle 1999*, n° 247, p. 773. Numéro NOR : JURITEXT000007069047. Président : M. Gomez ; Avocat général : M. Di Guardia.

L'état de flagrante est caractérisé dès lors qu'il résulte des constatations des juges du fond qu'ont été relevés des indices apparents d'un comportement délictueux pouvant révéler l'existence d'infractions correspondant à la définition de l'article 53 du Code de procédure pénale. Sont régulièrement opérées la fouille d'un véhicule et les saisies subséquentes, dès lors, qu'à l'occasion de vérifications régulièrement effectuées, pour les besoins d'un contrôle routier, en application de l'article L. 4 du Code de la route, les policiers ont constaté que se dégageait du véhicule intéressé une forte odeur de résine de cannabis.

⁶²⁰ Loi sur la Cour suprême du Canada (Supreme Court Act of Canada), R.S.C., 1985, c. S-26 L.R.C. (1985), ch. S-26. Publiée par le ministre de la Justice (Canada) à l'adresse suivante : <<http://lois-laws.justice.gc.ca>>, site web de la législation (Justice), ressources en ligne des lois et règlements codifiés du Canada.

a) Présentation de la Cour Suprême du Canada.

571. Tribunal de droit et d'équité du Canada, la Cour suprême du Canada est maintenue sous ce nom à titre de cour générale d'appel pour l'ensemble du pays et de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. (L.R. (1985), ch. S-26, art. 3 ; 1993, ch. 34, art. 115(F)).

La Cour se compose du juge en chef, appelé juge en chef du Canada, et de huit juges puînés. La nomination des juges se fait par lettres patentes du gouverneur en conseil revêtues du grand sceau. (S.R., ch. S-19, art. 4). Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province. (S.R., ch. S-19, art. 5). Pour l'application de l'article 5, il demeure entendu que les juges peuvent être choisis parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau d'une province. (2013, ch. 40, art. 471).

Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci. (S.R., ch. S-19, art. 6; 1974-75-76, ch. 19, art. 2).

Les juges ne peuvent remplir d'autres fonctions rétribuées par l'administration fédérale ou par celle d'une province. (S.R., ch. S-19, art. 7). Les juges doivent résider dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* ou dans une zone périphérique de quarante kilomètres. (S.R., ch. S-19, art. 8 ; 1974-75-76, ch. 18, art. 1 ; 1976-77, ch. 25, art. 19).

Les juges occupent leur poste à titre inamovible, sauf révocation par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. La limite d'âge pour l'exercice de la charge de juge est de soixante-quinze ans. (S.R., ch. S-19, art. 9). Préalablement à leur entrée en fonctions, les juges prêtent serment dans les termes suivants : « Je,, jure d'exercer fidèlement, consciencieusement et le mieux possible mes attributions de juge en chef (*ou* de juge) de la Cour suprême du Canada. Ainsi Dieu me soit en aide ». (S.R., ch. S-19, art. 10).

572. Dans le domaine du maintien de l'ordre au sein de la Cour, le shérif du comté de Carleton, dans la province d'Ontario, fait d'office partie du personnel judiciaire de la Cour et exerce les attributions de shérif auprès de celle-ci. (S.R., ch. S-19, art. 21).

573. La Cour peut rendre son jugement : soit en audience publique ; soit de la façon suivante : chaque juge ayant instruit l'affaire dépose auprès du registraire le texte de l'exposé de ses motifs, une copie, signée par lui, de l'exposé des motifs d'un autre juge auquel il souscrit ou une attestation écrite de son accord avec ces motifs. Dans le cas où jugement est rendu en audience publique, la

majorité des juges ayant instruit l'affaire doivent être présents. (L.R. (1985), ch. S-26, art. 26 ; L.R. (1985), ch. 34 (3e suppl.), art. 1).

574. Juridiction d'appel. La Cour est la juridiction d'appel en matière civile et pénale pour l'ensemble du Canada. (S.R., ch. S-19, art. 35). Les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale en matière de litige entre le Canada et une province, ou entre deux ou plusieurs provinces, sont susceptibles d'appel devant la Cour. (1990, ch. 8, art. 33). Il peut être interjeté appel devant la Cour d'un avis prononcé par le plus haut tribunal de dernier ressort dans une province sur toute question déferée à ce tribunal par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province quand, aux termes de la législation provinciale, l'avis en cause est assimilé à un jugement ayant autorité de chose jugée mais susceptible d'appel au même titre qu'un jugement rendu dans une action. (S.R., ch. S-19, art. 37).

Sous réserve des articles 39 et 42, il peut être interjeté appel devant la Cour, avec l'autorisation du plus haut tribunal de dernier ressort dans une province, d'un jugement définitif de ce tribunal lorsque, suivant l'opinion de ce tribunal, la question en jeu dans l'appel en est une qui devrait être soumise à la Cour. (S.R., ch. S-19, art. 38).

Sous réserve des articles 39 et 42, il peut être interjeté appel devant la Cour, avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale, d'un jugement définitif rendu par cette dernière lorsqu'elle estime que la question en jeu devrait être soumise à la Cour. (1990, ch. 8, art. 34).

Sous réserve des articles 39 et 42, il peut être interjeté appel devant la Cour, avec son autorisation et sur une question de droit seulement, d'un jugement définitif prononcé par un tribunal provincial — dont les juges sont nommés par le gouverneur général — ou la Cour fédérale dans une procédure judiciaire et susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale ou le plus haut tribunal provincial de dernier ressort si le consentement écrit des parties ou de leurs procureurs, certifié par affidavit, est déposé au bureau du registraire et au bureau du greffier ou du protonotaire du tribunal d'où émane l'appel.

Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler. Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant

l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel. Dans tous les cas où elle accorde une autorisation d'appel, la Cour ou l'un de ses juges peut, malgré les autres dispositions de la présente loi, proroger le délai d'appel. (L.R. (1985), ch. S-26, art. 40 ; L.R. (1985), ch. 34 (3e suppl.), art. 3 ; 1990, ch. 8, art. 37).

La Cour peut rejeter l'appel ou se substituer à la juridiction inférieure pour le prononcé du jugement et l'engagement des moyens de contrainte ou autres procédures. (S.R., ch. S-19, art. 47). La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès si les fins de la justice paraissent l'exiger; un nouveau procès est toutefois présumé nécessaire en cas de verdict rendu à l'encontre de la preuve. (S.R., ch. S-19, art. 48). La Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées. (1994, ch. 44, art. 99).

La Cour est la juridiction suprême en matière d'appel, tant au civil qu'au pénal; elle exerce, à titre exclusif, sa compétence sur l'ensemble du Canada ; ses arrêts sont définitifs et sans appel. (S.R., ch. S-19, art. 54).

575. Questions déferées pour avis. Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant : l'interprétation des *Lois constitutionnelles* ; la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial ; la compétence d'appel en matière d'enseignement dévolue au gouverneur en conseil par la *Loi constitutionnelle de 1867* ou une autre loi ; les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur. (Article 53 (1)).

Si la question touche à la validité constitutionnelle d'une loi — ou de l'une quelconque de ses dispositions — adoptée par la législature d'une province, ou si, pour une raison quelconque, le gouvernement d'une province porte un intérêt particulier à cette question, le procureur général de cette province est obligatoirement avisé de la date d'audition afin qu'il puisse être entendu s'il le juge à propos. (Article 53 (5)).

b) Le contrôle des fouilles par la Cour Suprême du Canada.

576. Texte de référence applicable : La Charte canadienne des droits et libertés. La Charte canadienne des droits et libertés est issue de la Loi constitutionnelle de 1982 (Partie I)⁶²¹. Le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la primauté du droit.

En matière de protection des droits et libertés, la Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans le domaine des Libertés fondamentales, la Charte prévoit des garanties juridiques. Ainsi, s'agissant des fouilles, des perquisitions ou des saisies, la Charte canadienne des droits et des libertés précise en son article 8 que « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

577. S'agissant de fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire, la Cour Suprême du Canada⁶²² précisa que si la Charte a été violée, il importe peu qu'en fouillant le camion, la police ait eu plusieurs objectifs à l'esprit. Un objectif légitime relevant de l'application de la réglementation, qu'il ait été prédominant ou non, ne saurait racheter ou légitimer une violation de la Charte. Les contrôles aléatoires de véhicules effectués dans le cadre de la législation sur la circulation routière doivent être limités à l'objectif auquel ils répondent et l'on ne saurait en faire une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive.

578. Les accusés circulaient sur le tronçon de la route transcanadienne situé en Saskatchewan dans un camion semi-remorque commercial vide immatriculé au Québec lorsqu'ils ont été interceptés par un agent de la GRC (Gendarmerie Royale du Canada) qui effectuait un contrôle

⁶²¹ Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982. Texte de la *Loi de 1982 sur le Canada*. ANNEXE A « Loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada ».

Sa Très Excellente Majesté la Reine, considérant qu'à la demande et avec le consentement du Canada, le Parlement du Royaume-Uni est invité à adopter une loi visant à donner effet aux dispositions énoncées ci-après et que le Sénat et la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement ont présenté une adresse demandant à Sa Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi à cette fin, sur l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes réunis en Parlement, et par l'autorité de celui-ci, édicte : La *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncée à l'annexe B, est édictée pour le Canada et y a force de loi. Elle entre en vigueur conformément à ses dispositions.

⁶²² Cour Suprême du Canada, 25 juin 2010, « R. c. Nolet », 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851. Composition de la Cour : la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

routier aléatoire en vertu de la loi provinciale Highways and Transportation Act (H&TA). L'agent a remarqué que la vignette relative à la taxe sur les carburants apposée à l'extérieur du véhicule était expirée et, après avoir demandé le certificat d'immatriculation du véhicule, a constaté que ce dernier n'était pas enregistré pour utilisation commerciale en Saskatchewan. Le camion contrevenait ainsi à la réglementation provinciale. Les inscriptions au journal de bord ne correspondaient pas non plus aux arrêts énumérés dans les lettres de voiture produites. L'agent a obtenu la permission d'inspecter la remorque. Celle-ci était vide, mais l'agent a pensé que « quelque chose clochait ». Comme il était seul, il a décidé de ne pas entrer dans la remorque mais de poursuivre son investigation au sujet des documents défectueux relatifs au transport routier.

Il a informé les accusés qu'il allait inspecter la cabine du camion, mais il n'a pas demandé leur consentement. Il a trouvé un petit sac de toile juste derrière le siège du chauffeur, dans la couchette. Il l'a ouvert et y a trouvé 115 000 dollars en petites coupures réunies en liasses. Comme cette façon d'emballer l'argent liquide était caractéristique du trafic de stupéfiants, il a immédiatement mis les accusés en état d'arrestation pour possession de produits de la criminalité. L'agent a demandé des renforts et une inspection sur place de la remorque. Le camion a été conduit jusqu'au détachement de la GRC le plus proche où, une heure et demie plus tard environ, les agents ont trouvé un compartiment caché renfermant 392 livres de marijuana.

Le lendemain, au cours d'une fouille en vue de dresser l'inventaire du contenu de la cabine du camion, un autre agent a découvert une quantité considérable de documents additionnels reliés à des infractions à la H&TA. Les accusés ont été inculpés de trafic de stupéfiants, de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de produits de la criminalité.

579. La juge de première instance a conclu que les fouilles étaient abusives ; les éléments de preuve que constituaient les billets de banque et la marijuana ont été écartés et les accusés ont été acquittés. Dans une décision à la majorité, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la Charte ; elle a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès.

En l'espèce, le contrôle routier aléatoire était directement relié à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière et était valide. L'interception initiale effectuée en vertu de l'article 40 de la Highway Traffic Act ne portait pas en soi atteinte à l'article 9 de la Charte. Le pouvoir de fouille et de saisie prévu à la H&TA a alors été invoqué à bon droit puisque l'agent a rapidement trouvé des motifs raisonnables de croire que les accusés utilisaient le camion en contravention de plusieurs dispositions de la H&TA. Lorsque l'agent a commencé à s'intéresser à la cabine du camion, il avait le droit, en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, de chercher d'autres éléments de preuve relatifs à des infractions à la H&TA. Dans les circonstances, la poursuite de la détention des accusés n'était pas

arbitraire, et la fouille en vue de rechercher des documents pertinents était autorisée par l'alinéa 63(5)b) de la H&TA et n'était pas abusive, du moins au début.

Bien que dans ce pourvoi, le débat ait porté dans une large mesure sur la question de savoir si la fouille du sac de toile était ou non permise par le paragraphe 63(5), cette question est importante mais ne suffit pas à elle seule à trancher le débat.

580. Il faut faire une distinction entre l'existence d'un pouvoir de la police et la question de savoir si ce pouvoir, légal par ailleurs, est exercé en violation de l'article 8 de la Charte compte tenu de l'attente raisonnable en matière de vie privée que peut avoir un camionneur dans la couchette de la cabine d'un camion, y compris dans l'espace derrière les sièges avant où a été découvert le sac en toile contenant les billets de banque. Malgré l'absence de témoignage des accusés au sujet de leur croyance subjective, un tribunal peut présumer que des personnes ont une attente en matière de vie privée dans ce qui, pour un routier, constitue en fait une maison mobile temporaire. Même dans un lieu de résidence rudimentaire, une personne peut objectivement avoir une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans le cas de la cabine des camions, cette attente est forcément peu élevée. Le camionnage est une industrie très réglementée, et les camionneurs savent très bien que les policiers peuvent intercepter des véhicules au hasard et les fouiller à la recherche d'éléments de preuve d'infractions.

Dès lors qu'un objectif réglementaire continue à justifier l'exercice du pouvoir réglementaire, il s'agit plutôt de savoir si l'exercice de ce pouvoir violait l'article 8 de la Charte en portant atteinte aux attentes raisonnables des accusés en matière de vie privée. En l'espèce, au fil des événements depuis l'interception du camion par la police jusqu'à l'inspection initiale de la cabine que permettait la réglementation, le policier n'a en aucun cas porté atteinte au droit minimal au respect de la vie privée qui existait alors. L'agent n'a pas procédé à l'ouverture du sac de toile immédiatement, sans faire une évaluation préliminaire de la possibilité qu'il soit pertinent à la fouille fondée sur l'application de la réglementation. Il a exercé une pression sur le sac de toile et a senti et entendu ce qui lui semblait être du papier à l'intérieur, et il a pensé y trouver des objets reliés à l'investigation fondée sur la H&TA. Dans les circonstances, l'ouverture du sac par l'agent n'était pas abusive, étant donné le droit très limité des accusés en matière de respect de la vie privée. À ce moment, les billets de banque étaient bien en vue.

581. L'arrestation des accusés pour possession de produits de la criminalité était elle aussi légitime. Si la découverte d'une importante somme d'argent liquide peut ne pas constituer en soi un motif objectif, raisonnable et probable de procéder à une arrestation pour possession de produits de la criminalité, les éléments factuels en l'espèce, considérés ensemble et non séparément, étaient

objectivement la croyance subjective de l'agent quant à l'existence de motifs raisonnables et probables pour effectuer les arrestations.

La saisie de la marijuana ne portait pas atteinte à la Charte puisque la fouille était accessoire à une arrestation valide pour possession de produits de la criminalité. Le policier était justifié de fouiller le véhicule dans lequel il avait trouvé l'argent liquide pour y chercher des éléments de preuve relatifs à l'activité criminelle à laquelle était relié l'argent. La juge du procès a conclu à bon droit à l'absence d'une « situation d'urgence », mais la fouille sans mandat était justifiée non pas par une situation d'urgence, mais par le lien entre le lieu et l'objet de la fouille et les motifs de l'arrestation. L'intervalle de quelque deux heures entre l'arrestation au bord de la route et la fouille du compartiment secret de la remorque importe peu et n'a pas atténué le lien causal et spatial étroit entre l'arrestation et la fouille. Le camion a été saisi et placé dans le stationnement de la GRC. Ce délai n'a causé aucun préjudice aux accusés. Dans les circonstances, il n'était pas nécessaire d'établir de façon distincte l'existence de motifs raisonnables et probables.

582. La fouille de la cabine à des fins d'inventaire plus tard en matinée n'était toutefois pas valide. Cette fouille était conforme aux procédures administratives de la GRC mais n'était pas accessoire à l'arrestation des accusés. Elle ne satisfaisait donc pas aux exigences d'une fouille sans mandat et les fruits de la fouille « à des fins d'inventaire » ont par conséquent été récoltés en contravention de l'article 8. Cependant, les éléments de preuve ne doivent pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la Charte. Les agents de la GRC les auraient découverts s'ils avaient poursuivi la fouille permise par le règlement. Quoi qu'il en soit, la fouille ultérieure à des fins d'inventaire, effectuée pour des raisons administratives, d'un camion saisi qui avait déjà fait l'objet d'une fouille en vue de mettre à jour la preuve d'un crime constitue une violation technique ayant une incidence minimale sur des intérêts protégés par la Charte. La fouille est opérée sur un véhicule terrestre à moteur ; mais, celle-ci peut être effectuée sur le corps de la personne, la force publique déployant sa contrainte à l'égard de la personne même.

II. Les fouilles à corps et palpations de sécurité.

583. La force publique, pour rechercher les auteurs d'infractions, peut être amenée à entrer en contact avec la personne qui fait l'objet de la palpation de sécurité et de la fouille ; la personne éprouve donc les sensations du toucher à travers son corps sensible. L'emploi de la contrainte exercée par la force publique dans ce domaine doit donc obéir à des normes juridiques précises afin que les fonctionnaires de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale respectent l'intégrité physique des personnes concernées. Aussi, le juge judiciaire agissant en tant que gardien

de la liberté individuelle, opère un contrôle strict des fouilles à corps ; cet encadrement juridique *a posteriori* est effectué par la juridiction judiciaire, et il est fort intéressant d'étudier la position tant de la Cour de Cassation française que de la Cour de Cassation Belge (§1). Les palpations de sécurité ne doivent pas être confondues avec les fouilles à corps ; les palpations de sécurité suivent ainsi un régime juridique propre (§2).

§1. Le contrôle des fouilles à corps par la Cour de Cassation française et la Cour de Cassation Belge.

584. La chambre criminelle de la Cour de Cassation assimile la fouille à corps à une perquisition⁶²³. Cette assimilation fut critiquée par la suite par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, laquelle observait que le Code de procédure pénale ne fait pas mention de la fouille corporelle, pas davantage l'instruction générale qui en constitue le commentaire, et que c'est donc par voie d'extension que les règles relatives aux perquisitions ont été étendues à la fouille corporelle⁶²⁴.

585. La fouille à corps constitue une investigation de l'enquête de flagrant délit. Celle-ci est opérée au besoin coercitivement par l'officier de police judiciaire « sur toutes les personnes qui paraissent avoir participé au crime ou délit ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés (Code de procédure pénale, article 56)⁶²⁵.

Il convient de relever qu'une simple présomption de détention, de bonne ou de mauvaise foi, la justifie. Cela signifie qu'une fouille à corps ne saurait être pratiquée alors qu'aucun indice n'a dévoilé préalablement une situation de flagrante. La législation prévoit également fort heureusement que la fouille doit être réalisée par une personne du même sexe.

La personne qui est soumise à la fouille peut si besoin est être dévêtue en vue de procéder à un examen approfondi de ses vêtements ou de rechercher sur son corps des traces de coups ou des piqûres par exemple. Les objets découverts au cours de la fouille seront saisis et placés sous scellés par l'enquêteur, après interpellation du mis en cause ; un procès-verbal sera alors établi, relatant l'opération.

586. La fouille à corps tendant à la découverte d'objets ou indices susceptibles d'intéresser l'enquête ne doit pas être ici confondue avec la fouille de sécurité à laquelle il est procédé lors de la

⁶²³ Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 janvier 1953 : *JCP* 53, II, 7456.

⁶²⁴ Voir l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 13 janvier 1975, *Gazette du palais*, 1975, 2, 711.

⁶²⁵ Voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 18 décembre 1958, *bulletin* numéro 760.

mise en chambre de sûreté d'une personne placée en garde à vue, lors du placement en local de dégrisement d'un individu appréhendé en état d'ivresse publique et manifeste et enfin sur les aérodromes lorsque la prévention des actes de terrorisme le requiert (sur le fondement de l'article 282-8 du Code de l'aviation civile).

587. Sur le **continent européen**, dans le royaume de **Belgique**, la Cour de Cassation est venue préciser les conditions de la légalité des fouilles. De cette manière, la police peut procéder à la fouille judiciaire lorsqu'il existe des indices qu'un inculpé détient sur lui des pièces à conviction ou des éléments de preuve d'un crime ou d'un délit. La juridiction judiciaire suprême belge tient à ajouter que cette règle n'implique pas que la fouille judiciaire doit nécessairement donner un résultat positif.

La Cour de Cassation de Belgique apporta des précisions quant à la définition de la notion de fouilles⁶²⁶. Ainsi, dès lors que la fouille visée à l'article 28 de la loi du 8 août 1992 sur la fonction de police est la recherche sensorielle dans, sur ou sous les vêtements d'une personne présente ou le contrôle des bagages de cette personne, l'examen de la nature, de la composition ou du contenu d'un objet remis volontairement au fonctionnaire de police compétent lors d'une intervention de police ne constitue pas une fouille au sens de la loi.

De plus, la Cour de Cassation belge est venue préciser les conditions de régularité de la fouille. Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel, chambre des mises en accusation, qui, ayant relevé que les policiers ont procédé à la fouille de sécurité d'une personne après avoir constaté le comportement suspect de celle-ci au volant d'une voiture ayant coupé la priorité de leur véhicule de service, circulé à une vitesse inadaptée à l'endroit et traversé successivement plusieurs carrefours sans tenir compte de la circulation routière, décide légalement que la fouille dont ladite personne a fait l'objet était justifiée par des motifs raisonnables. (Cour de cassation, Belgique, 19/11/2008, numéro de rôle P.08.1625.F)

588. En outre, en matière douanière, en vertu de l'article 182, § 1er, de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, les agents des douanes sont également autorisés à fouiller les bagages du passager d'un navire, bâtiment, voiture, avion ou de tout autre moyen de transport, même en l'absence de ce dernier. (Cour de cassation, Belgique, 08/10/2002, numéro de rôle P021013N).

⁶²⁶ Cour de cassation, Belgique, 19/03/2002, P001597N.

§ 2. Le contrôle des palpations de sécurité par les juridictions judiciaires françaises.

589. La palpation de sécurité, quant à elle, ne doit pas être confondue avec la fouille à corps. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence rappelle que l'on ne saurait assimiler à la fouille à corps la palpation sommaire dite de sécurité, justifiée par les circonstances de temps et de lieu⁶²⁷. Cette jurisprudence est ancienne⁶²⁸.

En l'occurrence, il s'agissait d'un couteau à cran d'arrêt découvert de manière régulière par une palpation de sécurité sur la personne d'un individu arrêté en flagrant délit de vol par des agents de police judiciaire. Les agents de police judiciaire ou agents de police judiciaire adjoints qui opèrent l'appréhension de l'auteur présumé d'un flagrant délit peuvent procéder à cette simple mesure de police. Les armes ou les outils d'effraction alors découverts sont saisis matériellement en vue d'être remis à l'officier de police judiciaire aux fins de saisie dans les formes de droit après l'interpellation du mis en cause.

590. Cette saisie matérielle peut être assimilée à un « ramassage d'objets » soit sur la voie publique, soit dans un véhicule (Cour de Cassation, chambre criminelle, 2 mars 1993, au sujet d'un pistolet découvert par des agents de police judiciaire dans la boîte à gants ouverte d'un véhicule à l'occasion d'un accident de la circulation routière voir *Droit pénal* 1993, chronique numéro 59, par LESCLOUS (Vincent) et MARSAT (Claire)).

591. S'agissant des palpations de sécurité, il convient de relever que les agents privés à l'instar des employés des entreprises de surveillance, de gardiennage, de transports de fonds, de protection des personnes peuvent lorsqu'ils se trouvent dans une situation de flagrant délit et lorsque les circonstances de fait incitent à craindre que cet individu est armé, opérer une palpation de sécurité. Les armes et objets susceptibles de constituer une arme dangereuse pour la sécurité publique dont l'individu est porteur, sont saisis matériellement afin d'être remis à l'officier de police judiciaire. La personne appréhendée peut-être « invitée à vider ses poches ou le sac dont elle est porteur »⁶²⁹.

⁶²⁷ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 16 mai 1990, juris-data numéro 044712 ; voir également, PEDAMON, « La fouille corporelle » in *Revue des sciences criminelles* 1961, 24.

⁶²⁸ Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 12 janvier 1954, *Dalloz* 1954, 71 ; et, Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 septembre 1988 : *Gazette du palais* 1989, I, sommaire 75.

⁶²⁹ Réponse ministérielle du ministre de la Justice, M. Hamel, *Journal officiel de l'Assemblée nationale* du 15 décembre 1977, page 8835.

592. Dans le domaine des palpations de sécurité, la chambre criminelle de la Cour de Cassation est venue préciser la définition de la notion d'indices apparents tendant à révéler l'actualité de la commission d'une infraction. Tout d'abord, l'article 53 du Code de procédure pénale, dans sa partie relative au quatrième cas de flagrance, traite de l'indice dans les termes suivants : la flagrance est constituée lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée « est trouvée en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ». De plus, au cours des travaux parlementaires, un amendement fut repoussé tendant à ajouter au mot : « le délit qui se commet ou qui vient de se commettre » les mots : « dont l'évidence est certaine »⁶³⁰.

La Chambre criminelle n'exige pas que l'indice extérieur proclame l'évidence de l'infraction. Il suffit que la commission de l'infraction se révèle par un indice apparent⁶³¹. En outre, il n'est pas nécessaire que l'indice apparent tende à l'identification de l'auteur de l'infraction⁶³².

Il peut également s'agir d'un indice provenant de l'attitude de l'auteur. Ainsi, une protubérance de la veste du participant d'une manifestation folklorique ne provoquera aucune réaction policière, tandis que la même protubérance constatée à l'occasion d'une manifestation interdite et susceptible de dégénérer en attroupement, déterminera alors une palpation de sécurité. Si l'indice est le plus souvent perçu par la vue et/ou l'ouïe, toutes les perceptions sensorielles peuvent concourir à laisser penser qu'une infraction se commet ou vient de se commettre. Ainsi, la palpation de sécurité qui requiert dans certaines circonstances la sécurité du policier qui pratique une interpellation, amène parfois des découvertes d'un flagrant délit de port d'armes prohibées⁶³³. La force publique sera ainsi amenée à saisir l'arme prohibée, et de manière plus générale le bien dont la détention constitue une infraction.

⁶³⁰ *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 25 juin 1957, voir page 2993.

⁶³¹ Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 janvier 1953, *JCP* 53, deuxième partie, 7456.

⁶³² « Les indices apparents d'un comportement délictueux ne doivent pas nécessairement permettre *ab initio* d'en identifier l'auteur », voir l'opinion de MARON (A.) in *Revue Droit pénal*, 1992, commentaire numéro 215 sous l'arrêt de la cour d'appel de Douai, quatrième chambre, 31 octobre 1991.

⁶³³ Voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 septembre 1988, *Gazette du palais* 1989, 1, sommaire page 75.

Section deuxième. La consistance des saisies.

593. À la force publique, incombe la mission primordiale de faire respecter les lois votées de manière démocratique, lesquelles permettent le bien vivre ensemble au sein des sociétés humaines. Aussi, la Société doit sanctionner les auteurs d'infractions par la saisie des produits de leurs infractions. En effet, la Communauté humaine doit réprimer ces individus qui violent le pacte social en procédant à la saisie des fruits de leurs infractions, saisie qui constitue un moyen juridique efficace de sanction puisque ces violeurs de lois sont animés par l'esprit du lucre. Agissant à l'aune du principe de légalité, la force publique bénéficie de pouvoirs juridiques propres afin de procéder à ces saisies. Téléologiquement, ces saisies visent à lutter contre la contrefaçon et à protéger les espèces vivantes protégées (I). En vue d'effectuer la saisie de l'instrument et du produit de l'infraction, la force publique jouit de pouvoirs juridiques de contrainte, à savoir la mise en fourrière et la confiscation (II).

I. Le fondement des saisies : la lutte contre la contrefaçon et la protection des espèces vivantes protégées.

594. La force publique, et en l'occurrence la force publique douanière agit dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon, participant ainsi de manière fondamentale à la protection des marques, à la préservation des emplois et *in fine* à la garantie des ressources fiscales de l'État. Aussi, les douanes sont amenées à procéder à la saisie de produits contrefaits ou contrefaisants. Agissant conformément au principe de légalité, la Douane dispose de pouvoirs juridiques de contrainte lui permettant de rechercher les auteurs d'infractions et de les sanctionner par la saisie de leurs produits (§1).

La force publique douanière laquelle agit dans un cadre territorial spécifique⁶³⁴ se trouve en première ligne pour opérer les saisies nécessaires et pour concourir de manière pleine et entière à la

⁶³⁴ Voir sur ce sujet, Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de la liberté d'aller et de venir, Chapitre premier. La nécessaire conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public, Section deuxième. Les contrôles économiques opérés par la force publique : garantir les ressources fiscales de l'État et préserver la santé humaine, II. Le contrôle économique des douanes et le contrôle économique de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, §1. Le contrôle douanier.

protection des espèces vivantes protégées sur le fondement de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES ou Convention de Washington (§2).

§ 1. La lutte contre la contrefaçon.

595. La Douane mène une lutte remarquable contre la contrefaçon. Il convient donc de déterminer la notion de contrefaçon (A), avant d'étudier le cadre idoine de la lutte contre la contrefaçon, à savoir la coopération internationale (Congrès Mondial sur la Lutte contre la contrefaçon et la piraterie) (B).

A. Définition de la contrefaçon.

596. La contrefaçon peut se définir comme étant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. La protection des droits de propriété intellectuelle par le biais d'un dépôt de mesures probatoires démontrant la date de la création constitue ainsi la première étape nécessaire et indispensable de la lutte contre la contrefaçon.

Les droits de propriété intellectuelle protègent les créations de l'esprit. Ce sont des droits territoriaux, exclusifs et à durée limitée, accordés par l'État à une personne physique ou morale. En France, on dénombre notamment au titre des droits de propriété intellectuelle : les brevets et les certificats complémentaires de protection, les marques, les dessins et modèles industriels, les droits d'auteur, les droits voisins des droits d'auteur, les dénominations géographiques et les obtentions végétales.

La contrefaçon correspond à un acte perpétré sans l'autorisation du titulaire du droit de propriété intellectuelle. En France, les actes de contrefaçon sont définis dans le Code de la propriété intellectuelle. Constituent des actes de contrefaçon d'un brevet (Code de la propriété intellectuelle, articles L. 615-1, L. 615-12, L. 615-14, L. 613-3 et L. 613-4), la fabrication à savoir la reproduction d'une ou de plusieurs revendications du brevet, l'importation du produit objet du brevet ; l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation du produit objet du brevet.

Constituent des actes de contrefaçon d'une marque sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle (en ses articles L. 716-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 716-9, et L. 716-10) la reproduction, l'apposition, la suppression, la modification d'une marque ; l'imitation d'une marque

s'il peut en résulter un risque de confusion ; la production industrielle de marchandises contrefaisantes ; l'importation, l'exportation, la réexportation, le transbordement de marchandises contrefaisantes, l'offre à la vente de marchandises contrefaisantes.

597. Il convient ici de mettre en exergue la différence existant entre les termes « contrefaits » et « contrefaisantes »⁶³⁵. Ces deux termes sont souvent confondus alors qu'ils ne revêtent pas la même signification. Les produits authentiques qui font l'objet d'une contrefaçon sont dits « contrefaits », alors que les produits portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle sont des produits « contrefaisants ». Les articles 41 et 42 de la loi du 20 octobre 2007 portant sur la lutte contre la contrefaçon eurent pour objet de remplacer les mots « contrefaits » qui figuraient par erreur dans le Code de la propriété intellectuelle et le Code des douanes par les mots « contrefaisants ». Lorsque l'on parle d'un produit contrefaisant, la contrefaçon peut porter séparément ou cumulativement sur sa composition, son contenu protégé par le droit d'auteur, la marque apposée sur le produit et son emballage ou sa forme protégées par un dessin ou modèle ou par un droit d'auteur.

598. Les douanes françaises se trouvent en première ligne pour lutter contre la contrefaçon. En effet, l'administration des douanes se trouve, par essence, au cœur du mouvement des marchandises que celles-ci soient importées ou exportées. Toutes ces marchandises doivent être déclarées aux autorités douanières. La direction générale des douanes et droits indirects fut créée en 1791. De nos jours, il convient également de mentionner la création de la direction nationale des renseignements et des enquêtes douanières, par l'édiction de l'arrêté en date du 29 octobre 2007⁶³⁶.

Cette direction rattachée à la direction générale précitée, est chargée de mettre en œuvre la politique du renseignement, des contrôles et de lutte contre la fraude de la direction générale des douanes et droits indirects. La direction nationale des renseignements et des enquêtes douanières (DNRED) est un service à compétence nationale. La DNRED comprend trois directions fonctionnelles : la direction du renseignement douanier, la direction des enquêtes douanières chargée de procéder aux enquêtes antifraude d'importance nationale et internationale et la direction des opérations douanières chargée de la lutte contre la grande fraude douanière telle que la contrebande. Il convient de relever que la DNRED a reçu l'autorisation depuis la loi numéro 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, à procéder à des opérations de livraisons surveillées et d'infiltration en matière de contrefaçon de marque (article 67 du Code des douanes).

⁶³⁵ KERN (Tania), *Les marchandises contrefaisantes, identifier, réagir, lutter*, Lamy, collection « Lamy axe droit », Paris, 2010, 234 pages.

⁶³⁶ *Journal officiel de la République française* du 21 novembre 2007.

599. Il convient de mentionner que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶³⁷ prévoit en son article 17.2 que « la propriété intellectuelle est protégée ». La protection de la propriété intellectuelle constitue ainsi un droit fondamental au sein de l'Union européenne.

600. Dans le domaine aéroportuaire, il convient de mettre en exergue le contrôle douanier relatif aux bagages. L'on doit préciser que, d'une manière générale, la puissance publique effectue les contrôles relatifs à la fouille des bagages au sein des aéroports. En effet, il incombe à la force publique d'opérer ces contrôles en ce sens que celle-ci est garante des droits et libertés des êtres humains qui vivent sur le territoire de l'État dont ils dépendent. La République française a privatisé une partie de ces contrôles au bénéfice de sociétés privées (la « sûreté aéroportuaire »)⁶³⁸. Ces sociétés exercent donc des missions de service public dans le domaine des droits et libertés. Cette situation est éminemment critiquable. En effet, seuls des membres de la force publique, ayant la qualité de fonctionnaires ou agents publics, doivent procéder à ces contrôles lesquels sont légitimes au regard du droit à la sécurité. Cependant, ces contrôles représentent également une atteinte à d'autres droits et libertés (respect de la vie privée, liberté d'aller et de venir).

B. Le cadre de la lutte contre la contrefaçon : la coopération internationale (Congrès Mondial sur la Lutte contre la contrefaçon et la piraterie).

601. La lutte contre la contrefaçon s'inscrit dans le cadre d'une coopération internationale. Ainsi, le Quatrième Congrès Mondial sur la Lutte contre la contrefaçon et la piraterie a été accueilli par l'Administration des douanes de Dubaï et organisé par l'Organisation mondiale des douanes (OMD), l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), les 3-5 février 2008. Des responsables d'organisations internationales, des chefs de gouvernements, des hauts fonctionnaires des douanes et de la police, des cadres supérieurs du secteur privé et des experts du monde entier ont échangé leurs expériences et identifié des mesures et des solutions concrètes afin de lutter plus efficacement contre la contrefaçon et la piraterie.

⁶³⁷ Charte numéro 2000/C-364/01, *Journal officiel de l'Union européenne* du 18 décembre 2000.

⁶³⁸ Même passée entre deux personnes privées (Aéroport de Paris et la Société Brink's), le marché de service de prestations de sûreté aéroportuaire est un contrat de droit public dès lors, ainsi qu'il découle des articles L. 213-2 et L. 251-2 du Code de l'aviation civile, que la mission d'inspection et de filtrage des passagers, des personnels et des bagages que doit exécuter la société cocontractante est réalisée pour le compte de l'État et sous son autorité dans le cadre de son activité de police administrative des aérodromes.

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 3 juin 2009, « Société Brink's Security Services c. SOCIETE AEROPORTS DE PARIS », N° 323594, Publié au *recueil Lebon*, M. Vigouroux, président, Mme Agnès Fontana, rapporteur, M. Dacosta Bertrand, rapporteur public. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

Les trois premiers Congrès (Bruxelles, 2004 ; Lyon, 2005 ; Genève, 2007) ont sensibilisé l'opinion sur le problème croissant de la contrefaçon et de la piraterie, encouragé l'échange d'informations pertinentes entre toutes les parties intéressées, et identifié des solutions et stratégies potentielles pour lutter contre ce commerce illicite grâce à des dispositifs et des mesures de lutte contre la fraude efficaces.

602. Le Quatrième Congrès mondial a été organisé autour de cinq thèmes qui ont figuré de façon récurrente au centre des principaux travaux à exécuter pour prendre des mesures concrètes pour lutter contre la contrefaçon et la piraterie. En outre, le Quatrième Congrès mondial comprenait également des sessions spéciales sur les défis des Zones de libre échange et les pays de transbordement, ainsi que sur la contrefaçon et la piraterie sur Internet.

Le Congrès⁶³⁹ a largement reconnu que la contrefaçon et la piraterie nuisent à la société de diverses façons qui ne sont pas toujours évidentes. Ceci est particulièrement vrai pour les médicaments contrefaits et les médicaments en vente libre, ainsi que pour les biens de consommation qui ne sont pas testés en fonction des mêmes normes de sécurité que les produits légitimes. Ces produits contrefaits peuvent nuire sérieusement à la santé et même tuer les consommateurs, et au mieux ne pas avoir les effets attendus sur la santé du produit légitime. Outre les risques pour la santé que présentent les contrefaçons de produits alimentaires, cosmétiques et agricoles, d'articles de soins de santé, de fausses pièces détachées d'automobiles et d'appareils électriques, les intervenants ont parlé du problème croissant des médicaments contrefaits, et ont attiré particulièrement l'attention sur le fait que les personnes qui doivent se soigner achètent ces médicaments de bonne foi, sans être conscientes du risque et sans pouvoir l'évaluer.

Le Congrès reconnaît que l'efficacité d'un pays à protéger les Droits de Propriété Intellectuelle dépend en partie de sa capacité à faire respecter ces droits. Dès lors, outre les recommandations formulées pour une meilleure législation, une application plus forte des lois et des sanctions, les orateurs ont également proposé des méthodes visant à améliorer les connaissances, renforcer la formation et développer les capacités. Dans ce domaine, les principales Recommandations sont que le Groupe directeur du Congrès mondial devra chercher les opportunités pour faire participer de nouvelles associations d'entreprises impliquées dans le développement et l'utilisation de systèmes de détection, de vérification et de technologies pour encourager l'échange d'informations relatives aux technologies et aux systèmes appropriés qui ont fait leurs preuves s'agissant de la détection et de la dissuasion en matière de contrefaçon et de piraterie.

⁶³⁹ Déclaration de Dubaï (Émirats Arabe Unis) lors du quatrième Congrès mondial sur la lutte contre la contrefaçon et la piraterie.

603. De surcroît, par le biais d'INTERPOL, de l'OMD et de l'OMPI, ainsi que d'autres organisations directement impliquées dans la lutte contre la fraude, il convient d'identifier les opportunités pour mieux coordonner les efforts des donateurs, le soutien en matière de formation et de renforcement des capacités pour les agents de la lutte contre la fraude, orientés vers un véritable renforcement des capacités région par région et secteur par secteur.

§ 2. La protection des espèces vivantes protégées : la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES ou Convention de Washington.

604. Les douaniers se trouvent en première ligne concernant la lutte contre la fraude, contre les contrefaçons, et pour le respect des espèces animales protégées. Au sein des aéroports, les fonctionnaires des douanes qui relèvent du ministère de l'Économie et des Finances procèdent au contrôle des bagages en vue d'exécuter les lois et règlements ainsi que les accords internationaux relatifs à ces objectifs. En particulier, en ce qui concerne la lutte pour le respect des espèces animales protégées, il convient de mettre en exergue les missions primordiales exercées par ces fonctionnaires. Ainsi, agissant sur le fondement de la Convention internationale des espèces protégées de Washington, les douaniers sont amenés à saisir ces espèces animales protégées, que celles-ci soient vivantes ou qu'elles soient mortes. Ainsi, tout produit fabriqué à partir de ces espèces animales peut être saisi.

605. La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, connue par son sigle CITES ou encore comme la Convention de Washington, est un accord international entre États. Elle a pour but de veiller à ce que le commerce international des spécimens d'animaux et de plantes sauvages ne menace pas la survie des espèces auxquelles ils appartiennent.

La CITES a été rédigée pour donner suite à une résolution adoptée en 1963 à une session de l'Assemblée générale de l'UICN (l'actuelle Union mondiale pour la nature). Le texte de la Convention a finalement été adopté lors d'une réunion de représentants de 80 pays tenue à Washington, États-Unis d'Amérique, le 3 mars 1973 ; et, le 1er juillet 1975, la Convention entrait en vigueur. L'original de la Convention a été déposé auprès du gouvernement dépositaire en anglais, chinois, espagnol,

français et russe, chaque version faisant également foi. Depuis des années, la CITES⁶⁴⁰ est au nombre des accords sur la conservation qui ont la plus large composition ; elle compte actuellement 178 États Parties.

606. Les États reconnaissent que la faune et la flore sauvages constituent de par leur beauté et leur variété un élément irremplaçable des systèmes naturels, qui doit être protégé par les générations présentes et futures. Conscients de la valeur toujours croissante, du point de vue esthétique, scientifique, culturel, récréatif et économique, de la faune et de la flore sauvages, reconnaissant que les peuples et les États sont et devraient être les meilleurs protecteurs de leur faune et de leur flore sauvages et reconnaissant en outre que la coopération internationale est essentielle à la protection de certaines espèces de la faune et de la flore sauvages contre une surexploitation par suite du commerce international, les États signèrent la Convention de Washington.

En vertu de l'Article II intitulé « Principes fondamentaux », l'Annexe I comprend toutes les espèces menacées d'extinction qui sont ou pourraient être affectées par le commerce. Le commerce des spécimens de ces espèces doit être soumis à une réglementation particulièrement stricte afin de ne pas mettre davantage leur survie en danger, et celui-ci ne doit être autorisé que dans des conditions exceptionnelles.

L'Annexe II comprend : a) toutes les espèces qui, bien que n'étant pas nécessairement menacées actuellement d'extinction, pourraient le devenir si le commerce des spécimens de ces espèces n'était pas soumis à une réglementation stricte ayant pour but d'éviter une exploitation incompatible avec leur survie ; b) certaines espèces qui doivent faire l'objet d'une réglementation, afin de rendre efficace le contrôle du commerce des spécimens d'espèces inscrites à l'Annexe II en application de l'alinéa a).

L'Annexe III comprend toutes les espèces qu'une Partie déclare soumises, dans les limites de sa compétence, à une réglementation ayant pour but d'empêcher ou de restreindre leur exploitation, et nécessitant la coopération des autres Parties pour le contrôle du commerce.

Tout commerce de spécimens d'une espèce inscrite à l'Annexe I doit être conforme aux dispositions suivantes. L'exportation d'un spécimen d'une espèce inscrite à l'Annexe I nécessite la délivrance et la présentation préalables d'un permis d'exportation. Ce permis doit satisfaire aux conditions suivantes : a) une autorité scientifique de l'État d'exportation a émis l'avis que cette exportation ne nuit pas à la survie de l'espèce intéressée ; b) un organe de gestion de l'État

⁶⁴⁰ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, signée à Washington, le 3 mars 1973 et amendée à Bonn, le 22 juin 1979.

d'exportation a la preuve que le spécimen n'a pas été obtenu en contravention aux lois sur la préservation de la faune et de la flore en vigueur dans cet État ; c) un organe de gestion de l'État d'exportation a la preuve que tout spécimen vivant sera mis en état et transporté de façon à éviter les risques de blessures, de maladie, ou de traitement rigoureux ; d) un organe de gestion de l'État d'exportation a la preuve qu'un permis d'importation a été accordé pour ledit spécimen.

L'importation d'un spécimen d'une espèce inscrite à l'Annexe I nécessite la délivrance et la présentation préalables d'un permis d'importation et, soit d'un permis d'exportation, soit d'un certificat de réexportation. Un permis d'importation doit satisfaire aux conditions suivantes : a) une autorité scientifique de l'État d'importation a émis l'avis que les objectifs de l'importation ne nuisent pas à la survie de ladite espèce ; b) une autorité scientifique de l'État d'importation a la preuve que, dans le cas d'un spécimen vivant, le destinataire a les installations adéquates pour le conserver et le traiter avec soin ; c) un organe de gestion de l'État d'importation a la preuve que le spécimen ne sera pas utilisé à des fins principalement commerciales.

La réexportation d'un spécimen d'une espèce inscrite à l'Annexe I nécessite la délivrance et la présentation préalables d'un certificat de réexportation. Ce certificat doit satisfaire aux conditions suivantes (susvisées).

607. Les permis et certificats délivrés en vertu des dispositions des Articles III, IV et V doivent être conformes aux dispositions du présent Article. Un permis d'exportation doit contenir des renseignements précisés dans le modèle reproduit à l'Annexe IV ; il ne sera valable pour l'exportation que pour une période de six mois à compter de la date de délivrance. Tout permis ou certificat se réfère au titre de la présente Convention ; il contient le nom et le cachet de l'organe de gestion qui l'a délivré et un numéro de contrôle attribué par l'organe de gestion.

Un permis ou un certificat distinct est requis pour chaque expédition de spécimens. Le cas échéant, un organe de gestion de l'État d'importation de tout spécimen conserve et annule le permis d'exportation ou le certificat de réexportation et tout permis d'importation correspondant présentés lors de l'importation dudit spécimen. Lorsque cela est réalisable, un organe de gestion peut apposer une marque sur un spécimen pour en permettre l'identification. À ces fins, le terme « marque » désigne toute empreinte indélébile, plomb ou autre moyen approprié permettant d'identifier un spécimen et conçu de manière à rendre toute contrefaçon aussi difficile que possible.

608. Les stipulations claires de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage ne font obstacle à l'adoption ni de mesures internes plus strictes ni de mesures tendant à la réglementation du commerce d'espèces auxquelles elle ne s'applique pas.

Ainsi, l'arrêté du 15 mai 1986 relatif à la protection des reptiles et amphibiens représentés

dans le département de la Guyane fut édicté. En effet, aux termes de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1976, « [l]orsqu'un intérêt scientifique particulier ou que la nécessité de la préservation du patrimoine biologique national justifient la conservation d'espèces animales non domestiques, sont interdits la destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur mise en vente, leur vente ou leur achat ».

L'arrêté qui définit limitativement les espèces concernées ainsi que celles des interdictions prévues par la loi qui leur sont applicables doit être rédigé avec une précision suffisante⁶⁴¹.

II. La saisie de l'instrument et du produit de l'infraction : la mise en fourrière et la confiscation.

609. Afin d'apporter la sanction que les violeurs du pacte social méritent, la force publique bénéficie de pouvoirs juridiques de contrainte propres à réaliser ses missions qui visent à assurer le bonheur public. À cet effet, les membres de la force publique sont donc habilités à procéder à la mise en fourrière d'un véhicule, mesure qui relève de la police judiciaire (**§1**). De plus, la force publique peut opérer des saisies et des confiscations, lesquelles obéissent à un régime juridique propre (**§2**).

§ 1. La mise en fourrière d'un véhicule : une mesure de police judiciaire.

610. Pour ce qui concerne la mise en fourrière d'un véhicule terrestre à moteur, il convient de relever que, dans le cadre de la distinction essentielle entre la police administrative et la police judiciaire, l'infraction déterminée peut être constituée par la commission de faits qui ne sont en rien délictueux. Ainsi, une voiture se trouvait être en stationnement régulier. Croyant à un stationnement

⁶⁴¹ Conseil d'État, 3 / 5 SSR, 8 juin 1990, « Société DACO c. ministre de l'Agriculture et de la Forêt et secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé de l'environnement », N° 82154, inédit au recueil Lebon, Schneider, rapporteur, Pochard, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

Aux termes de l'article 4 de la loi susvisée, un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles est fixée la liste limitative des espèces animales non domestiques ainsi protégées. Sur le fondement de l'article 1er du décret du 25 novembre 1977, la liste prévue à l'article 4 de la loi du 20 juillet 1976 est établie par arrêtés conjoints du ministre chargé de la protection de la nature et, soit du ministre de l'Agriculture, soit, lorsqu'il s'agit d'espèces marines, du ministre chargé des pêches maritimes.

La Société DACO introduisit une demande qui tendait à l'annulation de l'arrêté, en date du 15 mai 1986, fixant sur tout ou partie du territoire national des mesures de protection des reptiles et amphibiens représentés dans le département de la Guyane. La requête fut rejetée, la juridiction administrative suprême considérant que l'arrêté attaqué était rédigé avec une précision suffisante.

irrégulier, une autorité de police prescrit l'enlèvement et la mise en fourrière du véhicule. En l'espèce, l'opération pratiquée doit être qualifiée d'opération de police judiciaire, parce que l'autorité de police a cru à l'existence d'une infraction et cette autorité a eu l'intention de la réprimer⁶⁴². En conséquence, relèvent des tribunaux judiciaires les actions exercées contre l'État en réparation des dégâts causés aux véhicules au cours de son enlèvement ou des conséquences dommageables qui ont pu résulter de la privation de l'usage du véhicule. De cette manière, la mise en fourrière de véhicules terrestres à moteur en infraction constitue un acte de police judiciaire (voir, l'arrêt du Conseil d'État, 14 mai 1982, « Mme Oddas »⁶⁴³).

611. Il est intéressant de relever qu'en matière de mise en fourrière des véhicules, l'on peut se trouver dans des cas de cumuls et de changements de nature des opérations de police. Ainsi, l'opération d'enlèvement et de mise en fourrière d'un véhicule est réalisée en raison de l'infraction, que celle-ci soit réelle ou supposée aux règles de stationnement édictées par le Code de la route. L'opération relève comme nous l'avons vu plus haut de la police judiciaire, mais seulement jusqu'à sa mise en fourrière. Une fois la mise en fourrière réalisée, l'on passe dans le domaine de la police administrative. Aussi, en cas de dégâts causés aux véhicules, il conviendra de distinguer, en vue de déterminer la juridiction compétente, selon que ces dommages sont survenus avant ou après le dépôt en fourrière ainsi que cela apparaît dans l'arrêt « Ferran » (précité). De plus, il conviendra de s'interroger si les dommages ont été causés tant avant qu'après la mise en fourrière, et en ce cas, la victime devra-t-elle entamer deux procédures distinctes ?

612. Relève ainsi de la juridiction judiciaire l'ensemble d'un litige relatif à une décision de mise en fourrière, laquelle a le caractère d'une opération de police judiciaire : s'agissant d'un arrêté municipal ordonnant la mise en fourrière d'un véhicule à la suite d'une décision du maire classant le

⁶⁴² Voir en ce sens, Conseil d'État, 18 mai 1981, « Consorts Ferran », *Recueil* page 148 et voir *Dalloz* 1980, informations rapides, page 283.

⁶⁴³ *Revue Droit Administratif*, 1982, numéro 229 ; voir également, Conseil d'État, 13 janvier 1992, « Grasset », page 16, *Dalloz* 1993, SC, page 149, observations Pierre BON et Philippe TERNEYRE ; *Revue du droit public* 1992, voir page 470 note J.-M. AUBY. Voir aussi, Cour administrative d'appel de Nancy, 1^{ère} Chambre, 9 octobre 1997, « M. X... Fernand », N° 96NC02736, inédit au recueil Lebon ; M. BATHIE, rapporteur ; M. VINCENT, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

La mise en fourrière d'un véhicule, prescrite en exécution des articles L. 25 et suivants du Code de la route et dans les conditions prévues par les articles R. 285 et suivants de ce code, a le caractère d'une opération de police judiciaire. L'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître des irrégularités dont serait entachée la mise en fourrière et notamment celles se rapportant à la réalité de l'infraction qui l'a motivée. La juridiction administrative ne serait compétente que dans la mesure où le requérant solliciterait la réparation d'un préjudice imputable à l'administration et dissociable de la mission de police judiciaire qu'elle a ainsi accomplie.

Les griefs de M. X... portant uniquement sur la réalité de l'infraction qui lui est reprochée et sur la nécessité d'une mise en fourrière de son véhicule, l'action introduite sur ce fondement relevait de la compétence des seuls tribunaux judiciaires comme l'a, à bon droit, estimé le tribunal administratif.

véhicule dans la catégorie des épaves, ce dernier ayant refusé de restituer le véhicule et ayant signifié à son propriétaire qu'il sera détruit⁶⁴⁴.

613. Il convient de préciser que le juge administratif est compétent pour connaître d'une action en responsabilité engagée pour obtenir l'indemnisation du préjudice causé par la destruction, en application du dernier alinéa de l'article L. 25-3 du Code de la route, d'un véhicule mis en fourrière⁶⁴⁵.

614. Cependant, la mise en fourrière d'un véhicule en application des dispositions des articles L. 25 et R. 284 du Code de la route a le caractère d'une opération de police judiciaire dont il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de connaître. Par suite, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître d'une demande tendant à la restitution d'un véhicule mis en fourrière en application de ces dispositions⁶⁴⁶.

La mise en fourrière d'un véhicule, prescrite en exécution des articles L. 25 et suivants du Code de la route, a donc bien le caractère d'une opération de police judiciaire. En conséquence, les décisions prises par les services de police, à la suite de la constatation d'une infraction, de procéder à l'enlèvement du véhicule et à sa mise en « pré-fourrière » ou en fourrière, ne sont pas susceptibles d'être déférées au juge de la légalité⁶⁴⁷.

615. Il convient de préciser que les citoyens ressortissants d'un État peuvent contester les décisions administratives par la saisine des juridictions compétentes. En outre, en fonction de l'organisation étatique, les citoyens lésés par l'action de la force publique peuvent saisir l'Inspection

⁶⁴⁴ Conseil d'État, (5/3 SSR), 12 avril 1995, « Mme Mireille X. c. le maire de la ville de Lyon », N° 125153, publié au *recueil Lebon* ; Mme Bauchet, président, M. Boucher, rapporteur, M. Daël, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

⁶⁴⁵ Conseil d'État, (5/3 SSR), 13 janvier 1992, « M. Victor X... », N° 116218, publié au *recueil Lebon* ; Mme Bauchet, président, M. Salat-Baroux, rapporteur, M. Tabuteau, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

⁶⁴⁶ Conseil d'État, (5/3 SSR), 13 janvier 1992, « M. Victor X... », N° 116218, publié au *recueil Lebon* ; Mme Bauchet, président, M. Salat-Baroux, rapporteur, M. Tabuteau, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance. Voir également, Conseil d'État, 12 avril 1995 « Mme Knudsen » (n° 125153). La demande de Mme Knudsen tendait à l'annulation d'un arrêté du 23 décembre 1988 par lequel le maire de la ville de Lyon a ordonné, en application des articles L. 25 et R. 284 du Code de la route, la mise en fourrière du véhicule Peugeot 403 (immatriculé 3111 HQ 69) de Mme Knudsen et dont le jugement attaqué reconnaît que la juridiction administrative est incompétente pour en connaître. Cette demande tendait également à l'annulation des décisions des 22 février 1989, 10 juillet 1989 et 19 février 1990, par lesquelles le maire de Lyon a, respectivement, classé le véhicule de Mme Knudsen dans la catégorie des épaves, refusé de restituer ledit véhicule et signifié à sa propriétaire que, faute pour elle de désigner un expert dans les huit jours, il serait détruit en vertu de l'article R. 290 du Code de la route. Le tribunal administratif l'a rejetée comme non fondée.

L'ensemble de ce litige qui est relatif à une décision de mise en fourrière, laquelle a le caractère d'une opération de police judiciaire et à des décisions qui ne sont pas dissociables d'une telle opération, ne ressortit pas à la juridiction administrative.

⁶⁴⁷ Conseil d'État, (6/2 SSR), 11 décembre 1987, « M. Daniel X... », N° 77962, inédit au *recueil Lebon* ; Costa, rapporteur, E. Guillaume, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

générale de la police. De cette manière, au **Grand-Duché de Luxembourg**, les citoyens ont la possibilité de saisir l'Inspection générale de la police grand-ducale pour se plaindre des agissements de fonctionnaires de police. Ainsi, en va-t-il en matière de mise en fourrière des véhicules terrestres à moteur.

Concernant les frais de garde de mise en fourrière, un citoyen s'était plaint auprès de l'IGP de la mise en fourrière de son véhicule. Il l'avait garé devant un garage, fait non démenti, mais conteste le caractère superflu de l'enlèvement de la voiture et le paiement de différents frais vu qu'il prétend avoir discuté avec les policiers présents au moment de l'enlèvement et leur avoir demandé d'arrêter l'opération en cours. Lors d'une telle situation, il faut distinguer entre l'avertissement taxé, les frais d'enlèvement et les frais de garde. Lorsque le conducteur du véhicule se rend auprès des policiers présents sur les lieux pour déplacer son véhicule, les procédures internes à la Police prévoient que l'opération d'enlèvement est alors à arrêter et seuls l'avertissement taxé et les frais d'enlèvement sont à acquitter, même lorsque le dépanneur est déjà en route mais non encore arrivé sur place. Dans une telle situation, les frais de garde ne sont pas à encaisser.

Concernant les frais d'enlèvement, il est intéressant de savoir qu'en application du règlement grand-ducal du 27 septembre 2004 relatif aux avertissements taxés, aux consignations pour contrevenants non-résidents ainsi qu'aux mesures d'exécution de la législation en matière de mise en fourrière des véhicules et en matière de permis à points, la taxe d'enlèvement de 190 euro est majorée de 24 euro pour chaque enlèvement entre 18 h et 08 h. Cette somme ne fait pas partie des frais de garde.

Quant à ces derniers frais, le même règlement grand-ducal prévoit, pour les véhicules ayant une masse maximale autorisée inférieure ou égale à 3.500 kg, la somme de 20 euro par période (de 12 heures, de 00:00 à 12:00 heures et de 12:00 à 24:00 heures), à compter de la réception du véhicule dans la fourrière. Toute période entamée est mise en compte comme période entière.

616. En matière d'immobilisation de véhicules, il convient également de viser la police de la circulation des aéronefs. Ainsi, l'article R. 133-15 du Code de l'aviation civile prévoit les pouvoirs dont jouit le ministre chargé de l'aviation civile. Celui-ci dispose de prérogatives qui peuvent entraîner l'immobilisation d'un aéronef. « Lorsqu'il immobilise un aéronef jusqu'à l'élimination du risque en application de l'article L. 133-3, le ministre chargé de l'aviation civile informe immédiatement les autorités compétentes de l'État dont relève l'exploitant et celles de l'État d'immatriculation de l'aéronef.

Le ministre chargé de l'aviation civile, lorsqu'il immobilise un aéronef, peut prescrire, en coordination avec l'État dont relève l'exploitant ou avec l'État d'immatriculation de l'aéronef, les

conditions dans lesquelles l'aéronef peut être autorisé à voler jusqu'à un aéroport dans lequel les anomalies pourront être rectifiées. Si les anomalies affectent la validité du certificat de navigabilité de l'aéronef, l'immobilisation ne peut être levée que si l'exploitant obtient la permission de l'État ou des États qui seront survolés lors du vol ».

617. Enfin, l'autorité municipale dans l'exercice de ses pouvoirs de police peut se rendre coupable en matière de mise en fourrière et de destruction de véhicules terrestres à moteur de voies de fait à l'encontre des usagers du domaine public routier⁶⁴⁸. Ainsi, selon le dernier alinéa de l'article L. 25 du Code de la route, les véhicules laissés en stationnement en un même point de la voie publique ou de ses dépendances pendant une durée excédant sept jours consécutifs peuvent être mis en fourrière. Il résulte de l'article L. 25-3 du même code que ne peuvent être livrés à la destruction que les véhicules laissés en fourrière et réputés abandonnés à l'expiration des délais prévus à ce texte.

Sur réquisition du maire de Viry-Châtillon, le véhicule automobile appartenant à M. B., et qui avait été laissé en stationnement pendant plus de sept jours consécutifs, à l'angle de deux rues, a été enlevé et détruit le même jour par les services municipaux de cette ville. En faisant procéder ainsi, en méconnaissance des règles édictées par les textes précités et en dehors de toute urgence, à la destruction du véhicule de M. B., la commune a commis une voie de fait. Les juridictions de l'ordre judiciaire sont, dès lors, seules compétentes pour statuer sur la réparation du préjudice qui a pu être causé à M. B. du fait de cette destruction.

618. S'agissant des destructions de biens meubles ayant fait l'objet d'une saisie, il convient aussi d'évoquer le cas des échantillons prélevés par le service des douanes. Ainsi, le jugement qui déclare faite à l'intérieur une saisie d'abord considérée comme faite dans le rayon, et ordonne en conséquence que des échantillons seront prélevés pour être soumis à l'examen d'un jury, ne fait en cela que reconnaître un droit créé en faveur de l'administration par la loi elle-même, qui prescrit formellement, pour ce cas, le prélèvement des échantillons (Loi du 28 avril 1816, en son article 60).

En conséquence, ce prélèvement peut être fait par l'administration pendant le délai de l'appel dont le jugement a été frappé, et sans qu'on puisse lui opposer que cet appel tient en suspens le sort de la saisie⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Tribunal des conflits, 4 novembre 1991 « M. X... c. commune de Viry-Châtillon », N° 02666, mentionné dans les tables du *recueil Lebon* ; Mme Bauchet, président ; M. Charruault, rapporteur ; M. Abraham, commissaire du gouvernement.

⁶⁴⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 février 1841, « Douanes C. Vuez et autres », *Recueil SIREY* 1841, Tome XLI—10ème Cahier, 1ère partie, Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 785-786. — Prés., M. de Bastard. — Rapp., M. Romiguières.—Concl., M. Hello, av. gén.—Pl, M. Godard.

619. De nos jours, il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires, auxquels l'article 357 bis du Code des douanes attribue le jugement des contestations concernant le paiement ou le remboursement des droits et des autres affaires de douanes n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives, de connaître des litiges résultant de la détérioration ou de la disparition des matériels saisis en douane⁶⁵⁰.

620. En vertu des dispositions du chapitre III du titre XII du Code des douanes, et notamment de l'article 357 bis, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour connaître des contestations concernant la répression des infractions douanières. A trait, ainsi, à la répression d'une infraction douanière, la demande de dommages-intérêts au titre de la diminution de valeur de pièces d'or pendant la période d'indisponibilité consécutive à une saisie douanière suivie d'une plainte de l'administration ayant abouti à la relaxe de l'intéressé⁶⁵¹.

621. Il convient d'évoquer ici une affaire intéressante concernant une demande d'indemnité comme suite à l'arraisonnement d'un navire langoustier et à la saisie irrégulière de ses casiers dans les eaux territoriales de l'île St-Paul [Terres Australes]⁶⁵². Les officiers de la Marine Nationale sont chargés de faire respecter les dispositions de la loi n° 66-400 du 18 juin 1966 sur l'exercice de la pêche maritime et l'exploitation des produits de la mer dans les Terres Australes et Antarctiques françaises. Le langoustier « Maria Martina » a été surpris par l'avis « Commandant Henry » dans les eaux territoriales de l'île St Paul, en période de pêche interdite et alors que ledit langoustier ne possédait pas l'autorisation de pêche requise. Compte tenu des précédentes campagnes de pêche, il existait de très fortes présomptions d'intentions de pêche frauduleuse de la part du patron pêcheur Le Gall, capitaine du langoustier, et les bâtiments de l'État avaient été invités à exercer une surveillance sur l'exercice de la pêche dans ces régions. C'est dans cette circonstance que le commandant de l'avis, sans avoir en fait constaté d'infraction, et sans dresser procès-verbal, a saisi les casiers à langouste, avisé le patron-pêcheur qu'ils seraient déposés à la Réunion et l'a invité à venir les y reprendre.

Le Tribunal a estimé que les interventions critiquées, y compris la saisie des casiers, relevaient de la police administrative et que la saisie des casiers, bien qu'irrégulière, n'avait pas constitué une « voie de fait ». En l'absence de faute lourde et l'existence d'un préjudice certain

⁶⁵⁰ Tribunal des conflits, 27 février 1995 « Pierre X... et Jean-Pierre Y... c. direction régionale des douanes de Bayonne », n° 02925, publié au *recueil Lebon* ; M. Lemontey, président, M. Rougevin-Baville, rapporteur, M. de Caigny, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

⁶⁵¹ Tribunal des conflits, 24 octobre 1994, « M. X... c. ministre du Budget », n° 02934, mentionné aux tables du *recueil Lebon* ; M. Lemontey, président, M. Chartier, rapporteur, M. Ph. Martin, commissaire du gouvernement.

⁶⁵² Tribunal administratif de Paris, 3 avril 1979, requête N° 01522, inédit au *recueil Lebon* ; M. Hauss, président; M. Mathias, rapporteur ; M. Heliot, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

n'étant, au surplus, pas établie, la responsabilité de l'État n'était pas engagée.

§ 2. Les saisies et les confiscations.

622. La force publique dispose de pouvoirs juridiques de contrainte nécessaire à l'accomplissement des missions cardinales qui lui sont assignées. De cette manière, les membres de la force publique sont habilités à réaliser la saisie du bien dont la détention constitue une infraction déterminée par la loi. Selon le type de bien envisagé et eu égard à l'atteinte au droit de propriété, ces saisies sont encadrées juridictionnellement (**A**). Il convient de faire la distinction entre deux notions : la saisie et la confiscation. Ainsi, la confiscation générale constitue une peine complémentaire facultative qui s'attache à certaines condamnations criminelles et qui consiste dans la mainmise de l'État sur les biens du condamné. Un régime juridique propre s'applique à la confiscation (**B**).

A. Les saisies.

623. Le cas des saisies postales. Les receveurs des postes sont tenus de déférer à toutes réquisitions ayant pour objet soit la saisie de correspondance, soit la communication de pièces, registre, etc. émanant d'un Procureur de la République ou de son substitut et de tous officiers de police judiciaire (sur le fondement du Code de procédure pénale, en ses articles 55 et 56). L'enquêteur procédera à ces saisies dans des affaires d'une importance toute particulière à l'instar du rapt de mineurs, de prise d'otages et après en avoir référé au parquet.

1) L'encadrement juridictionnel des saisies.

624. Les saisies opérées par la force publique constituent une sanction de l'auteur de l'infraction. Le droit de propriété étant en jeu, il convient que le contrôle des saisies soit effectué par la juridiction judiciaire (**b**). Dans le domaine des armes à feu, le droit peut prévoir une saisie préventive au regard de la dangerosité des armes (**a**).

a) L'examen de la constitutionnalité des saisies préventives d'armes.

625. S'agissant des actes de police, la force publique possède un titre légal de contrainte dans les cas d'exécution d'office légalement possibles dans le cas où elle est autorisée par la loi. La coercition étatique qui relève du pouvoir exécutif est logiquement exercée en propre par la force publique dans le respect des règles posées par la loi et sous le contrôle du juge administratif ou judiciaire. On peut ici évoquer les articles 18 et 19 du décret-loi du 18 avril 1939 aménageant une saisie d'armes à feu par l'autorité administrative⁶⁵³.

626. De surcroît, le législateur a conféré ce pouvoir de contrainte à la force publique en vue de retirer « toute arme de la première à la quatrième catégorie appartenant à une personne traitée dans un hôpital psychiatrique. » (Décret-loi du 18 avril 1939 en son article 19). Il s'agit de neutraliser le risque créé par une personne actuellement traitée dans un établissement psychiatrique. Ces saisies que l'on peut qualifier de préventives voient leur mise en œuvre protégée par un délit, rare au sein du droit français à savoir le délit d'opposition à fonction qui tend à réprimer toute personne qui, « aura tenté de mettre obstacle ou mis obstacle à ces saisies » (article 30 du décret-loi du 18 avril 1939). La finalité de ces saisies indique qu'elles entrent dans la notion d'exécution d'office. Celles-ci constituent donc des applications du droit de la contrainte.

627. Dans le domaine de la police administrative, et plus particulièrement de la police spéciale du port et de la détention d'armes, les dispositions de l'article L. 2336-5 du Code de la défense relatives au dessaisissement d'une arme présentent un caractère sérieux pour poser une question prioritaire de constitutionnalité s'agissant de la méconnaissance de l'article 17 de la DDHC⁶⁵⁴. Les dispositions de l'article L. 2336-5 du Code de la défense⁶⁵⁵ permettent au préfet, pour des raisons d'ordre public

⁶⁵³ On relèvera également que la confiscation des armes de chasse doit être prononcée aussi bien lorsque le délit a été commis dans les temps de prohibition momentanée de la chasse, tels qu'en temps de neige, que lorsque le délit a été commis en temps de prohibition générale, c'est-à-dire après la clôture de la chasse.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 3 juillet 1845 « LAVRARD » publié au *recueil SIREY* 1845 2. 773-774.

⁶⁵⁴ Conseil d'État, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 17 octobre 2011, « M. Jean-Claude G. c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration », 351402. Mentionné aux tables du *recueil Lebon* ; et, numéro NOR : CETATEXT000024698735.

⁶⁵⁵ Aux termes de l'article L. 2336-5 du Code de la défense : « le préfet peut, pour des raisons d'ordre public ou de sécurité des personnes, ordonner à tout détenteur d'une arme soumise au régime de l'autorisation ou de la déclaration de s'en dessaisir./ Le dessaisissement consiste soit à vendre l'arme à une personne mentionnée à l'article L. 2332-1 ou à un tiers remplissant les conditions légales d'acquisition et de détention, soit à la neutraliser, soit à la remettre à l'État. Un décret en Conseil d'État détermine les modalités du dessaisissement./ Lorsque l'intéressé ne s'est pas dessaisi de l'arme dans le délai fixé par le préfet, celui-ci lui ordonne de la remettre, ainsi que ses munitions, aux services de police ou de gendarmerie./ Le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie peut demander au juge des libertés et de la détention l'autorisation

ou de sécurité des personnes, d'ordonner à tout détenteur d'une arme soumise au régime de l'autorisation ou de la déclaration de s'en dessaisir. Ce dessaisissement, qui peut consister en une neutralisation ou une remise de l'arme et de ses munitions aux services de l'État, au besoin par voie de saisie, ne donne lieu à aucune indemnisation. Le moyen tiré de ces dispositions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, notamment, au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, soulève une question présentant un caractère sérieux. Aussi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) invoquée.

628. Il résulte des dispositions de l'article 23-4 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsqu'une juridiction relevant du Conseil d'État a transmis à ce dernier, en application de l'article 23-2 de cette même ordonnance, la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

629. Ces dispositions, qui permettent à l'autorité administrative de faire procéder à la remise ou à la saisie d'armes et de munitions, sans indemnisation préalable de leur propriétaire, sont applicables au litige. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, notamment, au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, soulève une question présentant un caractère sérieux.

Il y a donc lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée. La question de la conformité à la Constitution de l'article L. 2336-5 du Code de la défense est renvoyée au Conseil constitutionnel.

630. Le Conseil constitutionnel saisi le 17 octobre 2011 par le Conseil d'État, dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Jean-Claude G., s'est prononcé sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 2336-5 du Code de la défense⁶⁵⁶.

de procéder à la saisie de l'arme et des munitions, entre 6 heures et 22 heures, au domicile du détenteur. (...)/ (...)./ La remise ou la saisie des armes et des munitions ne donne lieu à aucune indemnisation. (...) »

⁶⁵⁶ Décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, QPC « M. Jean-Claude G. » [Procédure de dessaisissement d'armes] *Recueil*, p. 81 et *JORF* du 18 janvier 2012, p. 1014.

631. Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle. La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». En l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. (Considérant 4).

632. La détention de certaines armes et munitions est soumise à un régime administratif de déclaration ou d'autorisation en raison du risque d'atteintes à l'ordre public ou à la sécurité des personnes. Afin de prévenir de telles atteintes, les dispositions contestées instituent une procédure de « dessaisissement » obligatoire consistant pour le détenteur, soit à vendre son arme dans les conditions légales, soit à la remettre à l'État, soit à la neutraliser. À défaut d'un tel « dessaisissement », les dispositions contestées prévoient une procédure de saisie. Dès lors, cette remise volontaire ou cette saisie n'entre pas dans le champ de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Par les dispositions contestées, le législateur a entendu assurer la prévention des atteintes à l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Le « dessaisissement » ne peut être ordonné par le préfet que pour des raisons d'ordre public ou de sécurité des personnes et après une procédure qui, sauf urgence, est contradictoire. Sa décision peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative. Une procédure de saisie est engagée sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention uniquement lorsque l'intéressé ne s'est pas « dessaisi » de son arme dans les conditions précitées. Compte tenu de ces garanties de fond et de procédure, le Conseil constitutionnel estime que l'atteinte portée au droit de propriété par les dispositions en cause n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit. Aussi, les Sages du Palais Royal concluent à la conformité à la Constitution de l'article L. 2336-5 du Code de la défense.

633. En **Zambie**, l'officier de police ou une autre personne qui opère une arrestation doit prendre sur la personne arrêtée toute arme offensive qui se trouve en possession de la personne et devra donner toutes les armes saisies à une cour de justice ou à l'officier (Article 25 du Code de procédure criminelle. Criminal Procedure Act (Cap 88)).

634. On relèvera également que le Conseil constitutionnel, suivi par la Cour de Cassation (Cour de Cassation, chambre mixte, 15 décembre 1988) exige que le juge judiciaire opère un contrôle effectif durant l'entier déroulement d'une mesure portant atteinte à la liberté individuelle, tel que les perquisitions, une visite domiciliaire ou une saisie⁶⁵⁷. Ceci suppose une autorisation du juge ou au moins une information préalable du parquet pour les visites « consenties » : décision numéro 90-281 DC du 27 décembre 1990. Le Conseil constitutionnel souligne en ce sens que la loi satisfait aux exigences posées par l'article 66 de la Constitution si elle prévoit premièrement, que le magistrat du siège habilité à donner l'autorisation de procéder à la visite ne peut le faire que sur une ordonnance spécialement rendue ; deuxièmement, si elle prévoit que ce magistrat doit contrôler la nature des vérifications requises ; troisièmement, si elle prévoit que la visite se déroule en présence d'un officier de police judiciaire ; et enfin, si elle prévoit que ce magistrat peut à tout moment mettre fin à la visite, ce qui implique qu'il en garde le contrôle (décision numéro 83-164 DC du 29 décembre 1984, précitée, décision commentée aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, numéro 32 et décision numéro 84-181 DC commentée aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, numéro 34). Toutefois, dès lors qu'une visite est consentie par la personne intéressée, cette visite peut-être opérée par un agent de police judiciaire et, donc, non pas par un officier de police judiciaire.

635. La persistance de la jurisprudence administrative, au XIXe siècle, à consacrer sa propre compétence dans les questions où la responsabilité de l'État est mise en jeu, paraît avoir exercé une influence sur la Cour de Cassation. Elle a, dans plusieurs arrêts, abandonné le système qu'elle avait initialement soutenu ; sa doctrine se rapproche ainsi de celle préconisée par le Tribunal des conflits.

Ainsi, la Cour de Cassation a estimé qu'il appartient à l'autorité administrative de rechercher si les agents de l'administration ont agi dans la limite des instructions qu'ils ont reçues et si l'État peut être responsable des fautes commises dans un service public par ses employés et fonctionnaires (Cour de Cassation, 4 avril 1876, « Contributions indirectes », *D.* 77. I. 69 ; Cour de Cassation, 13 juin 1876, « Contributions indirectes », *D.* 77. I. 69).

⁶⁵⁷ Décision numéro 90-281 DC, en date du 27 décembre 1990, *RFDC* 1991, p. 118, note RENOUX (Thierry).

b) Le contrôle des saisies par la juridiction judiciaire.

636. Il convient de mettre en lumière la jurisprudence de la Cour de Cassation relative aux saisies illégales qui peuvent être opérées par une administration publique (en l'occurrence, l'administration des contributions indirectes). Dans une affaire où la régie des contributions directes était actionnée en dommages-intérêts comme responsable du fait d'agents qui avaient pratiqué une saisie illégale, la Cour de cassation a persévéré dans l'ancienne jurisprudence en déclarant que les règles de responsabilité écrites dans les articles 1382 à 1384 du Code civil, sont générales et s'appliquent aux administrations publiques à moins qu'il n'y ait été dérogé par des lois spéciales ; et, par suite, la question de savoir si ces administrations sont responsables, appartient aux tribunaux judiciaires (Cour de Cassation, 14 août 1877 « Contributions indirectes », *recueil Sirey* 78. I. 109).

Les préposés des douanes ne peuvent s'introduire dans une maison qu'avec l'agent municipal ou l'officier qui le remplace. Toute saisie que font ces préposés dans les maisons, est nulle, s'ils n'ont pas été dûment assistés⁶⁵⁸. Une indemnité pour saisie illégale est due, non seulement au propriétaire de la marchandise, mais encore au propriétaire du navire ou de la voiture, pour raison ou de détention ou de privation instantanée de leur chose⁶⁵⁹.

637. De nos jours, en matière de saisie, le juge d'instruction est compétent pour ordonner la destruction d'un bien meuble. Selon l'article 99-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale, le juge d'instruction peut ordonner la destruction des biens meubles placés sous main de justice dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, lorsqu'il s'agit d'objets qualifiés par la loi de dangereux ou de nuisibles, ou dont la détention est illicite.

Fait ainsi l'exacte application de ce texte, l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction prescrivant la destruction de vêtements présentés sous une marque contrefaite, à l'exception d'échantillons représentatifs de tous les lots saisis, énonce, notamment, que la détention de ces marchandises, dont la commercialisation a été interdite par une décision judiciaire irrévocable, est nécessairement illicite, et retient que la destruction ordonnée n'est de nature ni à empêcher la manifestation de la vérité ni à faire obstacle aux droits des parties,

⁶⁵⁸ Cour de cassation, Section civile, 12 prairial an X, (Pourvoi de la Régie), *Recueil SIREY* 1801, tome II, (AN X. — 1801 et 1802.) 1ère Partie. Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 289-291.

⁶⁵⁹ Cour de Cassation, Section civile, 3 messidor an XI, *Recueil SIREY* 1804, tome IV, (AN XII. — 1804.), 1ère Partie. Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 19-20.

et relève que cette destruction est de nature à limiter le coût des frais de justice lié à la conservation des effets saisis⁶⁶⁰.

638. Dans le domaine de la confiscation, des dispositions spécifiques à certaines marchandises ou prestations peuvent imposer l'application de la maxime *non bis in idem*. Si la confiscation ne peut porter qu'une seule fois sur la même marchandise de fraude, c'est à la condition que les marchandises saisies, prises dans leur état lors de la constatation de chaque infraction, soient identiques. Justifie, de cette manière, sa décision, la cour d'appel qui, après avoir relevé que le prévenu avait été condamné, sur l'action publique, des chefs de tromperie et usurpation d'appellation d'origine, le déclare coupable de revendication abusive d'appellation d'origine contrôlée, dès lors que l'action fiscale, exercée en application de l'article 1804 du Code général des impôts, est distincte dans ses éléments et les intérêts qu'elle protège de l'action publique⁶⁶¹.

639. En outre, en matière de saisie, et plus particulièrement des procédures relatives à la régularité des procès-verbaux, il convient de relever que la nullité du procès-verbal de saisie ne fait pas obstacle à la confiscation des boissons saisies, s'il est établi par l'instruction, et indépendamment du procès-verbal qui a été annulé, que la contravention a une cause antérieure à la saisie déclarée nulle pour défaut de constitution du gardien⁶⁶². (Décret du 1er germinal an XIII, article 34, paragraphe deux). Ainsi, en est-il, lorsqu'il est reconnu, d'après une audience et les témoins, qu'un manquant en alcool provenait du vice de construction d'un wagon-réservoir, vice laissant supposer plein le wagon où existait encore un certain vide.

640. Les fonctionnaires des douanes sont, par essence, amenés à effectuer des saisies. Force publique économique par sa nature, les douanes participent au respect des lois et règlements de nature économique d'un État. Aussi, sont-ils amenés à saisir les marchandises importées de manière prohibée ainsi que les instruments qui ont servi à la commission de l'infraction. Toutefois, les douanes agissent fort heureusement au sein de l'État de droit ; elles doivent ainsi respecter les procédures déterminées par le droit. En cas de manquement à ces procédures, lesquelles constituent des garanties de la liberté des citoyens de l'État, les fonctionnaires des douanes peuvent voir engager leur responsabilité, notamment sur le terrain de la voie de fait.

⁶⁶⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 11 février 2009, N° de pourvoi : 08-83516, Rejet ; *Bulletin criminel* 2009, N° 35.

⁶⁶¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 15 décembre 2010, N° de pourvoi : 09-88235, Rejet ; M. Louvel, président, Mme Moreau, conseiller rapporteur, Mme Magliano, avocat général ; *Bulletin criminel* 2010, n° 205.

⁶⁶² Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 mai 1899 « LAIR contre Administration des contributions indirectes », publié au *recueil SIREY* 1900 1. 536.

641. La douane se compose de diverses formations et en particulier de la formation maritime (les douanes maritimes). Agissant en milieu marin, les douanes sont assistées par la Marine nationale laquelle constitue la force publique maritime par excellence. En outre, la Marine nationale est amenée à faire exécuter les lois et règlements de nature économique (notamment, en l'occurrence, les lois et règlements concernant les pêches). À l'instar de tous les fonctionnaires de l'État, les militaires de la Marine nationale sont tenus au respect du droit. Aussi, a été jugé de manière critiquable qu'une saisie de casier de langoustes sans respecter les procédures prévues ne constituait pas une voie de fait. En l'espèce, les officiers de la Marine Nationale étaient chargés de faire respecter les dispositions de la loi n° 66-400 du 18 juin 1966 sur l'exercice de la pêche maritime et l'exploitation des produits de la mer dans les Terres Australes et Antarctiques françaises. Le langoustier « Maria Martina » a été surpris par l'avis « Commandant Henry » dans les eaux territoriales de l'île St Paul, en période de pêche interdite et alors que ledit langoustier ne possédait pas l'autorisation de pêche requise. Compte tenu des précédentes campagnes de pêche, il existait de très fortes présomptions d'intentions de pêche frauduleuse de la part du patron pêcheur Le Gall, capitaine du langoustier, et les bâtiments de l'État avaient été invités à exercer une surveillance sur l'exercice de la pêche dans ces régions. C'est dans cette circonstance que le commandant de l'avis, sans avoir en fait constaté d'infraction, et sans dresser procès-verbal, a saisi les casiers à langouste, avisé le patron-pêcheur qu'ils seraient déposés à la Réunion et l'a invité à venir les y reprendre.

Le Tribunal administratif a estimé que les interventions critiquées, y compris la saisie des casiers, relevaient de la police administrative. La saisie des casiers, bien qu'irrégulière, n'avait pas constitué une « voie de fait ». En l'absence de faute lourde et l'existence d'un préjudice certain n'étant, au surplus, pas établie, la responsabilité de l'État n'était pas engagée⁶⁶³.

642. En matière de contrebande (transport frauduleux d'alcool), et plus particulièrement pour ce qui concerne la saisie du véhicule utilisé pour cette infraction par les agents des contributions indirectes, la Cour de Cassation décida que l'article trois de la loi du 2 juin 1875 qui punit le transport en contrebande par voiture, a entendu punir le fait du contrebandier qui use pour exercer la fraude d'un véhicule dont il a la pleine maîtrise et la libre direction. Par suite, à supposer qu'un bateau à vapeur puisse être considéré comme une voiture, au sens de l'article trois de la loi du 2 juin 1875, on ne saurait voir le transport en contrebande par voiture réprimé par cet article dans le fait de l'individu qui a été trouvé porteur d'objets de contrebande sur un bateau faisant un service public et

⁶⁶³ Tribunal administratif de Paris, 3 avril 1979, N° 01522, inédit au *recueil Lebon*, M. Hauss, président, M. Mathias, rapporteur, M. Heliot, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

astreint à la surveillance des agents des douanes, lesquels peuvent visiter ce moyen de transport à chacune de ses stations⁶⁶⁴.

Il y a lieu en l'occurrence d'appliquer au prévenu non pas l'article trois de la loi du 2 juin 1875, et par suite, les articles 48 et 51 de la loi du 28 avril 1816 auxquels il se réfère, mais les articles 41 et suivants de cette dernière loi qui punissent l'importation frauduleuse d'objets prohibés ou tarifés (loi du 28 avril 1816, article 41 et suivants)⁶⁶⁵.

L'arrêt susvisé adopte pour ce qui concerne le transport en contrebande imputée au passager d'un bateau faisant un service régulier et astreint à chacune de ses stations à la surveillance et à la visite des agents des douanes, une solution identique à celle qu'ont consacrée deux arrêts de la Cour d'appel de Douai (Cour d'appel de Douai, 30 novembre 1896 et Cour d'appel de Douai, 19 décembre 1898, arrêts publiés au *recueil SIREY* 1900 2. 62).

643. De plus, les juges ne peuvent, pour valider la saisie de chevaux effectuée par les préposés des douanes et pour justifier une condamnation à l'amende, se borner à déclarer que les préposés ont relevé les pistes des chevaux depuis la frontière jusqu'au lieu où la saisie a été opérée. Les juges doivent constater que les agents ont vu la marchandise pénétrer et qui l'ont suivie sans interruption jusque dans la maison où ils effectuent la saisie et au moment où la marchandise est introduite. (Loi du 6-22 août 1791, Titre XIII, article 37 et suivants ; loi du 28 avril 1816, article 39, premier paragraphe)⁶⁶⁶.

2) La détermination prétorienne de la notion de contrebande : le critère de l'utilisation des routes légales d'importation.

644. Les marchandises transportées de l'étranger en France par la route légale conduisant au bureau d'entrée, ne peuvent être visitées par les agents qui exercent leur surveillance sur cette route, en avant du bureau, et celles-ci ne sont dès lors pas considérées comme importées par contrebande (loi du 6-22 août 1791, Titre II, articles 8 et 14, et Titre V, article quatre). Pour les

⁶⁶⁴ Cour de Cassation, chambre criminelle, 9 mars 1899 « Email INKERMANN contre Administration des contributions indirectes », publié au *recueil SIREY* 1900 1.432.

⁶⁶⁵ Cour d'appel de Chambéry, 1er février 1900 « MONTESSUIT et WIESGRILL », publié au *recueil SIREY* 1900 2. 108-109.

⁶⁶⁶ Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 avril 1900 « Bravé contre Administration des douanes », publié au *recueil SIREY* 1900 1. 421.

importations effectuées par les frontières de terre, la seule obligation imposée aux transporteurs est de conduire ces marchandises par un chemin direct au premier bureau c'est-à-dire au bureau d'entrée. La loi des douanes des 6-22 août 1791 n'a pas reproduit la disposition de l'Ordonnance du mois de février 1687 en son Titre III, article premier, qui considérait comme importations frauduleuses, la présentation de marchandises fortement taxées à un bureau non ouvert à leur importation⁶⁶⁷.

645. En matière de saisies et de confiscations opérées par la force publique, il convient de ne pas adopter une vision anhistorique. Ainsi, la puissance publique peut décider de déclarer tel ou tel État en situation de blocus. À titre d'exemple, l'on pourra se fonder sur le décret impérial du 21 novembre 1806 qui déclare les Iles britanniques, en état de blocus. Subséquemment, il échet aux Douanes impériales d'effectuer les saisies et confiscations des bâtiments qui, après avoir touché en Angleterre, entreront dans les ports de France (Décret impérial portant saisies et confiscation des bâtiments qui, après avoir touché en Angleterre, entreront dans les ports de France : décret du 23 novembre 1807).

646. De nos jours, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le principe des saisies. Celui-ci a considéré dans une décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, « Loi sur la réglementation des télécommunications » que les alinéas 3 à 6 de l'article L. 40 du Code des postes et télécommunications permettent à des officiers ou agents de police judiciaire ainsi qu'à des fonctionnaires habilités mentionnés au premier alinéa de cet article de procéder, dans les lieux définis au deuxième alinéa du même article, et sur autorisation judiciaire, à la saisie de matériel visé à l'article L. 34-9 du code susvisé.

Dans l'exercice d'une telle mission, les fonctionnaires habilités exercent des fonctions de police judiciaire et agissent d'ailleurs sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Leur intervention ne méconnaît en rien le principe de la séparation des pouvoirs. En outre, sont expressément prévues par la loi des modalités de mise en œuvre de la possibilité de saisie qui assurent la sauvegarde tant des droits de la défense que du respect dû au droit de propriété.

647. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 septembre 2010 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 4979 du 14 septembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Thibaut G., relative à la

⁶⁶⁷ Jugement du tribunal correctionnel de Vervins du 8 mars 1899 « Administration des douanes contre Benoît » publié au *recueil SIREY* 1900 2.214-216.

conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 131-21 du Code pénal⁶⁶⁸.

En l'occurrence, des poursuites avaient été engagées contre M. X... sur la présomption de dépassement de la vitesse maximale autorisée de 50 km/h ou plus par le conducteur d'un véhicule à moteur, contravention punie, notamment, par l'article R. 413-14-1, II, 4^e du Code de la route, de la confiscation du véhicule dont le prévenu s'est servi pour commettre l'infraction, s'il en est propriétaire.

648. Aux termes de l'article 131-21 du Code pénal, « [l]a peine complémentaire de confiscation est encourue dans les cas prévus par la loi ou le règlement. Elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse. »

649. La confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition.

Elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit.

650. La confiscation peut en outre porter sur tout bien meuble ou immeuble défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction. S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'a pu en justifier l'origine.

Lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.

651. La confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné. La peine complémentaire de confiscation s'applique dans les mêmes conditions à tous les droits

⁶⁶⁸ Décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, « M. Thibaut G. » [Confiscation de véhicules], Journal officiel du 27 novembre 2010, p. 21117 ; *Recueil* p. 334. L'on pourra se reporter à l'article de ROBERT (Jacques-Henri), « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », in *La Semaine juridique. Édition générale*, 2011, n° 1-2, pp. 33-37.

incorporels, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis. Lorsque la chose confisquée n'a pas été saisie ou ne peut être représentée, la confiscation est ordonnée en valeur. Pour le recouvrement de la somme représentative de la valeur de la chose confisquée, les dispositions relatives à la contrainte judiciaire sont applicables.

652. La chose confisquée est, sauf disposition particulière prévoyant sa destruction ou son attribution, dévolue à l'État, mais elle demeure grevée, à concurrence de sa valeur, des droits réels licitement constitués au profit de tiers. Lorsque la chose confisquée est un véhicule qui n'a pas été saisi ou mis en fourrière au cours de la procédure, le condamné doit, sur l'injonction qui lui en est faite par le ministère public, remettre ce véhicule au service ou à l'organisme chargé de sa destruction ou de son aliénation.

653. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». En vertu de son article 37, les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... ». L'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit.

654. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. (Considérant 4). L'article 131-21 du Code pénal prévoit l'existence d'une peine complémentaire applicable, en vertu de la loi, à certains crimes et délits et, en vertu du décret, à certaines contraventions. Le Conseil constitutionnel estime que l'existence d'une telle peine ne méconnaît pas, en elle-même, le principe de nécessité des peines.

655. S'agissant de la répression des contraventions, il appartient au pouvoir réglementaire, dans l'exercice de la compétence qu'il tient de l'article 37 de la Constitution et sous le contrôle des juridictions compétentes, de fixer, dans le respect des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789, les peines applicables aux contraventions qu'il définit. L'article 131-21 du Code pénal ne dispense aucunement le pouvoir réglementaire du respect de ces exigences. Le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour apprécier la conformité de l'article R. 413-14-1 du Code de la route à ces exigences.

656. En second lieu, la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 131-21 du Code pénal prévoit que la peine de confiscation des biens qui ont servi à commettre l'infraction ou qui en sont le produit direct ou indirect est encourue de plein droit en cas de crime ou de délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse. Son cinquième alinéa prévoit que la peine de confiscation des biens dont le condamné n'a pu justifier l'origine est également encourue en cas de crime ou de délit ayant procuré un profit direct ou indirect et puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Son septième alinéa prévoit la confiscation obligatoire des objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement ou dont la détention est illicite.

657. Eu égard aux conditions de gravité des infractions pour lesquelles elles sont applicables et aux biens qui peuvent en faire l'objet, le Conseil constitutionnel estime que les peines de confiscation ainsi instituées ne sont pas manifestement disproportionnées.

B. La confiscation.

658. La confiscation constitue une atteinte légale au patrimoine d'un individu ayant commis une infraction. L'on distingue deux types de confiscation : la confiscation générale et la confiscation spéciale.

659. La confiscation générale. La confiscation générale constitue une peine complémentaire facultative qui s'attache à certaines condamnations criminelles et qui consiste dans la mainmise de l'État sur les biens du condamné. Son histoire est tourmentée. Elle fut supprimée en 1790, après avoir été largement utilisée sous l'Ancien régime, puis elle fut rétablie en 1792 contre les émigrés et maintenue en 1810 en cas de crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État, supprimée à nouveau en 1814, restaurée en 1918 contre les traîtres, étendue en 1928 et 1938 contre les déserteurs, en 1939 contre les auteurs de crimes attentatoires à la sûreté extérieure de l'État en temps de guerre, en 1944 contre les collaborateurs et certains délinquants économiques et enfin limitée de nos jours à quelques crimes contre la sûreté de l'État (voir l'article 37 de l'ancien Code pénal). Des rédacteurs du nouveau Code pénal ont entendu ne pas restaurer la confiscation générale.

L'article 131-21 du Code pénal ne régleme que la confiscation dite spéciale. Pourtant, le législateur de 1994 n'a pas hésité à recourir à la confiscation générale dans des cas tout à fait exceptionnels. La confiscation de tout ou partie des biens du condamné est prévue pour les crimes contre l'humanité (article 213-1 du Code pénal) ainsi que pour les cas les plus graves de trafic de

stupéfiants (article 222-49, alinéa deux du Code pénal qui vise « la confiscation de tout ou partie des biens du condamné, qu'elle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis »).

660. La confiscation spéciale. La confiscation spéciale d'un objet appartenant à une personne physique se définit comme étant la mainmise de l'État sur un objet particulier à titre de peine. Plus rarement, elle porte sur une somme d'argent représentant la valeur de l'objet si celui-ci n'a pu être saisi. La confiscation constitue de manière ordinaire une peine complémentaire tantôt obligatoire tantôt facultative. Selon l'article 131-21 du Code pénal, la confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés, par la loi ou le règlement, de « dangereux ou nuisibles » ; en outre, il advient que la confiscation peut être déclarée obligatoire par la loi dans des cas où l'objet n'est ni dangereux, ni nuisibles. Ainsi, en matière de trafic de stupéfiants, l'article 222-49 du Code pénal impose la confiscation non seulement des drogues saisies, mais aussi des installations et matériels ayant servi à la commission de l'infraction. La confiscation peut également être une peine prononcée à titre principal.

Selon l'article 131-6 du Code pénal, si un délit est puni d'emprisonnement, le juge peut prononcer à sa place une ou plusieurs peines dont « la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ». En vertu de l'article 131-11 du Code pénal, si le délit est puni d'une peine complémentaire comme la confiscation, celle-ci peut être prononcée à titre principal. Avec le nouveau Code pénal de 1994, la confiscation fut étendue aux personnes morales que ce soit en matière criminelle et correctionnelle (article 131-39 du Code pénal) ou en matière contraventionnelle sur le fondement de l'article 131-42 du Code pénal.

1) L'objet de la confiscation.

661. La confiscation présente deux modalités : soit la confiscation en nature (**a**), soit la confiscation par équivalent (**b**).

a. La confiscation en nature.

662. Selon l'article 11 de l'ancien Code pénal, la confiscation pouvait porter sur le corps du délit à savoir une arme prohibée par exemple, sur le produit du délit (à l'instar du gibier dans un délit de chasse) ou bien encore sur l'instrument du délit comme par exemple les explosifs dans un délit de pêche.

Avec l'article 131-21 du Code pénal, « la confiscation porte sur la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou sur la chose qui en est le produit... ». De cette manière, la possibilité de confisquer le « corps du délit » qui était prévue en 1810 ne l'est plus. Cependant, il

convient de préciser que la loi d'adaptation du 16 décembre 1993 (en son article 343) introduisit un troisième alinéa à l'article 131-21 selon lequel « la chose qui est l'objet de l'infraction est assimilée à la chose qui a servi à commettre l'infraction ou qui en est le produit... ». Cela constitue une interprétation authentique qui démontre que la confiscation en nature porte bien toujours soit sur le corps du délit soit sur le produit du délit, soit enfin sur l'instrument du délit. Au titre du corps ou objet du délit, on donnera l'exemple de sommes irrégulièrement perçues par l'auteur d'une corruption passive (article 432-17 du Code pénal). Au titre du produit du délit, on évoquera les bénéfices tirés d'un trafic de drogue (article 222-49 du Code pénal). Enfin, au titre de l'instrument du délit, on évoquera les filets, engins et autres instruments de chasse, en cas de délit de chasse (article L. 228-14 du Code rural).

663. Il convient ici de remarquer une nouveauté juridique. En effet, l'article 131-21, alinéa deux, *in fine* du Code pénal indique que la confiscation, en outre, peut porter sur tout objet mobilier défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction. Ainsi, la confiscation peut jouer même si son objet ne répond pas à la définition générale des objets susceptibles de confiscation et, par exemple, lorsque l'article 131-6 prévoit la confiscation d'un véhicule, il n'est pas nécessaire que celui-ci ait servi à commettre l'infraction ou qu'il en soit le produit.

b. La confiscation par équivalent.

664. Des lois particulières ont précédé le texte général de l'article 131-21 du Code pénal. Ainsi, concernant certains secteurs de la criminalité, le législateur contemporain a institué une confiscation par équivalent. Ce système de confiscation d'une somme égale à la valeur de la chose laissée alors entre les mains du délinquant est admis en droit pénal douanier. Selon l'article 435 du Code des douanes, « lorsque les objets susceptibles de confiscation n'ont pu être saisis ou lorsqu'ayant été saisis, la douane en fait la demande, le tribunal prononce, pour tenir lieu de la confiscation, la condamnation au paiement d'une somme égale à la valeur représentée par lesdits objets et calculée d'après le cours du marché intérieur à l'époque où la fraude a été commise »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 3 novembre 1972, 71-90.273, M. Rolland, président, M. Hauss, conseiller rapporteur, M. Aymond, avocat général. Publié au *Bulletin Criminel, Cour de Cassation, Chambre criminelle* N° 320, p. 828.

Les déclarations faussement majorées dans la valeur de marchandises exportées, lorsque l'infraction a été commise à l'aide de factures ou autres documents faux, inexacts, incomplets ou inapplicables, sont, aux termes de l'article 426-3 du Code des douanes, réputées exportation sans déclaration de marchandises prohibées, alors même qu'il n'a pu en résulter ni exonération ou réduction de droits, ni aucun avantage financier quelconque, les pénalités douanières étant attachées aux infractions, sans que leur application exige qu'un préjudice ait été causé au Trésor public.

Conformément aux dispositions de l'article 435 du Code des douanes, le montant de la condamnation pécuniaire tenant lieu de la confiscation des objets de fraude non saisis, doit être égal à la valeur desdits objets,

665. La même technique fut utilisée en matière d'infractions à la police de la pêche ; l'article L. 238-5 du nouveau Code rural décide que « la confiscation des embarcations, automobiles et autres véhicules peut être ordonnée en valeur » (disposition remplaçant l'article 461 de l'ancien Code rural). Il s'agit donc d'une confiscation fictive. Le procédé de la confiscation en valeur est simple pour l'administration qui évite les aléas d'une revente. Mais, il bouscule le principe de proportionnalité entre faute et sanction lorsque l'infraction réalisée avec un véhicule est elle-même bénigne.

666. Aujourd'hui, l'article 131-21 alinéa neuf du Code pénal dispose que lorsque la chose confisquée n'a pas été saisie ou ne peut être représentée, la confiscation est ordonnée en valeur. Ce texte juridique généralise les rares dispositions textuelles existantes. Il vint briser une jurisprudence qui, en dehors de ces textes, n'admettait pas la confiscation en valeur (voir Cour d'appel de Paris, 4 juillet 1962, *Dalloz* 1962, 174 ; Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 octobre 1963, *Bulletin criminel*, numéro 287 ; et, Cour de Cassation, chambre criminelle, 14 décembre 1982, *Bulletin criminel* numéro 290).

667. D'un point de vue historique, les contributions indirectes jouissent de prérogatives en matière de garantie des matières d'or et d'argent. Aussi, sont-elles fondées à réclamer leur confiscation. De cette manière, la Cour de Cassation en sa section criminelle a pu se prononcer de la manière suivante. Lorsque l'administration des contributions indirectes est intervenue comme partie civile dans un procès criminel, elle peut, même après l'ordonnance d'acquiescement de l'accusé, demander la confiscation des objets de contravention dont il s'est trouvé nanti, alors que cette confiscation est prononcée par la loi. Tel est le cas de l'acquiescement d'un individu poursuivi en faux, comme détenteur d'objets d'or sur lesquels les marques des poinçons de garantie ont été dentées et soudées. Les conclusions de la Régie, tendant en pareil cas à la confiscation de ces objets, aux termes de l'article 108 de la loi du 19 brumaire an VI, doivent être considérées comme une véritable demande en dommages-intérêts, dans le sens des articles 358 et 366 du Code d'instruction criminelle, demande sur laquelle la Cour d'assises ne peut se dispenser de statuer, sous prétexte que ce serait prononcer une peine contre l'accusé après acquiescement par le jury⁶⁷⁰.

calculée d'après le cours du marché intérieur. Viole donc ces prescriptions l'arrêt qui fonde sa décision sur le montant minimum des amendes douanières, tel qu'il est déterminé par l'article 437 du même Code.

⁶⁷⁰ Cour de cassation, Section criminelle, 29 novembre 1834, « L'administration des contributions indirectes c. Boisbergue », *Recueil SIREY* 1835, tome XXXV, 1ère partie, Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 127-128. Rapp., M. Meyronnet de Saint-Marc — Conclusions, M. Parant, avocat général.

2) Le régime juridique de la confiscation.

668. Le but de la confiscation est variable. Elle est parfois une peine véritable, à but répressif, d'autres fois une mesure de sûreté, tendant seulement à retirer de la circulation un objet dangereux ou nuisible ; enfin, elle peut être une mesure de réparation. Le critère reste assez imprécis. Il en résulte un certain flottement dans le régime respectif de ces trois formes de confiscation. À certains égards, la distinction tirée du but de la confiscation présente de l'intérêt. En effet, la possibilité de prononcer cette sanction malgré le prononcé d'une relaxe ne paraît jouer que dans les cas où elle présente un indéniable caractère de mesure de sûreté (voir, par exemple, Cour de Cassation, chambre criminelle, 12 juillet 1860, *recueil Sirey*, 1860, I, 1018 : pour ce qui concerne la confiscation de marchandises falsifiées et donc nuisibles à la santé, celle-ci est possible, malgré la relaxe du prévenu en raison de sa bonne foi). L'amnistie est mise en échec au cas de confiscation-mesure de sûreté (Cour de Cassation, chambre criminelle, 18 juin 1957, *Dalloz* 1957, 544).

a) Le principe de légalité.

669. Le principe de légalité constitue un principe absolu. La confiscation en tant que peine complémentaire ne peut être prononcée que lorsque la loi l'ordonne de manière expresse. La jurisprudence l'affirme à la fois dans les cas où la confiscation est présentée comme une peine (voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 2 janvier 1925, *recueil Sirey*, 1926, première partie, 189) ; et dans les cas où l'on y voit une mesure de réparation par exemple en matière douanière (voir Cour de Cassation, chambre criminelle, 11 mars 1959, bulletin criminel, numéro 165).

670. De nos jours, l'article 131-10 du Code pénal procède à l'énumération des peines complémentaires où figure notamment la confiscation. La confiscation peut également être prononcée si le texte d'incrimination ne le prévoit pas. Mais, elle reste prévue par le texte général de l'article 131-6 du Code pénal sur les peines alternatives.

b) Le principe de personnalité.

671. Le principe de personnalité est très révélateur de la loi du 11 juillet 1975 qui a introduit dans notre droit la confiscation du fonds de commerce ayant permis l'accomplissement de faits de proxénétisme (article 225-22, 3°, du Code pénal). Deux règles contribuent à définir le principe de personnalité. En premier lieu, le ministère public doit faire connaître aux propriétaires de l'immeuble, au bailleur et au propriétaire du fonds, où est exploité l'établissement abritant les faits de prostitution et faire mentionner au registre du commerce l'engagement des poursuites et la décision intervenue (article 706-37 du Code de procédure pénale).

672. En deuxième lieu, le prononcé de la confiscation est subordonné lorsque le titulaire de la licence ou le propriétaire du fonds n'est pas poursuivi, à la citation de celui-ci à l'audience avec indication de la nature des poursuites exercées et de la possibilité pour le tribunal de prononcer cette mesure. La décision portant confiscation doit être impérativement motivée. Le titulaire de la licence ou le propriétaire du fonds de commerce peut présenter ou faire présenter par un avocat ses observations à l'audience (article 706-38 du Code de procédure pénale).

673. Par ailleurs, on peut également se référer à l'article 222-49 alinéa premier du Code pénal qui subordonne la confiscation des installations et matériels ayant servi à la fabrication de produits stupéfiants lorsqu'ils appartiennent à un tiers au fait que « leurs propriétaires ne pouvaient en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse ».

674. En outre, l'article 131-21 du Code pénal prescrit que « la confiscation porte sur la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou la chose qui en est le produit à l'exception des objets susceptibles de restitution ». Commentant cette expression, la circulaire d'application du nouveau Code pénal en date du 14 mai 1993 indique que « par objets susceptibles de restitution, il faut entendre les objets appartenant à des personnes de bonne foi n'ayant pas elle-même été poursuivies ou condamnées et dont le titre de propriété ou de détention est régulier ». En résumé, la confiscation ne peut jouer si la chose appartient à un tiers innocent.

En application de ce texte juridique, les peines alternatives de confiscation du véhicule et d'une arme ne peuvent donc s'appliquer que si le condamné en est le propriétaire (sur le fondement de l'article 131-6, quatrième et septième du Code pénal). Il convient ici de relever que cette législation centrée sur l'article 131-21 du Code pénal condamne la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge pouvait confisquer le produit ou l'instrument du délit appartenant à un tiers (Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 mars 1987, *bulletin criminel*, numéro 109 ; *Gazette du palais* 1987, II, 445).

675. Cette jurisprudence méconnaissait le principe de la personnalité des peines. Toutefois, celle-ci se fondait sur une interprétation littérale de l'article 11 de l'ancien code ; elle présentait également un intérêt préventif puisqu'il incombait aux propriétaires d'une chose pouvant servir à la commission d'une infraction de faire preuve de vigilance. D'un point de vue théorique, la confiscation apparaissait comme étant une mesure de sûreté alors que celle-ci est davantage une peine sur le fondement de l'article 131-21 du Code pénal.

676. En contravention avec le principe de personnalité, il convient de relever quelques rares exceptions. Ainsi, en matière de trafic de stupéfiants, l'article 222-49 du Code pénal dispose que la

confiscation de tout bien ayant servi à la commission d'infractions ainsi que de tout produit provenant de celle-ci s'effectue obligatoirement. Surtout, l'article ajoute que la confiscation a lieu « à quelque personne qu'ils appartiennent ». En résumé, les instruments et les produits de l'infraction seront saisis même s'ils appartiennent à des tiers. En matière de proxénétisme, l'article 225-24 du Code pénal prévoit la confiscation de l'instrument et du produit de l'infraction, « détenus par une personne autre que la personne se livrant à la prostitution ». Dans ces deux cas, la confiscation apparaît comme étant une mesure de sûreté. L'on peut également dire que le tiers propriétaire se pose comme étant plus ou moins le complice de l'auteur.

677. Enfin, des solutions voisines prévalent en droit douanier où la confiscation est regardée comme étant une réparation civile, motivée par le préjudice causé aux intérêts fiscaux dont l'administration a la charge (Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 août 1938, *bulletin criminel* numéro 202).

678. La confiscation peut jouer même s'il ne s'agit pas d'une chose prohibée ; la confiscation est possible même en cas de poursuite dirigée contre un inconnu⁶⁷¹. En conséquence, la confiscation peut être ordonnée en quelques mains que se trouve l'objet et le propriétaire des biens confisqués ne saurait les revendiquer même en cas de dépossession à la suite d'un délit⁶⁷².

679. Et, l'article 376 du Code des douanes écarte la revendication du propriétaire de la marchandise ou celle des créanciers même privilégiés, ne leur laissant que la ressource de se retourner en dommages-intérêts contre l'auteur de la fraude. C'est bien ce texte juridique qui sert de fondement à l'arrêt précité de 1971 qui admit la possibilité d'une confiscation même si la marchandise n'avait été introduite en France qu'à la suite d'une infraction à la commission de laquelle le propriétaire était étranger.

680. Dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée, il convient bien évidemment de se référer à l'action de l'Union européenne en la matière. L'Union européenne participe très activement à la lutte contre cette criminalité. L'on peut ici se fonder sur la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (2001/500/JAI)⁶⁷³. Le Conseil de l'Union européenne, sur le fondement du Traité sur l'Union européenne, et notamment son article 31, points

⁶⁷¹ Cour de Cassation, chambre criminelle, 5 février 1915, *Dalloz*, 1919, première partie, 35.

⁶⁷² Cour de Cassation, chambre criminelle, 20 octobre 1971, *bulletin criminel*, numéro 274.

⁶⁷³ *Journal officiel des Communautés européennes* du 5.7.2001, L 182/1 (Actes adoptés en application du titre VI du Traité sur l'Union européenne).

a), c) et e), et son article 34, paragraphe 2, point b), vise à intensifier la répression des États par l'accroissement des peines encourues par les auteurs de ces infractions⁶⁷⁴.

Chaque État membre prend les mesures nécessaires, en cohérence avec son système répressif, afin que les infractions visées à l'article 6, paragraphe 1, points a) et b), de la Convention de 1990, telles que résultant de l'article 1er, point b), de la présente décision-cadre, soient passibles de peines privatives de liberté dont le maximum de peine encourue ne peut être inférieur à quatre ans. (Article 2).

Pour ce qui concerne la confiscation en valeur, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que sa législation et ses procédures relatives à la confiscation des produits du crime permettent aussi, au moins dans le cas où ces produits ne peuvent être appréhendés, la confiscation des biens d'une valeur correspondant à celle des produits, dans le cadre tant de procédures purement internes que de procédures engagées à la demande d'un autre État membre, y compris des demandes d'exécution d'ordres de confiscation étrangers. Les États membres peuvent cependant exclure la confiscation des biens d'une valeur correspondant aux produits du crime dans les cas où cette valeur serait inférieure à 4 000 euros. (Article 3).

⁶⁷⁴ Le 3 décembre 1998, le Conseil a adopté l'action commune 98/699/JAI concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime.

Conclusion du Titre deuxième

681. L'exercice du monopole de la contrainte physique légitime doit viser à garantir les droits et libertés de chaque être humain vivant au sein de la société. Pour atteindre ce but fondamental, il est nécessaire que la contrainte exercée soit encadrée. La force publique constitue donc le service public du bonheur public si et seulement si son action qui réside dans la contrainte est encadrée. Le droit de propriété constitue un droit inaliénable et sacré au sein de la société humaine. Aussi, les moyens mis à disposition de la force publique pour traduire en justice les auteurs d'infractions doivent être strictement encadrés par le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires afin de ne pas laisser prospérer l'arbitraire. De surcroît, la force publique est amenée à sanctionner les auteurs d'infractions par la saisie de l'instrument qui a permis l'infraction ou le produit de cette infraction. La force publique exerce le monopole de la violence physique légitime pour exécuter les décisions de justice rendues au nom du Peuple français.

683. La force publique doit agir à l'aune du principe de légalité, lequel est l'œuvre du Législateur ; ce principe doit viser la nécessaire conciliation entre le droit de propriété et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public. Grâce à un encadrement juridictionnel *a priori* et *a posteriori*, les contrôles opérés par la force publique en vue de la recherche des auteurs d'infractions satisfont à cette nécessaire conciliation.

Conclusion de la Première partie.

684. Au sein des sociétés démocratiques, la force publique doit constituer le service public du bonheur public, à savoir le service public qui garantit la jouissance pleine et entière des droits et libertés, reconnus et consacrés par les textes juridiques de valeur constitutionnelle. Aussi, l'action de la force publique doit être encadrée pour que celle-ci remplisse ses missions primordiales, c'est-à-dire la constatation des infractions et la recherche de leurs auteurs lesquels ont brisé les règles juridiques du pacte social. L'instauration de l'État de droit et le contrôle exercé par le juge garantissent, de cette manière, que la force publique soit employée pour l'avantage de tous à savoir au rayonnement des droits de l'homme. Par ailleurs, l'institution d'autorités administratives indépendantes dont la reconnaissance peut même avoir une valeur constitutionnelle, contribue à la nitescence des droits humains.

684. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte qu'il soit *a priori* ou *a posteriori* concourt ainsi à la garantie effective des libertés individuelles. L'encadrement juridique revêt une importance d'autant plus grande que celui-ci vise le recours à la force que peut déployer l'État qui exerce le monopole de la violence physique légitime. Dans cette matière, l'intégrité personnelle de l'être humain qui subit la contrainte doit être protégée de la meilleure manière. Aussi, il sera nécessaire que la force publique respecte strictement le principe primordial qu'est le principe de proportionnalité.

Deuxième partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de l'intégrité personnelle.

Introduction de la deuxième partie.

685. La force publique constitue le service public du bonheur public. En effet, elle vise à garantir les droits et libertés des personnes qui vivent sur le territoire étatique. Grâce à son action, ce ciel étatique maintient le droit au sein de la société humaine permettant ainsi la nitescence coruscante des droits et libertés. Protectrice des droits et libertés à l'aune de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, la force publique doit donc faire rayonner les droits de l'homme dont « l'ignorance, l'oubli ou le mépris [...] sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements »⁶⁷⁵.

686. De cette manière, la force publique déploie sa contrainte pour que l'association politique atteigne son but, c'est-à-dire « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. »⁶⁷⁶ L'on retrouve la généalogie de la pensée des droits naturels tels qu'ils sont consacrés au sein de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 dans la pensée éclairante de Condorcet. En assignant pour but à la société le maintien des droits naturels, Condorcet s'inspira de la Constitution de l'État de Pennsylvanie. La Constitution de Pennsylvanie énonce que « [l]es objets de l'institution et du maintien de tout gouvernement doivent être d'assurer l'existence du corps politique de l'État, de le protéger et de donner aux individus qui le composent la faculté de jouir de leurs droits naturels... »⁶⁷⁷.

Condorcet pose comme but de l'État le maintien des droits naturels dont l'exercice est défini par nos illustres et grands révolutionnaires comme étant le bonheur public. Maximilien Robespierre fit de même au sein du premier article de sa déclaration des droits. « Le but de l'association politique est le maintien des droits naturels et imprescriptibles de l'homme et du développement de toutes ses facultés⁶⁷⁸. » La déclaration montagnarde en date du 24 juin 1793 concilia les deux conceptions de Condorcet et de Robespierre : « Article premier. Le but de la société est le bonheur commun. Le Gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles ». Le premier droit de l'individu est de pouvoir librement développer ses facultés

⁶⁷⁵ Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

⁶⁷⁶ Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

⁶⁷⁷ *Recherches historiques et politiques sur les États-Unis de l'Amérique septentrionale, où l'on traite des établissements des treize Colonies, de leurs rapports et de leurs dissensions avec la Grande-Bretagne, de leurs gouvernements avant et après la révolution, &c., à un citoyen de Virginie ; avec quatre Lettres d'un Bourgeois de New-Heaven sur l'unité de la législation, première partie, Chez Froullé, libraire, Paris, 1788, 383 p. ; voir spécialement, la Lettre seconde, pp. 275-329.*

⁶⁷⁸ *Moniteur*, réimpression, tome 16e, 293.

propres. Assurer ce libre développement est le but des diverses libertés qui constituent très précisément les droits individuels. C'est pour cette raison que Condorcet réclamait que la déclaration des droits fût rédigée antérieurement à la Constitution, qui en assure la garantie. La Déclaration des droits doit être placée en tête de la Constitution puisqu'une constitution, par définition, doit se fonder sur une déclaration en vue de proclamer les droits naturels des êtres humains. En effet, le but de toute constitution est de conserver aux citoyens l'exercice le plus entier de tous leurs droits naturels. Aucune puissance ne peut légitimement violer ces droits ; aucune loi qui les enfreint ne peut être juste, quand bien même elle émanerait de la nation entière. Il est donc nécessaire de forger au préalable une déclaration des droits qui marquera très précisément les limites que la puissance législative doit respecter.

687. Condorcet précise que la déclaration des droits « doit être séparée des lois qui règlent la constitution parce que ces lois doivent être faites pour conserver ces droits et ne doivent en violer aucun ; parce qu'elle détermine ce que la puissance sociale doit conserver aux citoyens. Les droits qu'il s'agit de déclarer de manière solennelle ne sont pas positifs et, par suite, dérivés d'une constitution, d'une loi ou d'un décret. Ces droits sont naturels, et ceux-ci dérivent donc de manière logique de la nature intrinsèque de l'être humain, « de sa qualité d'être sensible et raisonnable ». Les droits naturels inhérents à l'être humain sont, subséquentement, antérieurs et même supérieurs à la constitution, à toute loi positive ainsi qu'à tout acte qui émane du pouvoir exécutif.

On peut ici constater que les brandons de discorde qui ont éclaté au sein de l'Assemblée constituante ne visent pas une simple question de place matérielle de la déclaration des droits, mais que la discussion relativement à la place matérielle de la déclaration concerne, de manière essentielle, la théorie du droit naturel de Condorcet. Condorcet a résumé dans le préambule sa position philosophico-politique : « La reconnaissance et la Déclaration des droits naturels doivent précéder la Constitution qui en assure la garantie ». (*Plan de Constitution présentée à la Convention nationale*, les 15 et 16 février 1793).

688. Selon Condorcet, les droits de l'homme ne dérivent ni de la divinité, ni même de la société ou de la loi, mais de la nature de l'homme en tant que doué de conscience et de raison. Il convient de bien comprendre la pensée de Condorcet sur un point si délicat. Il convient de rappeler que Condorcet se rattache, *mutatis mutandi*, au penseur de l'École du droit de la nature et des gens. Condorcet ne partage évidemment pas les conceptions théologiques sur lesquelles se fondent certains penseurs de l'École du droit la nature et des gens. Il préfère traiter du problème du fondement social du droit naturel. Condorcet se réfère, tout d'abord, à Voltaire. Ce dernier avait proclamé si joliment que « le genre humain avait perdu ses titres, Montesquieu les a retrouvés et il

les lui a rendus ». Ces titres sont les droits naturels. Condorcet désigne par ces mots des droits qui présentent trois caractères fondamentaux.

689. En premier lieu, les droits naturels dérivent de la nature même l'homme et non de la divinité; deuxièmement, ils ne sont pas créés par la loi positive et, à ce titre, ils sont antérieurs, au moins de manière logique, à la vie sociale. En réalité, ceux-ci commencent avec la vie sociale laquelle est naturelle, nécessaire et spontanée. En conséquence, ceux-ci sont sacrés et imprescriptibles. La société, le gouvernement et la constitution doivent les respecter. En dernier lieu, ces droits sont inhérents à la nature même de l'homme en tant qu'être doué de sensibilité et de raison ; ces droits sont éternels, constants, invariables, intangibles, les mêmes pour tous les êtres humains. En d'autres termes, les droits naturels sont le privilège de la qualité d'être humain, le symbole sacré de l'humanité. Ils sont inhérents à l'espèce humaine et appartiennent à tous les hommes avec une entière égalité.

Le texte le plus complet où Condorcet a exprimé ses différentes idées qui le rapprochent de Grotius et de Montesquieu plutôt que de Hobbes et de Rousseau est peut-être le suivant : « les véritables droits de l'homme (doivent se) déduire de cette seule vérité qu'il est un être sensible, capable de former les raisonnements et d'acquérir les idées morales ». Ce texte a son siège dans *l'Esquisse d'un tableau historique* et, il représente l'expression topique de la pensée de Condorcet⁶⁷⁹.

Ce dernier confirme la définition qu'il avait donnée le 3 juillet 1790 dans son célèbre opuscule « Sur l'admission des femmes au droit de cité » : « les droits des hommes résultent uniquement de ce qu'ils sont des êtres sensibles, susceptibles d'acquérir des idées morales, et de raisonner sur ces idées »⁶⁸⁰. Ce principe est fondamental chez Condorcet. Non seulement, il l'a en effet exprimé en 1793 et 1794 dans *l'Esquisse d'un tableau historique...*, en 1790 dans son manifeste féministe, et même précédemment en 1787, dans les *Lettres d'un bourgeois de New Haven* : « nous voulons une constitution dont les principes soient uniquement fondés sur les droits naturels de

⁶⁷⁹ CONDORCET (Jean-Antoine-Nicolas de Caritat), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Agasse, Paris, 1794, 389 p. ; ouvrage posthume publié par DAUNOU, Pierre-Claude-François et Mme CONDORCET, Marie Louise Sophie de Grouchy (marquise de).

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (1743-1794 ; marquis de) ; DAUNOU, Pierre-Claude-François (1761-1840) et CONDORCET, Marie Louise Sophie de Grouchy (1764-1822 ; marquise de). Source : Bibliothèque nationale de France, département Réserve des livres rares.

⁶⁸⁰ *Sur l'admission des femmes au droit de cité*, Firmin Didot frères, imprimeur de l'Institut, Paris, 1847, 11 p. ; publié par Arthur Condorcet O'Connor et Arago, François (1786-1853).

l'homme, antérieurs aux institutions sociales. » Et, il ajoute : « nous appelons ces droits naturels, parce qu'ils dérivent de la nature de l'homme »⁶⁸¹.

Il explique, en des termes clairs et précis, ce qu'il entend par ces mots : « du moment qu'il existe un être sensible, capable de raisonner et d'avoir des idées morales, il en résulte, par une conséquence évidente, nécessaire qu'il doit jouir de ces droits, qu'il ne peut en être privé sans injustice. » On constate ainsi très clairement que les droits naturels sont, d'après Condorcet, des prérogatives universelles qui dérivent de ce fait que l'homme est un homme à savoir : un être sensible, capable de raison et de moralité. Ces prérogatives ne sont créées ni par la divinité ni par les lois ou les décrets des hommes eux-mêmes. Elles expriment la nature même de l'homme, comme la définition de la circonférence exprime l'essence de la circonférence.

690. Les droits naturels constituent pour la collectivité humaine et pour les individus qui la composent des conditions d'existence sur lesquels reposent la vie sociale et individuelle, la déclaration des droits et la constitution elle-même. Effectivement, le groupe humain qui forme la collectivité et l'individu ne peuvent s'établir et subsister que si la vie, les biens, la liberté, l'égalité sont respectés. Une déclaration des droits n'a d'autre raison d'être que de résumer ces droits et, une constitution ne peut, par définition, que les garantir. Autrement dit, les droits naturels constituent le pivot de la vie individuelle, de la vie sociale, et du droit constitutionnel.

691. Enfin, **Dupont de Nemours** dans son *projet de Déclaration des droits*⁶⁸² précise que tout homme doit être protégé par les autres hommes et par le corps entier de la société contre toute atteinte à sa liberté, à sa propriété, à sa sûreté (article 12). De plus, la liberté, la propriété, la sûreté ne doivent pas être violées impunément (article 13). Enfin, nul homme ne doit être exposé à voir agir contre lui la force du gouvernement, si ce n'est dans les cas où il aurait attenté à la liberté, à la propriété ou à la sûreté d'un autre homme (article 14).

692. Ainsi, la force publique constitue le service public du bonheur public. Afin de faire rayonner la jouissance pleine et entière des droits et libertés des êtres humains qui vivent sur le territoire de l'État, la force publique peut être amenée à déployer sa contrainte. Celle-ci peut aller jusqu'à recourir à la force physique et même à l'utilisation de l'armement que l'État met à sa disposition. Or, l'être

⁶⁸¹ *Recherches historiques et politiques sur les États-Unis de l'Amérique septentrionale, où l'on traite des établissemens des treize Colonies, de leurs rapports et de leurs dissensions avec la Grande-Bretagne, de leurs gouvernemens avant et après la révolution, &c., à un citoyen de Virginie ; avec quatre Lettres d'un Bourgeois de New-Heaven sur l'unité de la législation*, première partie, Chez Froullé, libraire, Paris, 1788, 383 p. ; voir spécialement, la Lettre seconde, pp. 275-329.

⁶⁸² DU PONT DE NEMOURS (Pierre Samuel), *projet de Déclaration des droits*, *Archives parlementaires*, tome quatrième, page 161.

humain quel qu'il soit, a droit au respect de son intégrité physique ainsi qu'à son droit éminent à la vie.

La force publique à qui incombent les missions cardinales que sont la préservation de l'ordre public et l'exécution des lois démocratiques qui permettent le bien vivre ensemble au sein de la société humaine, doit donc agir de telle manière à protéger au mieux l'intégrité personnelle des personnes interpellées ou des individus qui troublent l'ordre public. En effet, dans le cadre des sociétés démocratiques, la force publique doit agir à l'aune du principe cardinal de proportionnalité, lequel permet la meilleure des protections de l'intégrité personnelle. De cette manière, l'organe étatique qui dispose du monopole de la violence physique légitime en vue d'accomplir le rôle fondamental que celui-ci joue pour la société humaine, doit répartir son recours à la force physique à l'aune d'une juste proportion.

Il convient ici de préciser que ce principe juridique naquit dans le domaine de la police au XV^e siècle en Prusse. Aussi, ce principe est consubstantiel à l'action de la force publique. Ainsi, le recours à la force doit être « strictement et nécessairement proportionné » ou « absolument nécessaire et proportionné »⁶⁸³. Le principe de proportionnalité a fait florès à travers le monde. En France, la technique juridique est employée par le juge pour remplir son office⁶⁸⁴.

693. Pour ce qui concerne l'encadrement juridique du recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique, l'emploi de la contrainte doit être strictement nécessaire et proportionné. De cette manière, afin de faire briller les lois pénales, la force publique peut être amenée à recourir à la force dont la mise en œuvre est le seul moyen possible pour faire exécuter la loi, expression de la volonté générale. Et, c'est le juge judiciaire qui recourt à l'adverbe « strictement » afin d'encadrer la violence physique légitime déployée par la force publique ; force publique qui agit à l'aune de normes de comportement déterminées de manière très précise par les lois pénales (**Titre Ier**).

⁶⁸³ Le principe de proportionnalité puise ses origines en Prusse au XV^e siècle. Son domaine d'élection était celui de la police. On pourra se reporter avec un grand profit à l'ouvrage de PFEFFEL (Christian-Frédéric), *Nouvel abrégé chronologique de l'histoire et du droit public d'Allemagne*, tome second, DELALAIN, Paris, M DCC LXXVL, avec approbation et privilège du roi, 622 p. ; Christian-Frédéric PFEFFEL (1726-1807) fut jurisconsulte du Roi au Département des Affaires Etrangères.

L'on pourra également se fonder sur l'ouvrage de Michael STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne : la théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600-1800*, PUF, Paris, collection « Fondements de la politique », 1999, 656 p. ; Michael STOLLEIS est Professeur d'histoire du droit à l'Université de Francfort en Allemagne et directeur de l'Institut Max-Planck.

⁶⁸⁴ Voir, PHILIPPE (Xavier), *Le Contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* ; préface de Charles Debbasch, Economica, Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Collection « Science et droit administratifs », 1990, 541 p. ; PHILIPPE (Xavier), nationalité : France, langue : français. Il est Agrégé de droit, Professeur de droit public (en 1990).

En ce qui concerne l'encadrement juridique du recours à la force publique meurtrière, l'emploi de la contrainte doit être absolument nécessaire et proportionné. Il convient ici d'emblée de préciser que l'adjectif « meurtrière » s'entend ici d'une personne qui cause la mort d'une autre personne et non de son sens juridique. En l'occurrence, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a encadré ce cas extrême du recours à la force qui va jusqu'à ôter la vie d'un être humain, en utilisant l'adverbe « absolument ». De cette manière, la force publique peut dans des cas extrêmes qui ne souffrent aucune réserve, porter légalement atteinte au droit à la vie d'un être humain (**Titre II**).

Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard du droit à l'intégrité physique.

694. La force publique qui est la garante des droits et libertés, peut être amenée pour assurer la jouissance de ces droits et libertés aux personnes qui composent la communauté humaine à recourir à la contrainte, autrement dit à la force physique. Le terme de force signifie la puissance physique. L'on peut ici viser le recours de la part de la force publique à la supériorité physique en vue de contraindre la volonté de la personne qui a violé le pacte social. Autrement dit, l'on s'attache ici à l'emploi de la contrainte physique. C'est dans cette acception que la notion acquit de l'importance en philosophie politique, c'est-à-dire, selon la définition de von Warburg comme constituant « l'emploi de la force matérielle » à des fins de contrainte.

Il convient ici de bien préciser qu'il semble opportun de réserver l'utilisation du terme de force à un mode bien spécifique de contrainte : la contrainte physique, même s'il ne faut pas pour autant négliger les multiples formes de la contrainte psychique, et en particulier la contrainte hiéocratique par dispensation ou refus de biens spirituels sur laquelle Max Weber a attiré l'attention. Ensuite, il convient de bien marquer la distinction entre la force qui consiste, au sens propre du terme, en l'application de sanctions négatives, liées de manière directe ou indirecte à la contrainte physique, et la coercition, qui désigne plutôt la capacité de contraindre fondée sur la force. Enfin, on ne peut pas esquiver la question délicate de la différence entre la force et la violence. Certes, la violence fut souvent associée à un usage illégitime de la force, mais cette formulation, pour séduisante qu'elle paraisse, peut être discutée, et ce d'autant plus qu'elle n'est pas retenue par certains grands auteurs à l'instar de Max Weber qui n'hésite pas, dans sa caractérisation de l'État, à parler de violence physique légitime. Peut-être serait-il plus pertinent d'insister sur le fait que la violence se distingue de la force par son caractère foncièrement destructeur⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Voir CHAZEL (F.), « Pouvoir, cause et force », *Revue française de sociologie*, 197, XV, pp. 441-457. Et, GOODE (W.), « The Place of Force in Human Society », *American Sociological Review*, 1972, XXXVII, pp. 507-519.

695. Le déploiement de la force⁶⁸⁶ par l'organe étatique chargé d'exercer le monopole de la violence physique légitime⁶⁸⁷ doit être strictement encadré en vue du respect des droits des personnes. Cet encadrement est concrétisé par une phase d'apprentissage de l'emploi de la contrainte au sein d'institutions étatiques spécialisées (les écoles qui visent à former les membres de la force publique, quelle que soit son statut, civil ou militaire). Au sein de ces écoles, les futurs membres de la force publique reçoivent une formation idoine en vue du respect des standards démocratiques de la protection des droits de l'homme. L'apprentissage de l'emploi de la contrainte constitue un encadrement *a priori* du recours à la force par l'acquisition de normes de comportement, et notamment par l'étude de la déontologie.

⁶⁸⁶ En histoire de l'art, la symbolique de la force au sein des Allégories est particulièrement topique. Voir *Annexe*, pp. 91-127.

⁶⁸⁷ La force est consubstantielle à l'existence même de l'État. Ainsi, Armand Cambon (1819 – 1885), représente magnifiquement la République française laquelle s'appuie sur un lion qui représente, par excellence, le symbole de la force (**La République**. 1848, *Annexe*, p. 25). De la même manière, le peintre français Jules Claude Ziegler (1804-1856) dépeint la République française qui s'appuie sur un être vivant léonin. La République française doit donc ainsi se fonder sur la force en vue de faire épanouir le principe d'égalité de tous les êtres humains (principe d'égalité symbolisé par un triangle) et afin d'assurer à la France l'abondance nécessaire à toute vie humaine terrestre (abondance symbolisée par une botte de blé). (Voir *Annexe*, **La République**. 1848, p. 29).

Emblème de la République Française, le sceau de la République défini par l'arrêté du 8 septembre 1848 représente une femme assise, effigie de la Liberté, laquelle tient de la main droite un faisceau de licteur lequel symbolise le recours à la force et de la main gauche un gouvernail sur lequel figure un coq gaulois, la patte sur un globe. Aux pieds de la Liberté, se trouvent des attributs des beaux arts et de l'agriculture. (*Annexe* p. 37).

Pour la représentation allégorique de **Venise**, Paolo VERONESE (1528, Verona, 1588, Venezia) fait figurer un lion étreint par la Sérénissime : *Junon offrant des cadeaux à Venise* (1554-56) (*Annexe* p. 40). Voir également, *Venise entre la Justice et la Paix*, 1575-77 (*Annexe*, p. 42).

Dans **l'Allégorie de l'État de Berne** (1682), Joseph Werner (1637–1710), représente l'État de Berne avec une épée dans sa main droite ainsi qu'un bouclier sur lequel il se tient. (*Annexe* p. 48).

Dans « **Erwachende Germania** » (1849), Christian Köhler (1809-1861) peint l'Allemagne qui s'apprête à s'emparer d'une épée posée sur un bouclier recouvert d'une peau d'ours, (*Annexe* p. 50).

Dans son allégorie qui représente la République brésilienne (**A República**. 1896), Manoel Lopes Rodrigues (1860–1917), montre la figure étatique se tenant sur une épée. (*Annexe* p. 51).

Dans son **Allégorie "Britannia sur un lion"** (1776), William Chambers représente Britannia armée d'un trident. (*Annexe* p. 52).

Enfin, l'on pourra se référer aux armoiries officielles des États. Celles-ci font figurer des animaux qui sont des symboles de la force. Ainsi, les armoiries du Grand-Duché de Luxembourg représentent des lions (voir *Annexe*, p. 333) et les armoiries du Gabon montrent des panthères noires (voir *Annexe*, p. 335).

696. Une fois que la formation a été dispensée, les membres de la force publique peuvent être amenés à exercer dans le cadre de leurs missions cardinales (à savoir, la préservation de la paix sociale, le maintien de l'ordre public, et la recherche des auteurs d'infractions) un recours à la force nécessaire au respect des lois démocratiquement votées, lois qui permettent le bien vivre ensemble dans toutes les sociétés humaines.

Dans le cadre de l'État de droit, l'action de la force publique s'inscrit dans un cadre juridique précis, cadre qui vise à assurer la conciliation indispensable entre, d'une part, les nécessités de l'ordre public et d'autre part l'exercice des libertés publiques. La mission est d'autant plus ardue que l'exercice des libertés publiques peut parfois mettre en conflit des libertés publiques entre elles. Du point de vue de notre étude et pour la clarté de celle-ci, il conviendra d'opérer une distinction entre le recours à la force dans un cadre individuel, lequel met en présence la force publique avec la personne interpellée (**Chapitre premier**) et le recours à la force dans un cadre collectif, autrement dit le maintien de l'ordre public, lequel obéit à des procédures très précises qui visent au respect de l'intégrité physique des manifestants (**Chapitre deuxième**).

Chapitre premier. Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique dans un cadre individuel.

697. La force publique, qui constitue le service public du bonheur public, exerce ses missions de police judiciaire, lesquelles tendent à la recherche et à l'arrestation des auteurs d'infractions. Exerçant le monopole de la violence physique légitime pour accomplir les missions primordiales que la société lui assigne, la force publique peut être amenée à recourir à la force pour contraindre les personnes, qui ont violé le contrat social. Ainsi, la force publique garantit aux membres de la communauté humaine la jouissance pleine et entière de leurs droits et libertés. Agissant dans le cadre de l'État de droit et des valeurs de la société démocratique, les membres de la force publique doivent agir à l'aune du principe primordial de proportionnalité afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à l'intégrité physique des personnes appréhendées. Aussi, le respect du principe fondamental de proportionnalité nécessite l'acquisition de normes de comportement et l'utilisation d'un panel de moyens de contrainte intermédiaire. Par ailleurs, les membres de la force publique reçoivent au sein des écoles spécialisées un enseignement déontologique particulièrement idoine pour que ce principe cardinal pétrisse leur comportement (**Section première**).

En outre, une fois que la personne a été interpellée et amenée dans un local de police, autrement dit lorsque la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte est placée sous la responsabilité de la force publique, cette personne ne doit subir de manière absolue aucun traitement qualifiable de torture (**Section deuxième**).

Section première. L'encadrement juridique du recours à la force employée par la force publique dans l'appréhension des auteurs d'infractions.

698. La force publique qui garantit l'exercice plein et entier des droits et libertés des membres de la société humaine, est chargée de la recherche et de l'interpellation des auteurs d'infractions. À cet effet, elle peut être amenée à déployer un recours à la force indispensable face à un individu qui viole les normes pénales fondatrices de la Communauté humaine. Dans l'étude de la relation qui unit force et État, la pensée de Thomas HOBBS nous paraît constituer ici un utile point de départ. En effet, l'auteur du *Léviathan* distingue deux modes d'accès au pouvoir souverain et présente, à côté de la République d'*institution*, fondée sur une convention établie entre un grand nombre d'hommes, la République d'*acquisition* dans laquelle « le pouvoir souverain est acquis par la force » et où les hommes s'obligent à obéir « par crainte de la mort et des fers » (*Léviathan*, Chapitre XX)⁶⁸⁸. Si l'on va pourtant au-delà de cette proposition générale pour tenter de cerner l'État en tant qu'institution politique spécifique et en adoptant une vision plus optimiste de l'État, la référence à une contribution d'ordre sociologique, en l'occurrence celle de l'éminent Max Weber, s'impose. En effet, Max Weber estime que la violence, entendue comme simple contrainte physique et envisagée à la fois sous sa forme de menace et d'application effective, représente « le moyen spécifique » de l'État, tout en reconnaissant qu'elle n'est pas son « unique moyen normal ». Il est ainsi amené à « concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé, revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime » (*Le savant et le politique*)⁶⁸⁹.

La sociologie historique contemporaine a tendu peut-être à mettre davantage l'accent, dans le développement de l'État-nation occidental, sur sa différenciation des autres formes d'organisation mais elle a souligné sa tendance à monopoliser les moyens de coercition intérieure de son territoire. C'est donc bien un des critères essentiels d'identification de l'État ; et pour ceux qui seraient tentés de le déplorer, il convient d'ajouter que, si l'État dispose de la force légitime, il est appelé en même temps à assumer la responsabilité : il tend ainsi à se présenter, selon l'expression même de Weber, comme « l'unique source du "droit" à la violence ». Ce droit est et doit être exercé par l'État dans le but d'assurer « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. » (Article 2 de la

⁶⁸⁸ HOBBS (Thomas), *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Dalloz, Paris, 2000, 780 p. ; traduit de l'anglais, annoté et comparé avec le texte latin par François Tricaud.

⁶⁸⁹ Voir supra, Introduction, A. Problématique. WEBER (Max), *Le savant et le politique*, 10/18, collection « Bibliothèque », Paris, 2002, 224 p. ; préface de Raymond Aron et traduction de Julien Freund

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789). « Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » (Ibidem).

699. Dans le cadre des sociétés démocratiques, la force publique doit adopter des normes de comportement propres à respecter l'intégrité physique des personnes appréhendées ou qui sont placées sous sa responsabilité. D'un point de vue philosophique, le corps peut être appréhendé suivant une conception objectiviste. Ainsi, René Descartes envisage le corps comme étant une mécanique articulée, le comparant souvent à une horloge, « composée de roues et de contrepoids » : « de même aussi, si je considère le corps de l'homme comme étant une machine tellement bâtie et composée d'os, de nerfs, de muscles, de veines, de sang et de peau » (*Méditations métaphysiques*, Presses universitaires de France, Paris, 1963, p. 123). Le corps humain désigne donc l'organisme propre à l'homme, le corps étant considéré comme constituant le siège des sensations. En effet, l'anatomie nous enseigne de manière scientifique la structure des êtres vivants humains⁶⁹⁰. L'être humain est donc doué d'une sensibilité et la force publique doit le traiter de façon à ne pas lui infliger des atteintes, la force publique exerçant son monopole de la violence physique légitime à l'aune du principe cardinal de proportionnalité.

700. Aussi, l'État forme sa force publique au sein d'institutions spécialisées (les écoles de police), au sein desquelles sont dispensés des enseignements destinés à faire acquérir à l'élève membre de la force publique des principes applicables à leur comportement. Les techniques acquises servent de cette manière le respect du principe de proportionnalité ; la déontologie occupant une place importante (§ 1). Ces enseignements constituent un encadrement *a priori* du recours à la force. Faute de respecter ces préceptes de conduite, la force publique pourra voir engagée sa responsabilité à raison d'une violence physique illégale (§ 2).

§ 1. L'encadrement *a priori* du recours à la force : le respect du principe de proportionnalité et l'encadrement déontologique.

701. Un État démocratique doit former sa force publique pour que celle-ci acquiert les connaissances propres à l'adoption d'un comportement qui permettra de garantir les droits et libertés des êtres humains qui composent la Communauté politique. Afin d'attenter le moins à

⁶⁹⁰ Voir l'ouvrage de référence internationale, et notamment recommandé à la Faculté de médecine de Strasbourg : NETTER (Frank H.), *Atlas d'anatomie humaine*, Elsevier Masson, 5^e édition, 2011, traduction de Pierre Kamina, 608 p.

l'intégrité physique des personnes, l'État a développé les moyens de contrainte intermédiaire, moyens mis à la disposition de sa force publique (A).

De plus, l'État développe au sein des écoles qui forment la force publique l'acquisition de normes comportementales fondées sur la déontologie dont l'enseignement doit être encouragé en ce sens qu'elle permet de faire respecter le droit à l'intégrité physique par la connaissance des devoirs qui incombent aux membres de la force publique dans l'exercice de leur profession (B).

A. Les moyens de la contrainte : un panel au service du principe de proportionnalité.

702. Le préalable au déploiement du recours à la force réside dans le maniement des moyens de contrainte intermédiaire, maniement qui nécessite un apprentissage. La force publique dispose d'un panel de moyens de contrainte intermédiaire. Ainsi, entre l'utilisation de la force musculaire et le recours à l'arme de service, il existe un certain nombre de moyens de contrainte qui permettent d'attenter le moins à l'intégrité physique des personnes faisant l'objet de ces mesures de contrainte. On peut par exemple citer le gaz poivre, le bâton télescopique, et les pistolets à impulsions électriques. Certains considèrent le chien comme étant un moyen de contrainte, ou bien comme étant une arme. Nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, le chien est un être vivant et en sa qualité d'être vivant, il mérite le respect et la protection.

Il convient également de mettre en lumière ce que l'on appelle les gestes techniques professionnels d'intervention à savoir l'enseignement de clé de bras par exemple en vue d'immobiliser la personne interpellée. Ces gestes techniques, à l'instar de toute technique, nécessite un enseignement lequel est dispensé au sein des écoles de police et de gendarmerie. L'on mentionnera également que ces gestes techniques professionnels d'intervention peuvent faire l'objet de recommandations de la part d'autorités administratives indépendantes à l'instar de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (laquelle a fusionné pour donner naissance au Défenseur des droits, défenseur dont l'existence est reconnue constitutionnellement depuis 2008). Cette autorité administrative indépendante émet des recommandations et avis au Ministre de l'Intérieur qui en tient compte et celui-ci apporte les changements nécessaires à la formation policière.

703. Avant d'étudier l'encadrement juridique du recours à la force par l'emploi du chien policier, encadrement *a posteriori* opéré par le juge (2), il convient de connaître la qualification juridique

applicable à certains moyens de contrainte intermédiaire, qualification juridique qui entraîne un encadrement spécifique si celle-ci consiste en la caractérisation d'une arme (1).

1) La qualification juridique d'arme du spray au poivre (pepper gas) en droit helvétique : l'appréciation du Tribunal fédéral et de la cour de cassation pénale du Canton de Vaud.

704. Pour ce qui a trait aux moyens de contrainte, il convient de s'interroger sur la question de savoir si un **spray au poivre (*oleoresin capsicum*)** est une arme. La **cour de cassation pénale du Canton de VAUD** précisa la notion d'arme au sens de l'article 123 du Code Pénal⁶⁹¹ réprimant les lésions corporelles laquelle a donné lieu à controverse. Se sont affrontés d'un côté le Tribunal Fédéral (ATF 112 IV 13 et 113 IV 61)⁶⁹² et une partie de la doctrine, de l'autre la doctrine majoritaire. Les premiers penchent pour une interprétation extensive de la notion d'arme, dans laquelle entre tout instrument « conçu pour attaquer et se défendre ».

705. Le Tribunal fédéral helvétique considère qu'**en ce qui concerne la détermination de la notion d'arme** au sens de l'article 139 ch. 1bis du Code Pénal qui incrimine le fait de se munir d'une arme à feu ou d'une autre arme dangereuse en vue de commettre un brigandage, un marteau n'est pas une arme dangereuse au sens de cette disposition. (ATF 112 IV 13, BGE 112 IV 13 S. 13).

De plus, la juridiction suprême suisse s'est prononcée sur la détermination de la notion juridique d'arme en se fondant sur l'article 137 ch. 2 al. 3 et l'article 139 ch. 1 bis du Code Pénal. (ATF 113 IV 60, BGE 113 IV 60 S. 61). Est considérée comme étant une arme, un pistolet avec lequel des

⁶⁹¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (entrée en vigueur le 1er janvier 1942 ; publié au RO 54 781).

⁶⁹² Pour ce qui concerne **la citation des arrêts du Tribunal fédéral suisse**, il convient de se fonder sur les règles officielles de citations telles qu'elles ont été définies par le Tribunal fédéral. Ainsi, s'agissant des arrêts publiés au recueil officiel, la citation des arrêts publiés comprend l'abréviation officielle (ATF), le volume (sans l'année), le chiffre romain correspondant à la partie et la première page de l'arrêt. Si nécessaire, la référence est précisée en indiquant le considérant et la page correspondante. Source : Tribunal fédéral suisse (Bundesgericht, Tribunale federale, Tribunal federal), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.bger.ch/>> ; les arrêts du Tribunal fédéral (ATF) peuvent être consultés sur son site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.bger.ch/FR/index/jurisdiction.htm>> Ce portail est consacré à la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. On peut y consulter tous les arrêts du Tribunal fédéral depuis 2007, une grande partie des arrêts depuis 2000, et les arrêts principaux du Tribunal fédéral dès 1954 tels qu'ils sont publiés dans le Recueil officiel.

En ce qui concerne **l'organisation du Tribunal fédéral**, il est bon de préciser que pour pouvoir assumer son rôle, le Tribunal fédéral a modifié son organisation interne. Formé à l'origine d'une seule chambre, celui-ci se compose de sept cours : deux cours de droit civil, deux cours de droit public, une cours de droit pénal et deux cours de droit social. Le siège du Tribunal fédéral est situé dans la ville de Lausanne et les deux cours de droit social sont situées dans la ville de Lucerne.

La cours de droit pénal traite des recours en matière pénale ainsi que des recours en matière de droit public et des recours constitutionnels subsidiaires en matière pénale dans les domaines suivants : droit pénal matériel (y compris l'exécution des peines et des mesures) ; procédure pénale ; les décisions finales en matière pénale y compris les ordonnances de non-entrée en matière ou de classement de la procédure.

cartouches lacrymogènes peuvent être tirées. Il en va de même d'un spray lacrymogène. Lorsqu'une telle arme est chargée avec du gaz CN, elle est à bon droit qualifiée d'arme dangereuse. Reste ouverte la question de savoir ce qu'il en est lorsque cette arme est chargée avec du gaz CS.

706. S'agissant de la qualification juridique du spray au poivre, la doctrine majoritaire a adopté une interprétation plus restrictive, selon laquelle l'instrument doit être destiné à causer la mort ou des lésions corporelles graves pour être qualifié d'arme. Il faut remarquer que la jurisprudence du Tribunal Fédéral est antérieure à la révision de la Loi Fédérale sur les armes et à son ordonnance d'exécution, selon laquelle seuls tombent sous le coup de la loi les sprays de défense 1 et 2 (et pas le 3, comme en l'espèce). Toutefois, la notion d'arme n'y est pas la même que dans le Code Pénal. L'interprétation du Tribunal Fédéral garde tout son poids en face de celle d'une partie de la doctrine. Il n'est pas compréhensible qu'en l'absence de toute précision figurant à l'art. 123 ch.2 al.2 CP, seules seraient des armes celles destinées à provoquer la mort ou des lésions corporelles. La question sera pourtant laissée indécise en l'espèce.

707. L'article 123 CP réprime les lésions au corps humain et à la santé qui ne peuvent être qualifiées de graves au sens de l'article 122 CP. Cette disposition protège l'intégrité corporelle et la santé tant physique que psychique. L'article 123 ch.2 CP prévoit des cas aggravés en raison ou de la nature de l'objet utilisé, ou de l'état personnel de la victime. Ces circonstances aggravantes dénotent soit le caractère dangereux du comportement, soit la nature vile et basse de l'auteur. Contrairement aux lésions corporelles graves, les lésions simples aggravées ne se caractérisent donc pas par l'étendue du dommage provoqué. La notion d'arme a donné lieu à une controverse doctrinale.

708. Le Tribunal fédéral (ATF 112 IV 13 précité, et ATF 113 IV 61 précité), ainsi qu'une partie de la doctrine (CORBOZ Bernard, *Les principales infractions*, Stämpfli, Bern, 2010, 2190 p.) penchent pour une interprétation extensive de la notion d'armes, dans laquelle entre tout instrument « conçu pour attaquer et se défendre ». D'autres auteurs ont adopté une interprétation plus restrictive selon laquelle, pour être qualifiée comme telle, l'arme doit être destinée à causer la mort ou des lésions corporelles graves.

709. La question se pose ainsi de savoir si le spray en question doit être considéré comme une arme selon l'article 123 ch.2 al.2 CP. Certes, la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée est antérieure à la révision de la loi fédérale sur les armes et à son ordonnance d'exécution, selon laquelle seuls tombent sous le coup de la loi les sprays de défense 1 et 2 (et non le 3 comme en l'espèce). Elle ne saurait ainsi s'appliquer telle quelle, sans faire l'objet d'un nouvel examen. Toutefois, compte tenu des cadres juridiques différents dans lesquels s'inscrivent le code pénal d'une part, et la législation sur les armes d'autre part, la notion d'arme ne recouvre pas la même réalité dans l'une et l'autre législation.

710. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation relativement extensive du Tribunal fédéral garde tout son poids en face de celle restrictive d'une partie de la doctrine. On ne comprend en particulier pas pourquoi en l'absence de toute précision figurant à l'article 123 ch.2 al.2 CP, seules tomberaient sous le coup de cette notion les armes destinées à provoquer la mort ou des lésions corporelles graves. La question peut toutefois rester indéfinie en l'espèce dès lors que le comportement du recourant⁶⁹³ tombe à tout le moins sous le coup de l'article 123 ch.1 CP. Ainsi, objectivement, le comportement du recourant tombe en tous les cas sous le coup de l'article 123 ch.1 CP.

Il ne peut y avoir infraction à l'article 123 CP que si l'auteur a agi intentionnellement ou par dol éventuel. Il y a dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait. Cette hypothèse doit être distinguée de la négligence consciente où l'auteur, faisant preuve d'une imprévoyance coupable, envisage l'événement du résultat dommageable mais escompte que celui-ci - qu'il refuse - ne se produira pas (ATF 119 IV 3).

Ce qu'une personne fait, veut, envisage ou accepte et ce dont elle s'accommode relève du fait et lie la Cour de cassation en vertu de l'article 251 al.2 CPP. Toutefois, la qualification des éléments de fait de dol éventuel, négligences conscientes ou inconscientes etc... relève du droit, de sorte que la Cour de cassation pénale, à l'instar du Tribunal fédéral, peut revoir si le dol éventuel a été retenu à juste titre. Parmi les événements extérieurs permettant de conclure que l'auteur a accepté la survenance du résultat dommageable, figurent notamment la probabilité de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont grandes, plus sera fondée la conclusion que l'auteur, malgré d'éventuelles dénégations, avait accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable (ATF 119 IV 3)⁶⁹⁴.

Ce que l'auteur savait, voulait ou ce qu'il acceptait sont des points qui ne peuvent en principe pas être examinés dans le cadre d'un pourvoi en nullité. Cependant, c'est une question de droit que de décider, sur la base des faits établis en instance cantonale, si l'auteur a agi par dol éventuel. Selon

⁶⁹³ En droit helvétique, et plus précisément dans le domaine du contentieux, le vocable « recourant » est usité ; ce terme équivaut à celui de « requérant » dans le contentieux administratif français.

⁶⁹⁴ ATF 119 IV 1, BGE 119 IV 1 S. 1 ; pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de cassation pénale (du Canton de Genève) du 15 avril 1993 dans la cause « J. c. J. et Procureur général du canton de Genève ».

L'article 18 du Code Pénal (Livre 1^{er} « Dispositions générales », Partie 1 « Crimes et délits », Titre 2 « Conditions de la répression ») traite de l'état de nécessité excusable. Si l'auteur commet un acte punissable pour se préserver ou préserver autrui d'un danger imminent et impossible à détourner autrement menaçant la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ou d'autres biens essentiels, le juge atténue la peine si le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de lui. (Premier alinéa). L'auteur n'agit pas de manière coupable si le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de lui. (Second alinéa).

la jurisprudence, en présence d'une atteinte à l'intégrité corporelle limitée à des contusions, des meurtrissures ou des griffures, il faut tenir compte de l'importance de la douleur provoquée afin de déterminer s'il s'agit de lésions corporelles simples ou de voies de fait ; sur ce point, une certaine marge d'appréciation est laissée au juge du fait, et seul l'abus de ce pouvoir appréciateur peut conduire à l'annulation de sa décision (ATF 107 IV 43, considérant 5).

Au surplus, les atteintes à l'intégrité corporelle définies aux articles 122, 123 et 126 CP représentent des notions juridiques imprécises ; aussi le Tribunal fédéral fait-il preuve de retenue avant de revenir sur l'appréciation de l'autorité cantonale dans un cas limite, lorsque deux de ces atteintes entrent en considération (voir ATF 115 IV 20, considérant 2, s'agissant de la distinction entre lésions corporelles graves et simples). Le moyen tiré d'une insuffisance de l'état de fait, quant à l'évaluation de la douleur, est ainsi mal fondé.

711. En l'espèce, le premier juge a retenu que l'acte du recourant était intentionnel (jugement p. 14). Même si on ne peut effectivement estimer que le recourant ait eu l'intention de causer une lésion corporelle (art. 123 CP) au lieu d'une simple atteinte à l'intégrité (art. 126 CP), il faut cependant considérer qu'en giclant, à bout portant, le visage et les yeux de D. avec un spray lacrymogène, il en acceptait les conséquences, qui furent en l'espèce des lésions corporelles, agissant pour le moins par dol éventuel. Il est en effet notoire que les lésions qui résultent de l'utilisation de ce genre de spray dépendent de l'aptitude de la victime à se protéger. Il est tout aussi notoire que ce genre d'instrument d'auto-défense est destiné à parer à des situations périlleuses, dans lesquelles la personne qui en fait usage risque gros, si bien qu'il ne faut pas s'étonner qu'il puisse provoquer des lésions qui, bien que passagères, peuvent néanmoins être d'une certaine importance.

En effet, et même si ce dernier a subi une atteinte qui se situe à la limite des voies de fait et des lésions corporelles, ces faits sont intervenus chronologiquement après l'utilisation du spray contre D., ce qui signifie que le recourant ne peut s'en prévaloir pour prétendre qu'il pensait qu'il en irait à chaque fois ainsi. C'est ainsi que le premier juge a considéré que l'élément subjectif de l'infraction était réalisé. Le juge fixe la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de celui-ci (article 63 du Code Pénal). Le premier juge jouit en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation pénale, comme le Tribunal fédéral, n'intervient que s'il a outrepassé son pouvoir d'appréciation en se prononçant sur un jugement manifestement insoutenable parce qu'arbitrairement sévère ou clément, aboutissant à un résultat gravement choquant, inexplicable, en contradiction avec les motifs ou fondé sur des critères dénués de pertinence.

La Cour doit également annuler un jugement lorsqu'elle n'est pas en mesure de déterminer si tous les éléments qui doivent être pris en considération ont été correctement évalués, c'est-à-dire si

la motivation est insuffisante pour permettre de contrôler le respect de l'article 63 CP (ATF 116 IV et ATF 118 IV 18)⁶⁹⁵. En l'espèce, le premier juge a tenu compte des antécédents du recourant, ainsi que de sa culpabilité, qu'il a considéré comme « assez lourde » dans la mesure où une lésion corporelle simple a été causée avec un spray dit de défense, d'autant que la victime n'était pas munie d'un tel objet. Au vu des faits retenus contre le recourant, la peine de 10 jours d'emprisonnement prononcée par le premier juge, quoique d'une certaine sévérité, n'apparaît pas disproportionnée ou arbitraire. On relèvera que le premier juge n'a pas retenu que le recourant avait agi en état de légitime défense, ce qu'il n'a d'ailleurs plus prétendu.

⁶⁹⁵ Lorsque l'autorité cantonale supérieure, s'écartant du jugement de première instance, admet des faits qui sont de nature à permettre la réduction de la peine dans le cadre de l'article 63 CP (par exemple en admettant que le montant du délit est notablement moins important), elle doit indiquer pourquoi elle prononce néanmoins une peine identique à celle fixée en première instance. (**ATF 118 IV 18, BGE 118 IV 18 S. 19**).

ATF 116 IV 288 ; pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de cassation pénale du Canton de Fribourg du 26 novembre 1990 dans la cause « X. c. Ministère public du canton de Fribourg ». Le Tribunal fédéral statue avec un plein pouvoir de cognition lorsqu'il examine si la peine fixée par l'autorité cantonale est conforme au droit fédéral (précision de la jurisprudence). Une peine prononcée sur la base des critères imposés par la loi ne viole le droit fédéral que si elle est exagérément sévère ou clémente, au point qu'on doive parler d'un excès du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité cantonale (consid. 2b). (BGE 116 IV 288 S. 288).

ATF 116 IV 288, BGE 116 IV 288 S. 292 ; le recourant s'en prend principalement à la motivation de l'autorité de première instance, lui reprochant de ne pas avoir relevé certains éléments à décharge. L'obligation de motiver un jugement ressortit au droit de procédure cantonal, dont l'application ne peut donner lieu à un pourvoi en nullité (art. 269 al. 1 PPF ; ATF 101 IV 135, considérant 3b). Les garanties minimales déduites de l'article 4 de la Constitution ne pourraient être examinées que dans un recours de droit public (art. 269 al. 2 PPF ; ATF 113 IV 117, premier considérant, ATF 112 IV 139, premier considérant, ATF 108 IV 129, considérant 6). Néanmoins, si la motivation devait être insuffisante pour permettre à la Cour de cassation de contrôler le respect de l'article 63 CP, il conviendrait de faire application de l'art. 277 PPF (ATF 101 IV 136) et d'annuler la décision attaquée.

Cette disposition impose donc à l'autorité cantonale l'obligation de mentionner dans sa décision les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour déterminer la peine à infliger. Or, la fixation de la peine suppose une appréciation globale du cas, de sorte que le jugement est nécessairement fondé sur l'ensemble du dossier et des débats. On ne saurait cependant exiger qu'il en reproduise tous les éléments et, par exemple, que le contenu d'une expertise psychiatrique soit entièrement repris. Le juge n'est tenu d'énoncer que les éléments importants qui ont dicté sa décision, sans avoir à aller jusque dans les moindres détails (ATF 93 IV 58, considérant c).

2) L'encadrement de la violence exercée à l'aide du chien policier (*Canis lupus familiaris*) : le respect du principe de proportionnalité.

712. Les chiens appartenant à la force publique sont une aide remarquable à l'action de la force publique ; leur protection juridique inexistante en France contrairement aux États-Unis d'Amérique étant donc particulièrement perfectible.

713. Concernant les Chiens⁶⁹⁶ de la gendarmerie, l'arrêté du 11 février 2004 portant enregistrement au répertoire national des certifications professionnelles fut édicté sur le fondement du décret numéro 2002-616 du 26 avril 2002 relatif au répertoire national des certifications professionnelles. Ainsi, l'article premier de l'arrêté susvisé prescrit que les certifications professionnelles énumérées sont enregistrées au répertoire national des certifications professionnelles pour une durée de cinq ans. Elles sont classées par code de nomenclature des spécialités de formation et par niveau. Ainsi, le code 344 T prévoit la certification professionnelle présentée par le ministère de la Défense, plus précisément par la Direction générale de la gendarmerie nationale, pour « maître de chien de la gendarmerie, option recherche d'explosifs, de stupéfiants, chiens d'avalanche, chiens d'assaut, piste et défense, garde et patrouille, chiens d'intervention et chiens de recherche de restes humains » (niveau IV)⁶⁹⁷. L'encadrement de la violence exercée à l'aide du chien policier doit respecter le principe de proportionnalité afin de ne pas occasionner une atteinte disproportionnée à l'intégrité physique de la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte. Le Droit comparé nous est riche d'enseignements pour ce qui concerne l'analyse du recours aux chiens policiers.

714. Ainsi, en Suisse, le Tribunal cantonal du **Canton de Vaud**, en sa Chambre des recours pénale, statua le 19 novembre 2012, sur l'intervention du canidé policier laquelle doit respecter le principe

⁶⁹⁶ Selon la taxonomie établie par Carl von Linné, le chien doit être décrit de la manière suivante :

Nom scientifique : *Canis lupus familiaris*

Taxonomie et nomenclature. Hiérarchie taxonomique : Règne: *Animalia*, Rang: Sous-espèce Synonyme(s): *Canis familiaris domesticus* Linnaeus, 1758. *Canis familiaris* Linnaeus, 1758.

Règne *Animalia*-animaux, **Phylum *Chordata***-cordés, **Sous-phylum *Vertebrata***-vertébrés, **Classe *Mammalia***-mammifères, **Sous-classe *Theria***, **Infraclasse *Eutheria***, **Ordre *Carnivora***-carnivores, **Sous-ordre *Caniformia***, **Famille *Canidae***, **Genre *Canis***, **Espèce *Canis lupus***-loup, **Sous-espèce *Canis lupus familiaris***.

Source : Système d'Information Taxonomique Intégré – SITI, Amérique du Nord, <<http://www.cbif.gc.ca/>>

⁶⁹⁷ L'arrêté du 11 février 2004 fut publié au *Journal officiel de la République française* du 18 février 2004, page 3149.

L'on pourra se fonder également sur la thèse présentée et soutenue pour le doctorat vétérinaire, de Marie-Monique HESTIN, à la faculté de médecine de Créteil en 2002 dont le sujet porte sur « Les chiens de la gendarmerie nationale », publication de l'École nationale vétérinaire d'Alfort, 99 pages. La thèse est consultable sur le site institutionnel de l'École nationale vétérinaire d'Alfort à l'adresse suivante : <<http://theses.vet-alfort.fr/>>

de proportionnalité⁶⁹⁸. En fait, par acte de son conseil du 20 décembre 2010, Y._____ a déposé plainte contre la Police de Morges pour lésions corporelles. Dans ce document, le conseil du plaignant a expliqué que les faits s'étaient déroulés le jour de l'arrestation de son client, soit le 17 novembre 2010, de la manière suivante : « Y._____ a été mordu par le chien policier au bras et au dos, ce qui a laissé des cicatrices perpétuelles comme j'ai pu le constater "de visu". Son client a fait savoir que le conducteur a lâché son chien sur lui alors qu'il était déjà à terre, la cheville gauche crochée sous le portail. Il ne pouvait donc plus fuir et il était loisible pour les 8 agents présents sur place de le neutraliser et dégager le bras se trouvant sous sa poitrine sans l'aide du chien. Ce dernier ne doit pas être envoyé sur une personne déjà incapable de bouger et donc de s'enfuir. Le cas échéant, la police devait appeler un médecin pour calmer son client qui se trouvait sous l'influence de la drogue.

Par ailleurs, il semble qu'un agent ait fait exprès de marcher sur la cheville coincée du plaignant au risque de la casser. Selon Y._____, l'intervention policière était manifestement disproportionnée et le chien ne devait pas être invité à mordre une fois que Y._____ était à terre, la cheville coincée dans la barrière et 8 agents sur place pour le maîtriser.

Selon le rapport d'intervention de la police de Morges, deux personnes à savoir un père et sa fille ont alerté les services de police en leur indiquant qu'ils devaient rencontrer Y._____ qui était sous mandat d'arrêt pour divers motifs, notamment pour des violences sur sa fille. Après avoir rencontré les informateurs et pris un signalement de la personne à interpeller, les agents de la police municipale de Morges ont fait appel à des renforts. Ils ont également été rejoints par une patrouille banalisée de la brigade canine de la police cantonale qui se trouvait sur place. Ces policiers ont été renseignés sur l'opération en cours et ils se sont postés dans leur véhicule banalisé à proximité de la voiture du père. À 20h37, un individu correspondant au signalement est apparu sur la place de la Gare de Morges. Il est d'abord passé à pied à côté de la voiture où se trouvait son ex-amie, puis il a fait demi-tour et s'est approché des portières de l'automobile. À ce moment, le père a fait des appels de phares aux agents de la brigade canine placés juste devant elle.

⁶⁹⁸ Tribunal cantonal (Canton de Vaud), Chambre des recours pénale, 19 novembre 2012, N° décision: 862 ; Présidence de M. Krieger, président ; Juges : Mmes Epard et Byrde.

La Chambre des recours pénale est l'autorité cantonale compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions et actes de procédure de la police, du Ministère public et des tribunaux de première instance (tribunaux d'arrondissement et Tribunal des mineurs). Elle se prononce également sur les recours formés contre les décisions du Juge d'application des peines et du Tribunal des mesures de contrainte dans les cas prévus par la loi. Elle statue en outre sur tout recours au Tribunal cantonal en matière pénale qui ne relève pas de la compétence d'une autre section.

Source : République et Canton de Vaud, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.vd.ch/>> ; voir, Ordre judiciaire vaudois. Et, pour la consultation de la décision de justice, voir Jurisprudence des cours du Tribunal cantonal, site officiel : <<http://www.findinfo-tc.vd.ch/>>

715. Les gendarmes sont alors descendus de leur véhicule et ont crié les injonctions d'usage. Selon le rapport, Y. _____ n'a pas obtempéré et il a pris la fuite en courant par la rue Centrale, en direction du centre-ville. À ce moment-là, le sergent D. _____ a engagé son chien « Bud » et les deux agents ont également poursuivi l'homme qui avait une trentaine de mètres d'avance. À la hauteur du passage pour piétons des rues Centrale-Sablon, le chien policier a tenté d'attraper Y. _____ au niveau des jambes, mais il a pris un coup dans la gueule. Le prénommé est tombé, mais il a réussi à se relever pour poursuivre sa route en direction de la rue de la Gare. Il s'est alors retrouvé face à une voiture balisée. Il a bifurqué à gauche, passant d'abord sous une barrière, puis, quelques mètres plus loin, il a voulu enjamber un petit portail en bois. Toutefois, selon les termes du rapport, la cheville gauche de l'intéressé se serait alors crochée dans ledit portail et le chien policier aurait saisi le prévenu à un bras. La brigade canine a ensuite pu procéder à l'arrestation, avec l'appui des autres intervenants.

Le rapport précise encore que la police n'a d'abord pu passer qu'une seule menotte à Y. _____, puisque son bras droit se trouvait sous sa poitrine. Devant l'excitation du prénommé et son absence de coopération, la police a indiqué avoir fait usage de la force avant de finalement réussir à dégager le bras droit de l'individu et le menotter. Une fouille de sécurité a été effectuée sur place. Par la suite, Y. _____ s'est encore débattu au moment où la police a voulu le mettre dans une voiture balisée et les agents ont exposé qu'ils avaient été contraints de lui ligaturer les chevilles avant de faire appel à un fourgon cellulaire pour assurer son transfert jusqu'aux locaux de la gendarmerie de Lausanne. Pendant toute l'intervention, l'intéressé n'aurait pas cessé de hurler, notamment en proférant des menaces envers son ex-compagne.

716. Par ordonnance du 14 avril 2011, le Ministère public de l'arrondissement de La Côte a refusé d'entrer en matière, au motif que les agents avaient agi conformément aux devoirs de fonction et à leurs obligations légales telles que définies dans le Code de procédure pénale suisse (CPP du 5 octobre 2007, *Recueil Systématique* [RS] 312.0). Y. _____ interjeta un recours contre l'ordonnance de classement rendue le 30 octobre 2012 par le Ministère public de l'arrondissement de La Côte dans la cause. Par arrêt du 17 mai 2011, la Chambre des recours pénale a admis le recours d' Y. _____ contre cette décision et a renvoyé le dossier de la cause au Procureur de l'arrondissement de La Côte pour nouvelle décision, considérant qu'il n'était pas possible d'affirmer sans mesure d'instruction que les conditions à l'ouverture de l'action pénale pour lésions corporelles n'étaient manifestement pas réunies dès lors que la version du plaignant ne se révélait pas d'emblée indéfendable ou insoutenable et qu'il était ainsi nécessaire que le Procureur ouvre une instruction pour établir les morsures subies par le recourant et pour clarifier les circonstances dans lesquelles le chien « Bud » s'était lancé ou avait été lancé contre le recourant, en procédant notamment à l'audition des

policiers présents.

717. Selon la Police municipale de Morges et la Gendarmerie vaudoise, six agents de la Police de Morges et deux gendarmes de la brigade canine ont été engagés dans l'opération ayant conduit à l'arrestation d'Y._____ le 17 novembre 2010. Selon un rapport du 24 janvier 2012, le médecin qui a examiné Y._____ peu après son arrestation le 17 novembre 2010 avait alors constaté de nombreuses petites plaies d'allure superficielle sur le coude et la main droits, sur le haut du bras et l'omoplate gauche, sur les deux genoux et la jambe gauche, sur la cheville, laquelle présentait également une malléole externe enflée et douloureuse sans hématome, compatible avec une entorse moyenne. Le médecin indiquait avoir prescrit des antidouleurs et des antibiotiques pour éviter le risque d'infection par morsure. Selon les termes du rapport, on pouvait s'attendre à un temps de guérison d'environ deux semaines pour les différentes plaies et jusqu'à six semaines pour l'entorse.

718. En cours d'enquête, le Procureur a procédé aux auditions des deux gendarmes de la brigade canine, C._____ et D._____. D._____, le gendarme conducteur du chien « Bud », a quant à lui expliqué que la décision de lâcher l'animal si Y._____ n'obtempérait pas à l'injonction de s'arrêter avait été prise avant le début de l'opération, dès lors que celui-ci avait été décrit comme quelqu'un de potentiellement agressif, qu'il faisait l'objet d'un mandat d'arrêt et qu'il n'avait pas de domicile connu. Le gendarme a exposé que l'engagement d'un chien devait obéir au respect du principe de la proportionnalité et que le chien dépendait uniquement de la responsabilité du conducteur. Le gendarme a ensuite expliqué qu'au moment de l'interpellation, son collègue était sorti de la voiture, qu'il s'était immédiatement légitimé et qu'il avait intimé l'ordre à Y._____ de ne plus bouger pendant que lui-même sortait le chien du véhicule.

Selon les déclarations de D._____, le prévenu a fui à la vue du chien. Les gendarmes ont donc réitéré les injonctions verbales de stopper en menaçant le fuyard de « lâcher le chien ». Faute de réaction, D._____ explique s'être exécuté. Ensuite, le chien aurait pris un coup de talon dans la mâchoire, ce qui aurait fait chuter Y._____, qui se serait toutefois immédiatement relevé et qui aurait continué à courir. Selon le gendarme, l'intéressé aurait alors essayé de passer un petit portail, mais son pied ou son pantalon serait resté coincé et il aurait chuté de l'autre côté de la barrière. D._____ a expliqué être arrivé sur le lieu de la chute en même temps que C._____, soit environ dix secondes plus tard. Le chien était déjà sur place. Il avait mordu l'intéressé à l'épaule et au bras droit au moment où celui-ci tentait de franchir la barrière. L'animal est resté en position jusqu'à ce que la situation soit « maîtrisée », ce qui, selon les termes de D._____, signifie que le suspect doit être menotté aux deux mains, ce qui n'a pas pu être le cas immédiatement dès lors que le bras droit de l'individu était dissimulé sous son ventre et qu'il refusait de le donner.

Le gendarme a ajouté qu'il avait rarement vu quelqu'un dans un tel état d'énerverment et de rage. Toutefois, il a formellement contesté avoir lâché son chien une deuxième fois alors que l'individu était maîtrisé, expliquant qu'il n'y avait eu qu'une seule et unique action. Enfin, il a expliqué que le prévenu gesticulait tellement au moment de son interpellation que les policiers avaient été contraints de lui tenir les chevilles au moyen d'un bâton tactique. Lors de sa deuxième audition, D._____ a également précisé que la décision d'engager le chien avait été prise en considérant que l'individu était sous mandat d'arrêt, qu'il avait déjà fui deux fois et qu'il fallait arrêter son activité délictueuse (harcèlement et menaces). Il a encore déclaré: « la morsure et la chute ont été quasiment simultanées, le chien l'a mordu une seconde après la chute » ; et, « même si j'avais pu rappeler le chien, c'était trop tard pour éviter la morsure ». Il a confirmé que le chien avait été « laissé en position » jusqu'à la maîtrise de l'individu.

C._____ a confirmé les déclarations de son collègue concernant l'intervention jusqu'au passage du portail. Il a précisé qu'au moment de son arrivée vers ledit portail, Y._____ était encore debout et que le chien lui avait saisi le bras à ce moment-là. Il a expliqué que l'animal n'avait pas été rappelé car l'individu n'était pas maîtrisé dès lors qu'il était excessivement agité et qu'il n'avait pas été mis à terre. Selon C._____, ce n'est qu'avec l'aide de trois collègues de la Police municipale de Morges, arrivés après l'intervention du canidé, que les gendarmes sont finalement parvenus à maîtriser l'individu, qui ne réagissait pas à la douleur. Le prénommé a déclaré ne pas avoir vu de collègue marcher sur la cheville d' Y._____.

719. Par ordonnance du 30 octobre 2012, le Ministère public de l'arrondissement de La Côte a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre inconnu pour lésions corporelles, subsidiairement lésions corporelles par négligence, a mis les frais à la charge d' Y._____ par moitié, soit la somme de 1 333 fr. 95, le solde étant laissé à la charge de l'État et a dit que le remboursement à l'État de l'indemnité due à l'avocat d'office, par 947 fr. 60, compris dans le précédent total, serait supporté par Y._____, pour autant que sa situation financière le lui permette.

Par acte de son conseil du 12 novembre 2012, Y._____ a fait recours contre l'ordonnance précitée, concluant à son annulation et au renvoi de l'affaire au Ministère public de l'arrondissement de La Côte pour instruction complémentaire, soit l'audition des agents de la police de Morges ayant participé à l'intervention, notamment le sergent A._____.

720. En droit suisse, les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement rendue par le ministère public (cf. article 319 CPP) dans les dix jours devant l'autorité de recours (article 322 alinéa 2 CPP ; cf. article 20 alinéa 1er b) du CPP), qui, dans le canton de Vaud, est la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (article 13 LVCPP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse

publiée au *Recueil Systématique Vaudois*, RSV 312.01] ; article 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire ; RSV 173.01]). Interjeté dans le délai légal (article 322 alinéa 2 et 396 alinéa 1er CPP) et dans les formes prescrites (article 385 alinéa 1er CPP), par le plaignant qui a qualité pour recourir (article 322 alinéa 2 et 382 alinéa 1er CPP), le recours d' Y. _____ est recevable.

Selon l'article 319 alinéa 1er CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi, lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis, lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu, lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales. L'article 319 alinéa 2 CPP prévoit encore deux autres motifs de classement exceptionnels (intérêt de la victime ou consentement de celle-ci).

À ce stade de l'enquête, le ministère public doit toutefois faire preuve de retenue et, s'il y a contradiction entre les preuves, il ne lui appartient pas de procéder à leur appréciation. À ce propos, le Tribunal fédéral a précisé que, de manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement »⁶⁹⁹. Un classement s'impose donc lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude. La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas. Une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation. Le principe *in dubio pro duriore* exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer. Au stade de la mise en accusation, le principe *in dubio pro reo*, relatif à l'appréciation de preuves par l'autorité de jugement, ne s'applique donc pas. C'est au contraire la maxime *in dubio pro duriore* qui impose, en cas de doute, une mise en accusation (ATF 138 IV 86 c. 4.4.1).

Enfin, le constat selon lequel aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (article 319 alinéa 1er a) du CPP) suppose que le ministère public ait préalablement procédé à toutes les mesures d'instruction pertinentes susceptibles d'établir l'existence de soupçons suffisants justifiant une mise en accusation. En substance, le recourant fait valoir que le jour de son arrestation,

⁶⁹⁹ Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, *Feuille Fédérale* 2006 p. 1255.

il n'était qu'un « jeune gars non armé » dont le seul tort a été de ne pas obtempérer aux ordres de la police. Il soutient donc que l'intervention de huit agents et d'un chien était disproportionnée, ce d'autant que « les infractions qui [avaient] justifié le mandat d'amener [le concernant] étaient de peu de gravité ». Il ajoute qu'il avait « le droit de prendre la fuite ». Enfin, il souligne que les policiers qu'il considère comme responsables, à savoir ceux de la Police de Morges, n'ont pas été interrogés.

721. Il n'est pas contesté que le recourant a subi des lésions corporelles lors de l'intervention du 17 novembre 2010, à savoir en particulier des plaies superficielles et une entorse moyenne, attestées par le certificat médical établi le 24 janvier 2012. Toutefois, la question de savoir si le comportement de la police est constitutif de l'une des infractions pénales réprimant les lésions corporelles (article 122 et suivants du Code Pénal [Code pénal suisse du 21 décembre 1937, *Recueil Systématique* 311.0]) peut demeurer indécise dès lors que l'ordonnance de classement doit de toute façon être confirmée pour les motifs exposés ci-dessous.

Conformément à l'article 14 du Code Pénal, quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu de ce même code. Cette disposition reprend en substance l'article 32 a) du Code Pénal. Ainsi, la licéité de l'acte est-elle, en tous les cas, subordonnée à la condition qu'il soit proportionné à son but (ATF 107 IV 84, c. 4).

Il faut donc se demander si le préjudice porté aux droits de tiers n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre le but qui le justifie (ATF 107 IV 84 précité, c. 4 et 4a ; ATF 94 IV 5 c. 1 et 2a), en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire de la justification et du type de la mesure prise, ainsi que des moyens et du temps dont disposait l'intéressé, selon la représentation qu'il avait des faits au moment où il a agi (arrêt du Tribunal fédéral, TF 6B_930/2008 du 15 janvier 2009, considérant 3.1). Le respect de la proportionnalité est une question de droit, qui relève avant tout de l'appréciation, laquelle doit intervenir en se replaçant dans les circonstances concrètes du cas, en tenant compte de la réalité du terrain notamment en matière d'intervention policière, de l'urgence ou encore de l'état de tension dans lequel l'auteur pouvait être légitimement plongé. Ainsi, les autorités judiciaires ne doivent pas se livrer à des raisonnements *a posteriori* trop subtils pour établir si l'auteur des mesures de défense n'aurait pas pu ou dû se contenter d'avoir recours à des moyens moins dommageables⁷⁰⁰.

722. Il était déjà acquis, aux termes de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'article 32 a) du Code Pénal, que le devoir de fonction et le devoir de profession, tels qu'expressément prévus à l'article 32 a) CP, ne constituaient pas des justifications autonomes découlant directement de cette

⁷⁰⁰ MONNIER (Gilles), *Commentaire romand du Code pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, 1077 p. ; n. 5 ad art. 14-18 CP, p. 172 et les références citées.

norme pénale, mais devaient également, conformément au principe de base, reposer sur une norme juridique écrite ou non écrite. L'article 14 du Code Pénal, à l'instar de l'article 32 a) CP, ne renferme en lui-même aucun motif justificatif et ne constitue qu'une norme de renvoi, par exemple au droit public cantonal, s'agissant de déterminer l'existence et l'étendue d'un devoir de fonction (MONNIER (Gilles), op. cit., n. 21 ad art. 14-18 CP, p. 174).

En vertu de l'article 209 alinéa 1^{er} du Code de Procédure Pénale, la police exécute un mandat d'amener avec le maximum d'égards pour les personnes concernées. Aux termes de l'article 24 de la loi vaudoise du 17 novembre 1975 sur la police cantonale (LPol ; RSV 131.11), il est interdit au fonctionnaire de police de faire subir à quiconque un outrage ou des mauvais traitements, mais la police peut, pour l'accomplissement de son service, utiliser la force, dans une mesure proportionnée aux circonstances, lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen d'agir.

723. En l'occurrence, le recourant était sous mandat d'amener pour des faits qui, contrairement à ce qu'il fait plaider, ne sont pas de peu de gravité. On en veut pour preuve le fait qu'il a été placé en détention provisoire pour une durée de trois mois en raison de ces faits dès son arrestation. Au vu de ces éléments, l'intervention conjointe de toutes les patrouilles qui se trouvaient dans le périmètre de la gare de Morges au moment des faits, y compris de la patrouille de la brigade canine de la Police cantonale n'apparaît pas disproportionnée.

724. Quant à l'intervention du canidé, il n'existe pas de norme spécifique à cet égard. Toutefois, il ressort des déclarations du maître-chien que l'engagement de l'animal dépend également du respect du principe de proportionnalité. En l'espèce, dès le début de l'intervention, les agents de la police cantonale se sont légitimés et ont procédé aux injonctions d'usage ; ils ont menacé l'individu de lâcher le chien s'il ne s'arrêtait pas. Malgré les injonctions, le recourant n'a pas obtempéré et il a pris la fuite, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Les policiers l'ont poursuivi, réitérant l'ordre au recourant de s'arrêter.

Compte tenu qu' Y. _____ continuait de fuir malgré les injonctions, qu'il faisait l'objet d'un mandat d'amener pour des faits qui ne sont pas de peu de gravité et qu'il avait été décrit comme un homme potentiellement violent et agressif, la décision du policier d'engager son chien était légitime et proportionnée. Concernant la morsure en particulier, il ressort des déclarations du maître-chien que les instructions en cas d'engagement de l'animal sont de ne le rappeler qu'une fois la situation « maîtrisée », c'est-à-dire une fois que le suspect est menotté aux deux mains. En l'occurrence, au moment où les deux policiers sont arrivés sur le lieu où le recourant avait chuté, le chien l'avait déjà mordu. En considérant que les deux policiers ne sont pas immédiatement parvenus à passer la deuxième menotte à l'intéressé qui se trouvait dans un état d'excitation extrême, qui paraissait totalement insensible à la douleur et qui refusait de donner sa main droite dissimulée sous son

ventre laissant craindre la présence d'une arme, il était légitime de ne désengager le chien qu'une fois que la situation était maîtrisée, à savoir que les deux menottes avaient pu être passées au suspect. Enfin, le chien a été rappelé aussitôt qu' Y. _____ a pu être menotté.

Sur ce point, les dépositions des policiers de Morges ne sont pas susceptibles d'amener d'éléments nouveaux, dès lors que ceux-ci sont arrivés sur les lieux après la morsure du chien. Il faut donc en conclure que les gendarmes de la brigade canine ont respecté le principe de la proportionnalité lors de l'intervention du 17 novembre 2010 en ce sens que leur comportement et les plaies superficielles engendrées chez le recourant n'excèdent pas ce qui apparaissait nécessaire pour atteindre le but, à savoir l'arrestation du fuyard. Les gendarmes ont donc agi licitement au sens de l'article 14 du Code Pénal. Par ces motifs, la Chambre des recours pénale, prononce le rejet du recours et la confirmation de l'ordonnance⁷⁰¹.

725. Le chien policier apporte à la force publique une aide remarquable dans l'accomplissement des missions cardinales qui lui sont assignées. À cet égard, la France serait bien inspirée en adoptant des normes juridiques qui viennent protéger ces êtres vivants non humains doués de sensibilité, en récompense des services rendus ; les chiens de la force publique concourent grâce à leur aide à la garantie des droits et libertés des êtres humains (*Homo sapiens*). Le Droit comparé permet d'apprécier la reconnaissance juridique dont bénéficient les chiens policiers aux États-Unis d'Amérique.

S'agissant de la protection juridique des animaux au service de la police, il convient de mettre en exergue le modèle de protection des chiens policiers dans **l'État du Missouri (États-Unis d'Amérique)**. Ainsi, toute personne se rend coupable de l'infraction d'attaque sur un animal policier, celle qui commettra une attaque sur un animal policier lorsque cette personne aura sciemment voulu tuer ou infliger des blessures graves à l'encontre de l'animal policier, et lorsque cet animal sera en service dans le cadre d'enquêtes d'ordre public, d'appréhension, ou de recherche, ou bien lorsque l'animal se trouve être sous la garde ou sous le contrôle d'un officier de maintien de l'ordre public, d'un officier de l'administration pénitentiaire, d'un membre de la police municipale, ou d'un membre

⁷⁰¹ En droit helvétique, le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des articles 78 et suivants LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral publiée au *Recueil Systématique* [RS] 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des articles 113 et suivants LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (article 100 alinéa 1 LTF).

du département des pompiers ou d'une unité de secours. Un tel comportement sur un animal policier est défini comme un délit de classe C⁷⁰².

B. L'encadrement du recours aux moyens de contrainte intermédiaire : le discernement du Code de déontologie de la police nationale.

726. Il convient ici de mettre en lumière la formation dispensée au sein des écoles de police. Ainsi, dans la **République du Honduras**, le système d'éducation policière lequel dépend organiquement du Secrétariat de la Sécurité fait figurer sur son blason au sein d'un livre les deux termes « éthique » et « science ». En effet, la formation policière vise à dispenser les standards éthiques de conduite des membres de la force publique. En **France**, sont dispensés des cours de déontologie sur le fondement du Code de déontologie de la police nationale. Les formateurs insistent tout particulièrement sur l'article sept lequel prévoit l'usage de la force avec discernement.

727. La déontologie. Le mot « déontologie » vient du grec « deon-deontos » et de « logos » ; ce vocable désigne des règles, devoirs ou obligations, en d'autres termes ce qu'il faut faire. D'un point de vue étymologique, il est donc synonyme de « morale » ou d'éthique. Effectivement, certains auteurs lui attribuent ce sens large. C'est sous ce vocable par exemple que Jérémie Bentham en 1834 et ses disciples de l'école utilitariste désignaient la morale. Et, l'on désigne souvent sous ce terme le courant moral inauguré par Kant. Historiquement cependant, le mot fut rapidement lié à l'expérience des professions et notamment des professions libérales, à l'instar de la médecine, du droit, de l'architecture etc. Il est alors l'ensemble des règles, et des devoirs liés à l'exercice de cette profession. En toute rigueur de terme, cependant, la déontologie ne se limite pas à indiquer un contenu, elle inclut également la réflexion sur ces règles et le processus d'élaboration de celles-ci.

Les fruits de cette réflexion sont souvent rassemblés sous forme de règles dans des codes de déontologie adoptés officiellement par telle ou telle profession, et s'imposant sous peine de sanctions aux membres de la corporation. Ce fait confère donc à ces codes une double particularité. D'une part, les codes déontologiques contiennent, à côté de véritables normes éthiques ou morales, des règles administratives visant à assurer la qualité de l'exercice de la profession et la renommée de la corporation. D'autre part, leur existence suppose que ces règles ont été adoptées officiellement par l'autorité (gouvernement, conseil de l'ordre, etc.), qu'elles rejoignent un certain consensus des

⁷⁰² Source : Lois du Missouri (Missouri Revised Statutes), Chapitre 575 intitulé « Infractions contre l'Administration de la Justice », Section 575.353. Source : Missouri General Assembly, <<http://www.moga.mo.gov/>>

membres. Cela implique donc un certain rapprochement des codes de déontologie avec la notion de loi positive et un éloignement concomitant de la notion d'éthique ou de morale.

Au plan de leur caractère impératif, les règles déontologiques se situent à mi-chemin entre la morale et le droit. Un devoir moral ou éthique n'oblige que l'individu qui veut bien le respecter. À l'opposé, une règle juridique organise impérativement les rapports entre individus : le contrevenant peut être ainsi poursuivi en justice ; la loi ouvre des droits aux victimes. Entre les deux, la règle déontologique s'impose aux seuls membres d'une corporation. De cette manière, le professionnel qui y contrevient, pourra être traduit devant le comité de discipline de sa corporation professionnelle et éventuellement être condamné. Toutefois, le prononcé de cette sanction n'ouvre aucun droit aux victimes⁷⁰³. Si la victime veut recevoir des dommages, elle devra alors mener une autre démarche, par exemple exercer un recours contentieux, non sur la base du code de déontologie, mais en vertu des règles générales du droit civil.

1) En France : le Code de déontologie de la police nationale.

728. En France, le Code de déontologie de la police nationale, dans son titre préliminaire prévoit que la police nationale concourt, sur l'ensemble du territoire, à la garantie des libertés et à la défense des institutions de la République, au maintien de la paix et de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens. (Article 1^{er})⁷⁰⁴.

729. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 constitue la norme fondamentale de référence de l'action policière. « La police nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la Constitution, des conventions internationales et des lois ». (Article 2). Le Code de déontologie de la police nationale consacre en son Titre Ier les devoirs généraux des fonctionnaires de la police nationale. Ainsi, le fonctionnaire de la police nationale est loyal envers les institutions républicaines. Il est intègre et impartial ; il ne se départit de sa dignité en aucune circonstance. Placé au service du public, le fonctionnaire de police se comporte envers celui-ci d'une manière exemplaire. Il a le respect absolu des personnes, quelles

⁷⁰³ Voir par analogie dans le domaine médical, THOUVENIN (D.), « Éthique en matière biomédicale », in *recueil Dalloz Sirey*, 1985, quatrième cahier, chronique, pp. 21-26.

⁷⁰⁴ L'article premier du Code de déontologie de la police nationale fut codifié sur le fondement du décret n° 86-592 du 18 mars 1986, décret publié au *Journal officiel de la République française* du 19 mars 1986, pp. 4586-4587. Ce texte juridique a été abrogé par le décret n° 2013-1113 du 04 décembre 2013 en son article 9, décret relatif aux dispositions des livres Ier, II, IV et V de la partie réglementaire du Code de la sécurité intérieure.

que soient leur nationalité ou leur origine, leur condition sociale ou leurs convictions politiques, religieuses ou philosophiques. (Article 7).

730. Le fonctionnaire de la police nationale est tenu, même lorsqu'il n'est pas en service, d'intervenir de sa propre initiative pour porter assistance à toute personne en danger, pour prévenir ou réprimer tout acte de nature à troubler l'ordre public et protéger l'individu et la collectivité contre les atteintes aux personnes et aux biens.

731. Lorsqu'il est autorisé par la loi à utiliser la force et, en particulier, à se servir de ses armes, le fonctionnaire de police ne peut en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre. (Article 9).

732. Toute personne appréhendée est placée sous la responsabilité et la protection de la police ; elle ne doit subir, de la part des fonctionnaires de police ou de tiers, aucune violence ni aucun traitement inhumain ou dégradant. Le fonctionnaire de police qui serait témoin d'agissements prohibés par le présent article engage donc sa responsabilité disciplinaire s'il n'entreprend rien pour les faire cesser ou néglige de les porter à la connaissance de l'autorité compétente. Le fonctionnaire de police ayant la garde d'une personne dont l'état nécessite des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et, le cas échéant, prendre des mesures pour protéger la vie et la santé de cette personne. (Article 10).

2) Au Canada : le Code de déontologie des policiers du Québec appliqué.

733. Sur le **continent américain**, au **Canada**, le **Code de déontologie des policiers du Québec appliqué** vise à assurer une meilleure protection des citoyens et citoyennes en développant au sein des services policiers des normes élevées de services à la population et de conscience professionnelle dans le respect des droits et libertés de la personne dont ceux inscrits dans la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12). (Article 3)⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Pour ce qui concerne la déontologie policière au Québec, deux institutions reçoivent compétence en la matière : le **Commissaire à la déontologie policière** et le **Comité de déontologie policière** qui est un **tribunal administratif spécialisé**.

Commissaire à la déontologie policière.

Le Commissaire à la déontologie policière reçoit et examine les plaintes formulées à l'endroit des policiers, des agents de protection de la faune, des constables spéciaux, des contrôleurs routiers et des enquêteurs de l'UPAC qui auraient contrevenu au Code de déontologie des policiers du Québec. En l'occurrence, le Commissaire a compétence à l'égard des policiers du Québec lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans une autre province ou territoire du Canada et, suivant certaines adaptations, à l'égard des policiers

La Cour du Québec a parfaitement défini la notion de déontologie. « Le droit déontologique est un droit régulièrement qualifié de droit *sui generis* et ne participe, dans son essence, ni entièrement du droit pénal ou criminel, ni entièrement du droit civil, même s'il en importe parfois le vocabulaire. L'objectif fondamental du contrôle déontologique n'est pas la punition, comme en droit pénal, ni la réparation, comme en droit civil, ni enfin la sanction du non-respect des ordres liés à l'exercice des fonctions, comme en droit disciplinaire, mais bien plutôt essentiellement la protection du public [...] ». (*Beaudoin c. C.D.P.*, C.Q. 500-80-000094-020, 28 novembre 2003).

734. Le Code de déontologie est rédigé dans des termes généraux mais le législateur ne pouvait pas adopter un Code de déontologie aussi détaillé que le Code criminel pour régir le comportement professionnel des policiers. C'est pourquoi les dispositions de ce Code comprennent un « notamment », suivi d'une énumération. Les termes généraux utilisés par le législateur doivent donc recevoir une interprétation libérale, laissant une large discrétion au décideur « quant à savoir si l'infraction reprochée entre dans le cadre de ces dispositions en rapport avec l'objectif visé par l'article 3 de ce Code ». (Arrêt de la Cour du Québec, *Bouchard c. C.D.P.*, C.Q. 500-02-081886-991, 30 mai 2001).

d'autres provinces ou territoires qui sont autorisés, en vertu d'une autorisation dispensée conformément à la Loi sur la police, à exercer leurs fonctions au Québec.

Toutefois, aucune sanction ne peut être imposée à un policier d'une autre province ou territoire, de sorte que s'il y a enquête, le résultat de celle-ci sera soumis pour suivi à l'autorité qui traiterait normalement la plainte dans sa province ou son territoire d'origine.

S'agissant des pouvoirs et attributions, le Commissaire a une mission déterminante au sein du système déontologique policier. En effet, au terme de l'aide accordée aux citoyens pour formuler leur plainte, de l'examen préliminaire des plaintes, de la conciliation des parties, de l'enquête des allégations formulées par les plaignants et de l'évaluation de la suffisance de la preuve pour citer un policier devant le Comité de déontologie policière, il règle plus de 90 % du volume des plaintes dont le système déontologique est saisi. En outre, à la suite d'une citation, le Commissaire assure les représentations devant le Comité de déontologie policière et, s'il y a appel, devant la Cour du Québec.

Toutefois, le Commissaire ne peut pas se saisir lui-même d'une affaire. Ainsi, il peut agir seulement lorsqu'il y a une plainte d'une personne ; une demande d'enquête du ministre de la Sécurité publique ; une décision définitive d'un tribunal canadien déclarant un policier coupable d'une infraction criminelle constituant également une dérogation au Code de déontologie.

Les décisions du Commissaire de clore un dossier sont motivées par écrit et sujettes, à la demande du plaignant, à une procédure de révision qui est, selon l'étape où la décision est prise, interne (Commissaire lui-même) ou externe (Comité de déontologie policière).

Par ailleurs, le Commissaire peut faire des recommandations pour remédier à toute situation préjudiciable constatée, ou en prévenir la répétition, et formuler des observations pour améliorer la conduite d'un policier, d'un agent de protection de la faune, d'un constable spécial, d'un contrôleur routier ou d'un enquêteur de l'UPAC.

De plus, s'il apparaît qu'une infraction peut avoir été commise, le Commissaire peut en saisir le corps de police approprié à des fins d'enquête criminelle. Enfin, au terme d'une enquête déontologique, le Commissaire peut aussi transmettre son dossier au Directeur des poursuites criminelles et pénales.

735. Le Code de déontologie policière, qui a pour principal objectif la protection du public, à défaut d'être une loi au sens plein, est un texte normatif qui vise sans conteste la protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens. Par conséquent, lorsqu'il est tenu d'interpréter ce Code, le Comité⁷⁰⁶ doit appliquer la directive d'interprétation large et libérale des lois qui vise la protection des droits fondamentaux. « Cela étant, le Comité doit néanmoins veiller à préserver un juste équilibre entre la protection du public et la préservation des pouvoirs qui permettent à leur tour aux policiers de protéger le public, par la répression du crime [...] ». « S'il est vrai que le Code ne doit pas devenir "un empêchement à l'exercice des fonctions incombant aux forces policières, il ne doit pas davantage être altéré au point qu'il devienne un instrument passif devant l'accroissement des pouvoirs accessoires à cet exercice ». (C.D.P. c. Bessette et Martin, C.Q. 500-80-000961-038, 14 avril 2004).

736. Pour ce qui concerne l'usage des armes intermédiaires (poivre de Cayenne, bâton, etc.), privilégier l'usage du poivre de cayenne de la manière enseignée plutôt que la confrontation physique avec un individu particulièrement costaud qui résiste, même passivement, à son arrestation, dans un espace restreint et en pleine circulation matinale, est une bonne décision de la part du policier. (C.D.P. c. Morin et Ouellet, 17 avril 2002).

737. Il faut que l'obligation de prudence et de discernement soit appliquée en tenant compte des circonstances. Il peut arriver que la décision de se servir d'une arme ou d'une autre pièce d'équipement doive être prise sans temps de réflexion. Tenter d'immobiliser une personne en lui appliquant la lampe de poche sur la gorge constitue une manœuvre qui, en toute circonstance, est dangereuse. « Il est de connaissance d'office que, en toute circonstance, le fait d'appuyer un objet de la nature d'une lampe de poche sur la gorge d'une personne peut couper la respiration et entraîner des conséquences néfastes. L'utilisation d'une lampe de poche, dans ces circonstances, pour l'appuyer sur la gorge d'une personne que l'on veut contrôler, est un manque de prudence et de

⁷⁰⁶ **Comité de déontologie policière.** Le Comité de déontologie policière est un **tribunal administratif spécialisé** qui assure la protection des citoyens dans leurs rapports avec les policiers, agents de protection de la faune, constables spéciaux, contrôleurs routiers et enquêteurs de l'UPAC.

Le Comité offre aux citoyens la possibilité de faire valoir leurs droits et aux policiers, agents de protection de la faune, constables spéciaux, contrôleurs routiers et enquêteurs de l'UPAC, leur défense, devant une instance accessible, indépendante, impartiale et spécialisée en matière de déontologie policière.

Le Comité exerce son mandat en vertu de la Loi sur la police. Il veille à l'application et au respect du Code de déontologie des policiers du Québec et favorise le développement, au sein des corps policiers, de normes élevées de services à la population et de conscience professionnelle dans le respect des droits et libertés de la personne.

Pour accomplir sa mission, le Comité bénéficie de 18 postes autorisés. Il est notamment composé d'avocats admis au Barreau du Québec depuis au moins 10 ans pour les membres à temps plein ; d'au moins 5 ans pour les membres à temps partiel. Le gouvernement désigne un président et un vice-président parmi les membres à temps plein.

discernement, tel que proscrit par l'article 11 du Code de déontologie ». (Bourdon et Sylvestre c. C.D.P., C.Q. 500-02-070931-980, 31 mars 2000).

§ 2. La responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres

738. L'objectif de l'action de la force publique à l'aune du principe de proportionnalité est de garantir au mieux le droit à l'intégrité physique de la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte, mesure destinée à sanctionner l'auteur d'infractions qui brisent le pacte social. La loi sur la **police hongroise** de 1994 (loi XXXIV) prévoit, de manière expresse, le respect du principe de proportionnalité s'agissant de l'action de la force publique policière. Ainsi, la section 15 de la loi susvisée prescrit en son paragraphe premier qu'une mesure policière ne devra pas causer un détriment qui est manifestement hors de proportion avec l'objectif légal de la mesure. De cette manière, sur les différentes options possibles des mesures policières ou des moyens de contrainte, celui qui effectivement causera le moins de restriction, de blessure ou de dommage à l'égard de la personne affectée par cette mesure devra être choisi (paragraphe deuxième)⁷⁰⁷.

En **Lituanie**, la loi sur les activités policières, loi en date du 17 octobre 2000, loi numéro VIII – 2048 tel qu'amendée le 12 décembre 2000 par la loi numéro IX – 74 prévoit expressément le respect du principe de proportionnalité pour ce qui concerne le recours aux moyens de coercition. Ainsi, la loi précise dans son chapitre quatre l'usage des armes à feu, et des moyens de contrainte physique. L'article 23 énumère les types de contrainte et les conditions de son usage. Ainsi, l'article 23 en son premier alinéa énonce que l'officier de police possède le droit d'user de la coercition quand cela s'avère être nécessaire pour prévenir les violations de la loi, pour appréhender les personnes qui ont commis de telles violations.

739. La coercition qui peut engendrer des blessures corporelles voire la mort, doit être utilisée à la condition que cela est nécessaire pour l'accomplissement du devoir officiel et seulement après que toutes les mesures possibles de persuasion ou d'autres mesures ont été employées sans résultat. Le type de contrainte et les limites de son usage devront être choisis par l'officier de police, lequel devra prendre en compte la situation concrète, la nature de la violation de la loi. Lorsqu'ils ont recours à la contrainte, les officiers de police doivent chercher à éviter les conséquences dommageables vis-à-vis de la personne qui fait l'objet de la mesure de contrainte.

⁷⁰⁷ Source : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, site institutionnel : <<http://www.legislationline.org>>

L'officier de police peut, dans les cas limitativement prévus par la loi, user de la contrainte physique, d'une arme à feu et d'explosifs. (Deuxième alinéa). La contrainte physique est définie comme étant : premièrement, l'usage de la force physique et tout autre type de méthode de combat; l'usage d'équipement spécial, à l'instar des menottes, du gaz, des chiens policiers (article 23, en son quatrième alinéa). Il convient ici de mettre en lumière, qu'avant d'user de la contrainte physique ou d'une arme à feu, l'officier de police doit avertir la personne de son intention (article 23, cinquième alinéa)⁷⁰⁸.

740. Afin d'assurer le rayonnement des droits et des libertés dont jouissent tout être humain vivant au sein d'une société humaine, la force publique peut être amenée à déployer la contrainte physique et notamment lorsque la personne appréhendée se rend coupable du délit de rébellion. En ce qui concerne la définition du délit de rébellion, caractérise notamment le délit de rébellion, tout acte de résistance active à l'intervention des agents dépositaires de l'autorité publique, même sans atteinte physique à la personne de ces derniers. Il convient ici de souligner s'agissant des éléments constitutifs de l'incrimination, qu'il n'est pas nécessaire que la résistance ait atteint matériellement l'agent dépositaire de l'autorité publique. Le délit de rébellion est constitué dès lors que la résistance a été accompagnée de violences qui, sans atteindre matériellement l'officier public, ont entravé son action⁷⁰⁹.

Les membres de la force publique, pour assurer l'effectivité des lois pénales qui se trouvent au fondement des sociétés humaines, peuvent être amenés à recourir à la force physique ; l'emploi de la force myologique obéissant à des normes juridiques pénales, lesquelles sont interprétées par le

⁷⁰⁸ Source : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, site officiel : <http://www.legislationline.org>

⁷⁰⁹ Ainsi, en se fondant sur la circonstance que le demandeur n'avait pas été atteint par les gestes du prévenu, tout en constatant que ce dernier avait tenté de lui porter des coups, ce qui était de nature à empêcher le brigadier de police d'exercer sa mission, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations, violant les articles 433-6 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale. En l'occurrence, à la suite d'incidents consécutifs à une manifestation, des fonctionnaires de police ont interpellé, dans un café où il s'était réfugié, Claude Y..., soupçonné d'avoir lancé des projectiles sur les forces de l'ordre. Claude Y..., poursuivi pour violences sur la personne de 2 agents de la force publique et rébellion à l'égard d'Hugues Z..., brigadier de police, lors de son interpellation, en a été déclaré coupable par le tribunal correctionnel, qui l'a condamné à des réparations civiles au profit du demandeur.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 10 novembre 1998, N° de pourvoi: 97-86054, publié au *Bulletin criminel* 1998, N° 295 p. 852 ; (cassation partielle). Président : M. Roman, conseiller le plus ancien faisant fonction, président ; M. Sassoust, conseiller rapporteur, M. Lucas, avocat général.

Et, voir également, dans le même sens, Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 février 1990, N° de pourvoi : 89-81306, inédit (rejet). M. Angevin, conseiller le plus ancien, faisant fonctions de président en remplacement du président empêché ; M. Guilloux, conseiller rapporteur ; MM. Malibert, Guth, Alphand, Carlioz, conseillers de la chambre ; Pelletier, conseiller référendaire ; M. Libouban, avocat général. Source : Légifrance.

juge pénal. De cette manière, la jurisprudence a élaboré une « grammaire » à suivre afin de respecter les lois démocratiquement votées et, donc les droits de l'Homme qui se trouvent au sommet de la hiérarchie des normes.

En cas de non respect de ces normes juridiques de comportement, les membres de la force publique exposent la puissance publique à voir sa responsabilité engagée. Avant d'étudier la responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres dans les États de droit romano-germanique en se fondant sur l'exemple helvétique **(B)**, il convient pour la France de déterminer l'ordre de juridictions compétent **(A)**.

A. La détermination de l'ordre de juridictions compétent en France dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres.

741. En **France**, eu égard au dualisme juridictionnel, il convient de déterminer l'ordre de juridictions compétent. Il échet au Tribunal des conflits de déterminer le juge compétent en matière d'action en responsabilité à raison de fautes commises par des fonctionnaires de police, dirigée contre ces derniers devant la juridiction judiciaire et contre l'État devant la juridiction administrative.

Des fonctionnaires de police, agissant en vue de constater une infraction qui leur avait été signalée, doivent être regardés comme ayant participé à une opération de police judiciaire lorsqu'ils se sont rendus coupables de coups et blessures volontaires sur la personne qu'ils ont interpellée parce qu'ils la suspectaient d'avoir commis ladite infraction. L'action en responsabilité de la victime contre l'État relève de la compétence des tribunaux judiciaires.

Une demande tendant à ce que des fonctionnaires de police soient condamnés à des dommages-intérêts en réparation du dommage qu'ils ont causé par des coups et blessures volontaires⁷¹⁰, rejetée par la cour d'appel comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, au motif que les fautes n'étaient pas détachables du service, a le même objet et le même fondement qu'une demande adressée au tribunal administratif et tendant à la désignation d'un expert en vue de déterminer le préjudice subi et à la condamnation de l'État au paiement de dommages-intérêts. Il y a donc identité de litige au sens des articles 17 et 34 du décret du 26 octobre

⁷¹⁰ Tribunal des conflits, 7 mars 1994, « M. X... », N° 02902, publié au *recueil Lebon*, source : Légifrance. M. Lemontey, président, M. Saintoyant, rapporteur, M. Abraham, commissaire du gouvernement. Le 28 février 1989, vers 3 heures 40, à Valence, l'intervention de la police a été demandée au motif que deux individus faisaient du tapage nocturne en frappant à la porte d'un foyer de jeunes filles. Le brigadier de police Marracini et le policier auxiliaire Rosa se sont rendus sur les lieux et ont interpellé M. X... . Pour l'emmener au commissariat, ils l'ont projeté dans la voiture de service, le blessant ainsi à un genou. Ils l'ont ensuite frappé au cours du trajet et à l'arrivée.

1849.

742. La justice française garantit aux justiciables le respect de leur droit à l'intégrité physique contre les brutalités policières. Ainsi, s'agissant d'un fonctionnaire de police qui a asséné un coup de poing à une personne ayant fait l'objet d'une interpellation, violence physique illégitime laquelle lui occasionna divers préjudices, le Tribunal des Conflits décida que concernant la distinction entre la police administrative et judiciaire, l'opération qui consiste à interpellier et appréhender un individu en application de l'article 12 du Code de procédure pénale relève de l'exercice de la police judiciaire. Aussi, les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les fonctionnaires de police dans de telles circonstances, et sans même qu'il soit besoin de déterminer si le dommage trouve son origine dans une faute personnelle détachable du service, relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires⁷¹¹.

743. En outre, la constatation des infractions à la réglementation du stationnement des véhicules automobiles est une opération de police judiciaire. Par suite, l'action en responsabilité exercée par le contrevenant en réparation des conséquences dommageables du coup qui lui a été porté au visage le 6 avril 1993 par M. X..., agent de surveillance du domaine municipal qui le verbalisait, au moyen de son poste de radio portable relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire⁷¹².

744. Par ailleurs, pour ce qui concerne les cas de recours indemnitaires relatifs à la réparation du préjudice causé par des coups et blessures portés par des fonctionnaires de police, des demandes ayant le même objet et le même fondement soulèvent une « même question » au sens de l'article 17 du décret du 26 octobre 1849 ou un « même litige » au sens de l'article 34 du même décret, alors même que les parties aux instances devant les juridictions des deux ordres ne sont pas les mêmes. Une demande tendant à ce que des fonctionnaires de police soient condamnés à des dommages-intérêts en réparation du dommage qu'ils ont causé par des coups et blessures volontaires, rejetée par une cour d'appel comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, au motif

⁷¹¹ Tribunal des Conflits, 26/09/2005, « M. Frédéric A. », N° C3461, Mentionné dans les tables du *recueil Lebon*. M. Stirn, président ; M. Ronny Abraham, rapporteur ; Mlle Abelin, commissaire du gouvernement. Le 5 août 1999, M. A s'est heurté au refus de MM. B et Selva, agents de police, de le laisser pénétrer dans une zone du centre ville de Bayonne interdite à la circulation en raison de festivités. M. A s'est emporté et a outragé les deux agents commettant le délit prévu et réprimé par l'article 433-5 du Code pénal. Ces agents ont, alors, interpellé M. A en l'extrayant de son véhicule et en l'immobilisant. Au moment où M. B a voulu récupérer les papiers d'identité de M. A dans son véhicule, celui-ci a effectué un geste en direction du policier qui a réagi en lui assénant un coup de poing lui occasionnant divers préjudices dont il a recherché la réparation. L'opération consistant à interpellier et appréhender un individu en application de l'article 12 du Code de procédure pénale, relève de l'exercice de la police judiciaire.

Voir également, TC, 9 juillet 1953, « Dame veuve Grange c/ Nardon et autres », p. 591 ; et, TC, 7 juin 1999, « Tardiff », p. 454.

⁷¹² Tribunal des conflits, 7 juin 1999, « M. Y... c. Ville de Rennes », N° 03134, publié au *recueil Lebon*. M. Waquet, président ; Mme Mazars, rapporteur ; M. Arrighi de Casanova, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance.

que les fautes n'étaient pas détachables du service, a le même objet et le même fondement qu'une demande présentée par le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions adressée à un tribunal administratif et tendant à la condamnation de l'État au paiement de dommages-intérêts à raison des mêmes faits⁷¹³.

745. Enfin, la Cour administrative d'appel de Lyon, 3ème chambre - formation à 3, 17/07/2012, « M. A »⁷¹⁴ s'est prononcée sur une affaire d'étranglement par un fonctionnaire de police d'une personne interpellée. M. A, brigadier-chef de police, demande à la Cour d'annuler le jugement du 2 décembre 2011 par lequel le Tribunal administratif de Grenoble a rejeté sa demande d'annulation de la décision de la directrice départementale de la sécurité publique de l'Isère du 19 octobre 2009 qui lui inflige un blâme, et du rejet par le ministre de l'intérieur du recours hiérarchique.

Il lui est reproché d'avoir méconnu les articles R. 113-5 et R. 113-6 du règlement général de la police nationale, avec étranglement d'un délinquant, M. B, révélant un usage excessif de la force. Par adoption des motifs retenus par le Tribunal, la Cour écarte les moyens invoqués par le requérant, tirés du non respect de la règle de communication du dossier, de l'inexactitude des deux griefs retenus à son encontre, et de l'erreur manifeste d'appréciation entachant la sanction, qui sont repris en appel. M. A n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort, que par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Grenoble a rejeté sa demande.

746. Un dommage subi par un particulier au cours d'une opération de police judiciaire, relevant non de l'organisation de la justice mais de son fonctionnement, relève de la compétence du juge judiciaire qui peut ordonner une expertise afin d'évaluer le préjudice subi. La responsabilité de l'État à l'occasion de dommages survenus à l'occasion d'une opération de police judiciaire peut être engagée même en l'absence de faute lourde quand la victime n'était pas concernée par l'opération

⁷¹³ Le 9 juin 2002, vers trois heures à Mulhouse, l'intervention de la police a été demandée au motif qu'un individu s'avérait menaçant avec un fusil à pompe devant une discothèque. Une équipe de police s'est rendue sur place et a interpellé M. A. Pour l'emmener au commissariat, les policiers l'ont bousculé et frappé, le blessant gravement à la face. La Cour d'appel de Colmar, qui a déclaré les fonctionnaires de police coupables de délits de coups et blessures volontaires sur la personne de M. A, a, statuant sur les conclusions de celui-ci dirigées contre eux, dit que les fautes reprochées aux prévenus ne sont pas détachables du service et a renvoyé les parties devant la juridiction administrative compétente.

Les fonctionnaires de police ont agi à l'occasion de la commission de l'infraction qui leur avait été signalée et ont appréhendé M. A qu'ils suspectaient de l'avoir commise. Ils doivent, en conséquence, être regardés comme participant à une opération de police judiciaire lorsqu'ils se sont livrés à des sévices sur sa personne. Il s'ensuit que l'action en responsabilité, exercée par M. Dominguez ou par le FGTI subrogé dans ses droits, du fait des sévices subis relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Tribunal des Conflits, 17/05/2010, N° C3745. Mentionné dans les tables du *recueil Lebon*. M. Martin, président ; M. Christian Vigouroux, rapporteur ; M. Boccon-Gibod, commissaire du gouvernement. Voir également, TC, 7 mars 1994, « Damez », n° 2902, p. 593.

⁷¹⁴ Requête n° 12ly00479, inédit au *recueil lebon* ; M. Rabate, président ; M. Vincent Rabate, rapporteur ; MME SCHMERBER, rapporteur public. Source : Légifrance.

qui comportait des risques et qui a provoqué un dommage excédant par leur gravité les charges que doivent en principe supporter les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire. Une intervention des agents de la force publique en tenue civile et sans signe distinctif extérieur de reconnaissance, ayant provoqué une blessure motivant des arrêts de travail réguliers revêt ces caractères et la responsabilité de l'État peut alors être engagée⁷¹⁵.

747. Selon une jurisprudence constante (Cour de cassation, 1ère Chambre Civile 10 juin 1986, « consorts Z... », Bulletin I n° 160, *JCP* 1986 20.683 et 30 janvier 1996 *JCP* 1986 22 608), si la responsabilité de l'État à raison des dommages survenus à l'occasion de l'exécution d'une opération de police judiciaire n'est engagée qu'en cas de faute lourde des agents de la force publique, cette responsabilité se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, lorsque la victime n'était pas concernée par l'opération de police judiciaire et que cette opération comporte des risques et provoque des dommages excédant par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportés par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire.

S'agissant d'une interpellation par des agents de la force publique, en tenue civile et sans signe distinctif extérieur de reconnaissance, celle-ci comporte, pour le particulier, des risques inhérents en raison de la mise en œuvre de tels procédés qui créent des confusions quant à l'identification. La gravité des dommages subis est sans commune mesure avec les conséquences d'une contrainte normalement exercée lors d'une telle interpellation. Alors que le comportement personnel des époux X... Y... n'était pas caractérisé par une quelconque particularité lors de l'arrêt au péage de l'autoroute, ce qui constituait le seul cas autorisant une intervention pour mettre fin à la perception apparente d'un danger, une forte contrainte physique a été employée pour s'assurer de la personne du mari, l'extraire de son véhicule et le maîtriser. Une telle contrainte était alors manifestement disproportionnée.

B. La responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres en Suisse.

748. S'agissant des abus d'autorité dont peuvent se rendre coupables certains membres de la force publique, l'article 312 du Code Pénal suisse prévoit que « Les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou

⁷¹⁵ Cour d'appel de Montpellier, 16 décembre 2002, « Agent Judiciaire du Trésor c/ époux X... Y... », N° de RG: 02/00034, source : Légifrance.

dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

749. En matière d'usage de la force par les policiers, le Tribunal cantonal du Canton de Vaud (chambre d'accusation), s'est prononcé le 10 février 2010⁷¹⁶. En l'occurrence, le 13 juin 2008, B. a déposé plainte pénale contre inconnus pour voies de fait, lésions corporelles simples et abus d'autorité, expliquant qu'il se trouvait le 7 juin 2008 à la gare de la Chaux-de-Fonds lorsqu'il avait été « agrippé » par des policiers. Il exposait que ceux-ci l'avaient projeté au sol alors qu'il se débattait, puis lui avaient menotté les mains et entravé les pieds avant d'appeler du renfort, précisant que les policiers avaient découvert son couteau à ce moment-là. Le plaignant affirmait qu'ils ne pouvaient l'avoir interpellé en raison de son couteau, celui-ci étant caché par sa veste qui descendait jusqu'à la cuisse. Il relatait que les policiers l'avaient ensuite porté comme un paquet et jeté dans une cabine téléphonique se situant à l'entrée de la gare et qu'ils l'avaient également jeté sans ménagement dans le véhicule arrivé avec les renforts. Le recourant expliquait avoir été en garde-à-vue jusqu'au lendemain après-midi puis, constatant que ses blessures étaient sérieuses, s'est rendu le jour même à l'hôpital pour un contrôle. L'examen médical a révélé un arrachement osseux et un épanchement intra-articulaire au genou gauche ainsi que de multiples dermabrasions sur le torse et les membres avec hématome au niveau de l'oreille gauche.

Le 16 juin 2008, le Ministère public a requis le juge d'instruction d'ouvrir une information contre inconnus pour infractions aux articles 123, 126 et 312 CP. L'enquête a permis d'identifier C. et M. comme étant les agents intervenus à l'encontre du recourant. Le juge d'instruction a adressé au ministère public le 10 août 2009 un préavis dûment motivé, proposant un non-lieu en faveur des prévenus. Par ordonnance du 12 août 2009, le ministère public, a prononcé un non-lieu pour motifs de droit en faveur de C. et M., retenant qu'ils étaient intervenus de manière conforme aux exigences de leur fonction. Il a mis les frais de la cause à la charge de B., estimant qu'il avait agi dolosivement en affirmant que les gendarmes l'avaient agrippé par derrière sans s'annoncer, sans avertissement et sans raison, qu'il avait été projeté à terre sans raison, que les gendarmes n'avaient pas pu voir son couteau avant l'interpellation, que les deux gendarmes l'avaient entravé aux poignets et aux chevilles et l'avaient ensuite porté comme un paquet pour le jeter dans une cabine téléphonique à l'entrée de la gare, alors qu'il savait ses propos infondés. C. recourt contre cette ordonnance. Il concluait à l'annulation de la décision du 12 août 2009 et à ce que les agents C. et M. soient renvoyés devant le Tribunal de police sous la prévention d'infraction à l'article 312 CP.

⁷¹⁶ <<http://jurisprudence.ne.ch/>>

750. Il reproche au ministère public d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en estimant que l'intervention policière ne prêtait pas le flanc à la critique et en considérant qu'il avait agi dolosivement car il savait ses propos infondés. Il invoque que le début de l'interpellation policière constitue un abus d'autorité, les agents ne sachant pas avant de l'avoir mis à terre qu'il portait un couteau. Il fait également valoir que l'altercation a été violente et que même s'il est possible que la scène ne se soit pas déroulée dans son entier telle qu'il l'a retranscrite, il ne s'est pas automutilié pour mettre la police en cause, a toujours maintenu sa version et argué de sa bonne foi. Dès lors, les frais de la cause ne sauraient être mis à sa charge.

751. Aux termes de l'article 312 CP, les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, se rend coupable d'abus d'autorité au sens de l'art. 312 CP celui qui, dans l'exercice de ses fonctions, use illicitement de la force ou la contrainte en profitant de sa position de pouvoir particulière (ATF 127 IV 209, JdT 2003 IV 117). L'infraction peut aussi être réalisée lorsque l'auteur poursuit un but légitime, mais recourt, pour l'atteindre, à des moyens disproportionnés. En matière de violence et de contrainte exercées par un fonctionnaire, l'application de l'art. 312 CP dépend uniquement de savoir si l'auteur a utilisé ses pouvoirs spécifiques, s'il a commis l'acte qui lui est reproché sous le couvert de son activité officielle et s'il a ainsi violé les devoirs qui lui incombent. L'utilisation de la force ou de la contrainte doit apparaître comme l'exercice de la puissance qui échoit au fonctionnaire en vertu de sa position officielle (arrêt du TF du 30.05.005 [6S.171/2005] cons. 2.1).

En l'espèce, l'interpellation du recourant par les agents se justifiait, celui-là étant porteur d'une arme prohibée par la loi. Que la découverte de l'arme soit intervenue avant ou après la mise à terre du recourant n'est pas déterminante. En effet, les agents de la police judiciaire ont qualité pour opérer des contrôles d'identité et appréhender l'auteur présumé d'une infraction et, si cela est nécessaire, le fouiller, ainsi que son véhicule et ses bagages (art. 97 CPPN). De surcroît, il est établi que le recourant s'est montré agressif envers les agents dès son interpellation et leur a résisté, les autorisant dès lors à faire usage de la force (art. 55 LPol et Bauer/Cornu, *Code de procédure pénale neuchâtelois annoté*, ad art. 97, N 3, p. 224).

752. En outre, les agents n'ont pas utilisé de moyens disproportionnés. En effet, il ressort du dossier que le recourant s'est fortement débattu. C'est donc avec raison que le ministère public a constaté que C. et M. sont intervenus de manière conforme aux exigences de leur fonction, si bien qu'aucune infraction pénale ne peut leur être imputée. Le non-lieu pour motifs de droit prononcé en leur faveur échappe dès lors à la critique.

753. S'agissant de mauvais traitement infligé par la police, le Tribunal cantonal du Canton de Vaud (Chambre des recours pénales), le 12 mars 2013, a opéré un contrôle de proportionnalité. En résumé, le Ministère public a considéré que la décision des prévenus d'emmener T. _____ au poste de Payerne pour procéder à une audition et à une prise de sang était conforme aux directives et instructions qu'ils devaient observer en pareil cas.

Conformément à l'art. 14 CP, quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu de ce même code. Cette disposition reprend en substance l'art. 32 CP, de sorte que la jurisprudence conserve sa pertinence. La licéité de l'acte est, en tous les cas, subordonnée à la condition qu'il soit proportionné à son but (ATF 107 IV 84 c. 4).

Il faut donc se demander si le préjudice porté aux droits de tiers n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre le but qui le justifie (ATF 107 IV 84, précité, c. 4 et 4a; ATF 94 IV 5 c. 1 et 2a), en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, soit de la justification et du type de la mesure prise, ainsi que des moyens et du temps dont disposait l'intéressé, selon la représentation qu'il avait des faits au moment où il a agi (TF 6B_930/2008 du 15 janvier 2009 c. 3.1).

754. Le respect de la proportionnalité est une question de droit, qui relève avant tout de l'appréciation, laquelle doit intervenir en se replaçant dans les circonstances concrètes du cas, en tenant compte de la réalité du terrain – notamment en matière d'intervention policière – de l'urgence ou encore de l'état de tension dans lequel l'auteur pouvait être légitimement plongé. Ainsi, les autorités judiciaires ne doivent pas se livrer à des raisonnements a posteriori trop subtils pour établir si l'auteur des mesures de défense n'aurait pas pu ou dû se contenter d'avoir recours à des moyens moins dommageables. Il était déjà acquis, aux termes de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'art. 32 a CP, que le devoir de fonction et le devoir de profession, tels qu'expressément prévus à l'art. 32 a CP, ne constituaient pas des justifications autonomes découlant directement de cette norme pénale, mais devaient également, conformément au principe de base, reposer sur une (autre) norme juridique écrite ou non écrite. L'art. 14 CP, à l'instar de l'art. 32 a CP, ne renferme en lui-même aucun motif justificatif et ne constitue qu'une norme de renvoi, par exemple au droit public cantonal, s'agissant de déterminer l'existence et l'étendue d'un devoir de fonction (Monnier, op. cit., n. 21 ad art. 14-18 CP, p. 174).

En droit cantonal, l'art. 24 de la loi sur la police cantonale (RSV 131.11, LPol) interdit au fonctionnaire de police de faire subir à quiconque un outrage ou des mauvais traitements, mais prévoit que la police peut, pour l'accomplissement de son service, utiliser la force, dans une mesure proportionnée aux circonstances, lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen d'agir.

Ainsi, les blessures de la recourante demeurent dans la droite ligne d'une immobilisation énergétique avec menottes et ne proviennent pas d'une atteinte gratuite ou sans commune mesure avec l'attitude de cette dernière. D'ailleurs, la recourante a admis elle-même qu'elle avait remarqué les marques le soir seulement. Pour ce qui concerne les séquelles psychiques alléguées par la recourante, elles doivent également être sérieusement relativisées car, là encore, elles résultent d'une situation de grand stress provoqué par la recourante elle-même.

755. Le recours à la contrainte physique, consistant en l'utilisation de menottes à cause de la résistance que la recourante continuait d'opposer, était proportionné aux circonstances. Les prévenus étaient fondés à penser, dans la situation où ils se trouvaient, qu'il n'y avait pas d'autre moyen de calmer la recourante, qui apparemment demeurait sourde à la voix de la raison en refusant d'obéir aux injonctions de la police. La décision du procureur de classer la procédure échappe donc à la critique.

Section deuxième. L'interdiction absolue de la torture : consécration constitutionnelle et organique.

756. Le principe de la dignité de la personne humaine domine de très nombreux domaines du droit. Il a fait son apparition à l'issue de la Seconde Guerre mondiale dans les textes internationaux. Ainsi, il convient de mettre en exergue la Déclaration universelle des droits de l'homme, laquelle s'y réfère, dès son Préambule (la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine »).

757. En droit français, le principe a été consacré de manière tardive par le Conseil constitutionnel dans ses décisions relatives aux lois de bioéthique de 1994 (Conseil constitutionnel, décision 94-343 et 344 DC du 27 juillet 1994). Le juge constitutionnel français proclame ainsi que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Dans le domaine de la procédure pénale, le principe de dignité interdit le recours à la torture et aux brutalités physiques ou bien psychiques durant le déroulement de la garde à vue.

758. L'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants donna lieu à plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*, en date du 18 janvier 1978, (série A n° 25), la Cour de Strasbourg devait statuer sur des traitements infligés à des personnes qui étaient soupçonnées de terrorisme ; ces traitements eurent lieu pendant leur garde à vue dans le but de leur arracher des aveux, des renseignements ou des dénonciations.

Les juges strasbourgeois visent alors une « mesure de nature à créer chez les individus des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale ». Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord fut alors condamné pour traitements inhumains et dégradants. La République française n'a pas échappé aux condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme. L'on doit ici citer deux décisions. La première affaire a donné lieu à un arrêt dit *Tomasi* (27 novembre 1992, série A, numéro 241-A). En l'occurrence, une personne qui était poursuivie dans le cadre d'une affaire de terrorisme, se plaignit d'avoir subi de nombreux sévices au cours de sa garde à vue comme le prouvaient les certificats médicaux établis à l'issue de celle-ci. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les rapports médicaux attestaient de l'intensité et de la multiplicité des coups reçus par la personne poursuivie ; ceux-ci permettaient de caractériser le traitement inhumain et dégradant.

Dans un arrêt *Selmouni c. France* (28 juillet 1999, Grande chambre, *JCP* 1999, II, 10 193), la Cour de Strasbourg précise que l'article trois de la Convention européenne des droits de l'homme consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Elle relève que de multiples brutalités furent exercées sur une personne placée en garde à vue « de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant ». De tels agissements furent, à bon droit, qualifiés d'actes de torture.

759. En histoire du droit, la Constitution du royaume de **Norvège** du 4 novembre 1814 prévoyait en son article 96 que : « nul ne peut être jugé que d'après la loi, ni punis qu'après un jugement. La torture ne sera jamais appliquée. »⁷¹⁷ De même, la Charte constitutionnelle du royaume du **Portugal** et Algarve décrétée par le roi du Portugal et Algarve Don Pedro Ier, empereur du Brésil, le 29 avril 1826, prévoyait en son titre VIII intitulé « dispositions générales et garantie des droits civils et politiques des citoyens portugais » que « § 18. Dès à présent, sont abolies la peine de fouet, la torture, la marque au fer chaud, et toutes les autres peines inhumaines »⁷¹⁸.

⁷¹⁷ DARESTE (F.R.), *Les Constitutions modernes, recueil des Constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé*, traduites sur les textes et accompagnées de notices historiques et de notes explicatives, tome deux, Paris, Augustin CHALLAMEL, 1910, troisième édition, revue, corrigée et mise au courant des modifications les plus récentes, 789 pages.

⁷¹⁸ Source : LAFERRIÈRE (Édouard), *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, Cotillon, libraire du Conseil d'État, Paris, 1869, 654 p. Cet ouvrage a été revu par Anselme Polycarpe Batbie, Professeur à la faculté de droit de Paris.

760. De nos jours, la Constitution de la **République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁷¹⁹ proclame dans son Titre II « Droits fondamentaux, buts et mandats sociaux », Chapitre premier « Droits fondamentaux » que la dignité humaine est respectée et protégée. (Article 7, premier alinéa). La torture, de même que les traitements inhumains ou dégradants, sont interdits. (idem, second alinéa).

La **Constitution de la République de l'Estonie**, constitution du 28 juin 1992 (cette constitution entra en vigueur le 3 juillet 1992 et celle-ci fut publiée au Journal Officiel de la République de l'Estonie, Riigi Teataja [RT] 1992, 26, 349), prescrit en son paragraphe 18 que « personne ne peut être soumis à la torture ou à un traitement ou à une punition cruels ou dégradants ». (Chapitre II intitulé « droits fondamentaux, libertés et devoirs »).

La **Constitution de la République du Monténégro** du 19 octobre 2007 consacre l'interdiction de la torture. Dans sa deuxième partie consacrée aux droits de l'homme et aux libertés, la constitution garantit les droits personnels et libertés de l'être humain. Ainsi, s'agissant de la dignité et de l'inviolabilité de la personne humaine, l'article 28 de la constitution proclame que la dignité et la sécurité de l'homme doivent être garanties (premier alinéa). Personne ne devrait être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant (troisième alinéa)⁷²⁰.

Sur le continent africain, la Constitution de **la République du Congo** du 20 janvier 2002 prescrit que la liberté de la personne humaine est inviolable. [...]. Tout acte de torture, tout traitement cruel, inhumain ou dégradant est interdits. (Article 9). Elle consacre la théorie des baïonnettes intelligentes. « Tout citoyen, tout agent de l'État est délié du devoir d'obéissance lorsque l'ordre reçu constitue une atteinte manifeste au respect des droits humains et des libertés publiques. L'ordre d'un supérieur ou d'une quelconque autorité ne saurait, en aucun cas, être invoqué pour justifier ces pratiques. Tout individu, tout agent de l'État, toute autorité publique qui se rendrait coupable d'acte de torture ou de traitement cruel inhumain, soit de sa propre initiative, soit sur instruction est puni conformément à la loi ». (Article 10).

⁷¹⁹ *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le peuple les 23 et 24 septembre 2000 ; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel ; <http://rsn.ne.ch>.

⁷²⁰ Source : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, site institutionnel : <<http://www.legislationline.org>>

Dans les **Comores**, la Constitution de l'île autonome de **NGAZIDJA** (Grande-Comore)⁷²¹ prescrit que la personne humaine est sacrée et inviolable. Les autorités de l'île ont l'obligation absolue de la respecter et de la protéger. (Article 4 de la Constitution de l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore), titre premier intitulé « Dispositions générales »).

Sur le continent américain, la **République de l'Équateur** consacre dans sa Constitution (Constitution de la République de l'Équateur du 11 août 1998, titre II intitulé « des droits », chapitre six intitulé les « droits de liberté ») au sein de l'article 66 alinéa premier le droit à l'inviolabilité de la vie. De plus, le troisième alinéa de l'article 66 garantit le droit à l'intégrité personnelle laquelle inclut l'intégrité physique, psychique, morale et sexuelle.

En outre, le droit à l'intégrité personnelle suppose à l'aune des termes de la Constitution équatorienne une vie affranchie de violences dans la sphère publique et privée. L'État adoptera les mesures nécessaires pour prévenir, éliminer et sanctionner toute forme de violence, et spécialement les violences exercées contre les femmes, les filles, les garçons et les adolescents, les personnes adultes âgées, les personnes handicapées et contre toute personne en situation de vulnérabilité. Des mesures identiques seront également prises contre la violence, l'esclavage et l'exploitation sexuelle. Le droit à l'intégrité personnelle implique aussi la prohibition de la torture, la prohibition des disparitions forcées et les traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants.

En **Argentine**, l'article 16 de la Constitution de la **Provincia de San Juan** du 1^{er} mai 1986⁷²² prévoit que personne ne peut être soumis à la torture, ni à des traitements cruels, dégradants ou inhumains. Tout acte de cette nature rend responsable l'autorité qui l'aura réalisé ou permis. Est également responsable l'autorité qui par négligence dans ses fonctions, produira des effets similaires. L'État réparera les dommages provoqués. L'obéissance due n'exonère pas de cette responsabilité. Les fonctionnaires dont la responsabilité serait démontrée pour ce qui concerne les infractions mentionnées à l'article 16 seront démis de leurs fonctions et seront exclus à vie de la

⁷²¹ NGAZIDJA (Grande-Comore) est une Ile Autonome au sein de l'Union des Comores. Elle est dotée de la personnalité juridique, administrative et financière. (Article premier, alinéa premier de la Constitution de l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore), titre premier intitulé « Dispositions générales »).

⁷²² En droit international public, l'État peut-être un État fédéral. Ainsi, sur le continent américain, et plus particulièrement en Amérique latine, l'Argentine revêt la forme d'un État fédéral. La République Argentine se compose d'États fédérés dénommés Provincias. La Constitution de la Nation argentine (22 août 1994) prévoit en son article premier que « la Nation argentine adopte pour gouvernement la forme représentative, républicaine, fédérale, selon la forme établie par la présente Constitution. »

fonction publique sans préjudice des peines que la loi prévoit. (Article 17 de la Constitution de l'État fédéré de San Juan)⁷²³.

761. En Europe, la police chypriote ne doit pas infliger ou tolérer les actes de torture ou inhumains ainsi que les traitements dégradants dans toutes circonstances (article 31 du Code d'éthique de la police). La police chypriote a comme base légale la loi sur la police numéro 73 de 2004. Le Code d'éthique de la police chypriote est fondé sur le Code de police d'éthique européen lequel a été adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2001 durant la 765e réunion des ministres concernés au Conseil de l'Europe à Strasbourg. Le Code européen d'éthique de la police fut approuvé par décision du Conseil des ministres le 17 septembre 2003 (décision numéro 58. 578).

762. La force publique laquelle constitue le service du bonheur public et puisqu'elle est la protectrice des droits et libertés à l'aune de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ne peut infliger une souffrance physique ou morale intolérable à la personne placée sous sa responsabilité. En effet, le fondement de l'interdiction de la torture repose sur la notion de dignité inhérente à chaque être humain (**§1**). Ainsi, la personne jouit d'une protection juridique sur le terrain du droit international et européen des droits de l'Homme (**§2**).

§ 1. La notion de dignité inhérente à la personne humaine : le fondement de l'interdiction absolue de la torture.

763. La dignité, nom féminin, est attestée vers 1155 dans la langue française⁷²⁴. Le terme est emprunté au dérivé latin « dignitas », lequel signifie « fait de mériter, mérite » ; et, il est également employé pour désigner les qualités qui font qu'on est digne, en notant également un glissement sémantique vers la notion d'honorabilité. L'emprunt au latin a supplanté l'ancien type populaire « déintié », lequel remontait à l'accusatif latin « dignitatem » qui signifiait « bien ». L'on relèvera que le nom féminin provient de l'adjectif digne, attesté en 1050 dans la langue française. L'adjectif procède du latin classique « dignus » lequel signifie « qui convient à », « qui mérite quelque chose » et « méritant ». Cet adjectif est issu par un intermédiaire supposé « °decnos » de l'impersonnel « decet » qui signifie « il convient ».

⁷²³ Source : Assemblée législative de l'État fédéré de San Juan, Legislatura Provincial de San Juan, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.legislaturasanjungan.gov.ar/>>

⁷²⁴ Voir, *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction de REY (Alain), tome premier, de A à E, éditions le Robert, Paris, 2006, 1381 pages.

Ainsi, l'être humain mérite le respect dû à sa seule qualité puisqu'il appartient à l'humanité. La dignité est une notion appréhendée par la pensée philosophique qu'il convient d'étudier (A), avant d'analyser sa consécration juridique (B).

A. La conception philosophique de la dignité.

764. La dignité peut qualifier une fonction ou un titre éminent, ou bien encore une attitude empreinte de noblesse ou de gravité et de retenue. Toutefois, en son sens le plus philosophique, la dignité apparaît comme étant implicitement supposée dans toute représentation générale de la condition humaine, soit en tant qu'attribut du genre humain, d'origine divine à savoir la grâce, soit comme principe postulé dans les droits naturels de l'homme, et auxquels elle confère une valeur universelle, absolue et intangible. Dans tous les cas, la dignité est à la fois cause (nature spirituelle de l'homme) et effet (attitude pratique, respect de toute personne humaine) du mouvement par lequel l'homme devient sujet moral, et en même temps sujet juridique, d'une législation universelle précédant, en les conditionnant, toute autre catégorisation historique ou politique. De cette manière, l'on pourra se fonder sur le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui énonce : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde... ».

765. Tout en réitérant la démonstration de la vanité misérable des prétentions humaines, dont devraient découler de manière nécessaire et l'humilité et la soumission de l'homme devant Dieu⁷²⁵, Blaise Pascal n'en affirme pas moins le caractère foncier de la dignité attachée à la condition humaine. Ainsi, « l'homme est fait pour penser, c'est toute sa dignité et tout son mérite » (fragment 146 ; voir également, fragment 346 : « Penser fait la grandeur de l'homme »). La dignité se trouve donc être co-extensive à la nature spirituelle de l'homme, universellement car elle vaut pour tout homme, et particulièrement en ce sens qu'elle le distingue de toutes les autres créatures terrestres.

⁷²⁵ Voir, PASCAL (Blaise), *Pensées*, fragment 434 et fragment 389. L'on se fondera sur l'édition de 1897 imprimée à Paris par Léon Brunschvicg, PASCAL (Blaise), *Pensées*, Léon Brunschvicg, Paris, 1897, 249 pages.

Blaise PASCAL (1623-1662). Pays : France, langue : français, naissance : 19-06-1623, Clermont-Ferrand (Puy-de-Dôme), mort : 19-08-1662, Paris. Note : Mathématicien, physicien, écrivain. Source : Bibliothèque Nationale de France, Catalogue général : Pascal (Blaise), pseudonyme Louis de Montalte et Amos Dettonville. <<http://catalogue.bnf.fr/>>

Les Pensées parurent en 1657. Sous ce titre ont été publiés les fragments d'une œuvre inachevée, qui aurait dû porter le titre : « Apologie de la religion chrétienne ». Autres formes : *Pensées de monsieur Pascal sur la religion et sur quelques autres sujets (français)*. Source : Bibliothèque Nationale de France, Catalogue général (sous : Pascal, Blaise) : *Pensées* ; <http://data.bnf.fr/11918679/blaise_pascal/>

Cependant, l'intention apologétique qui traverse l'œuvre pascalienne débouche sur la démonstration de la finitude et du caractère contradictoire de notre entendement, et de son incapacité foncière à saisir les principes qui régissent l'ordre des choses. (Fragments 72, 82, 92). Il s'ensuit la nécessité de préférer le cœur à la raison (fragment 194), et de substituer, avant Kant, la foi au savoir (fragment 233) ; en effet, elle seule sera susceptible de répondre aux questions que la raison est impuissante à résoudre.

766. Par la suite, la philosophie morale de Kant⁷²⁶ postule, en chacun de ses moments constitutifs, la dignité de la nature humaine. C'est en tant qu'agent moral, et seulement en tant que tel, que l'homme peut se réclamer des droits et devoirs découlant de la dignité immanente à sa nature. Dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*⁷²⁷, Kant précise que, considéré comme personne, c'est-à-dire comme sujet d'une raison moralement pratique, l'homme est au-dessus de tout prix ; car, à ce point de vue (*homo noumenon*), il ne peut être regardé comme un moyen pour les fins d'autrui, ou même pour ses propres fins, mais comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue), par laquelle il force au respect de sa personne toutes les autres créatures raisonnables, et qui lui permet de se mesurer avec chacune d'elles et de s'estimer sur le pied de l'égalité.

L'humanité qui réside en sa personne est l'objet d'un respect qu'il peut exiger de tout autre homme, mais dont il ne doit pas non plus se dépouiller. Il peut et il doit donc s'estimer d'après une mesure qui est à la fois petite et grande, suivant qu'il se considère comme être sensible (dans sa nature animale), ou comme être intelligible (en sa nature morale).

Dans sa *Doctrine de la vertu*⁷²⁸, il ajoute que ce droit unique, originaire, que chacun possède par cela seul qu'il est homme, c'est la liberté (l'indépendance de toute contrainte imposée par la

⁷²⁶ Immanuel KANT (1724-1804). Pays : Allemagne, langue : allemand, naissance : 22-04-1724, mort : 12-02-1804 Note : Il fut Philosophe et Professeur à l'université de Königsberg. Autre forme : Emmanuel KANT (1724-1804) Source : BNF, <<http://catalogue.bnf.fr/>>

⁷²⁷ *Fondements de la métaphysique des mœurs* ; titre principal : *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (allemand) paru en 1785. Cette Oeuvre de philosophie morale a pour titre français « Fondements de la métaphysique des mœurs » et en *anglais* « Groundwork of the metaphysics of morals ».

KANT (Immanuel), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Hachette et compagnie, Paris, traduction nouvelle avec une introduction et des notes par H. Lachelier, professeur de philosophie au lycée Condorcet, 1904, 122 pages ; voir, deuxième section intitulée « Passage de la philosophie morale populaire à la métaphysique des mœurs », voir spécialement les pages 72-73.

⁷²⁸ *Doctrine de la vertu* ; Titre principal : « *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* » (allemand) paru en 1797. Note : Deuxième partie de la « *Métaphysique des mœurs* ». *Doctrine de la vertu en français ou Premiers principes métaphysiques de la doctrine de vertu (français)*

KANT (Immanuel), *Eléments métaphysiques de la doctrine de la vertu* (Seconde partie de la métaphysique des mœurs), traduit de l'allemand par Jules-Romain BARNI, avec une introduction analytique et critique du

volonté d'autrui), en tant qu'elle peut s'accorder, suivant une loi générale, avec la liberté de chacun ; l'égalité naturelle qui est cette indépendance qui fait qu'on ne peut être obligé par les autres à rien de plus que ce à quoi on peut les obliger soi-même à son tour ; par conséquent, cette propriété qu'a l'homme d'être son propre maître (*sui juris*) ; en même temps, la qualité d'honnête homme (*justi*), qu'on peut revendiquer, lorsque, antérieurement à tout acte juridique, on n'a fait d'injustice à personne ; enfin, la faculté de faire à l'égard des autres quelque chose qui ne leur ôte rien du leur et où ils n'attachent aucun intérêt sérieux, comme de leur communiquer simplement ses pensées... ».

La formule kantienne de la dignité pourrait alors s'entendre dans le principe moral selon lequel la personne humaine ne doit jamais être traitée seulement comme un moyen, mais comme une fin en soi. « L'homme, et, d'une manière générale, tout être raisonnable, existe comme fin en soi et non pas seulement comme moyen pour servir à l'usage arbitraire de telle ou telle volonté », (dans *Fondements de la métaphysique des mœurs*, voir deuxième section, voir la page 65). KANT précise également qu'« il est évident que celui qui viole les droits des hommes a l'intention de se servir de la personne des autres comme d'un simple moyen, sans considérer que des personnes raisonnables doivent toujours être traitées aussi comme des fins, c'est-à-dire doivent pouvoir contenir en elles-mêmes la fin de cette même action ». (Voir, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, deuxième section, voir la page 68). « L'homme ne peut pas être employé comme moyen sans tenir compte du fait qu'il est en même temps une fin en soi », (dans *Fondements de la métaphysique des mœurs*, deuxième section).

L'autonomie de la volonté, dans laquelle celle-ci est à elle-même sa propre loi, conditionne donc la possibilité de la dignité. La personnalité est « sublime » non pas en tant qu'elle est soumise à la loi morale, mais « en tant qu'au regard de cette même loi, elle est en même temps législatrice et qu'elle n'y est soumise qu'à ce titre » (voir, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, à la page 122). « On voyait l'homme lié par son devoir à une loi, mais il ne venait à la pensée de personne qu'il n'était soumis qu'à sa propre législation et que cette législation était pourtant universelle, et qu'il n'était obligé qu'à une chose, à savoir d'agir conformément à sa volonté, mais à sa volonté législatrice universelle, suivant sa destination naturelle. Car, si on se bornait à concevoir l'homme comme soumis à une loi (quelle qu'elle pût être), cette loi devrait le stimuler ou le contraindre par le moyen de quelque intérêt, parce que, n'émanant pas, comme loi, du sein même de sa volonté, elle devrait recourir à quelques moyens étrangers pour le contraindre à tenir une certaine conduite »⁷²⁹.

traducteur, Auguste Durand, libraire, Paris, 1855, 278 pages ; voir, Chapitre deuxième intitulé « Des devoirs de l'homme envers lui-même, en tant qu'être moral », article III intitulé « De la fausse humilité », paragraphe 11.

⁷²⁹ Voir, KANT (Immanuel), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Hachette et compagnie, Paris, traduction nouvelle avec une introduction et des notes par H. Lachelier, professeur de philosophie au lycée

C'est précisément parce que l'homme peut ce qu'il doit faire que l'humanité est et vaut donc comme dignité.

767. La dignité de la personne humaine : l'œuvre de Pic de la Mirandole. Si l'on veut s'intéresser à la dignité humaine, il convient d'étudier l'œuvre pénétrante de Jean Pic de la Mirandole (1463-1494). Philosophe et humaniste italien, il naquit dans le château de la Mirandole, près de Modène, le 24 février 1463. Giovanni Pico Della Mirandola fit ses études dans la ville de Bologne et à Ferrare. Entre 1480 et 1482, il séjourna dans la ville de Padoue, où, sous la direction de Niccolò Vernia et d'Elie Del Medigo, il s'adonna à l'étude de l'aristotélisme, l'averroïsme et la philosophie arabe et juive, en lisant les textes dans leur langue originelle. Dès 1484, il s'établit à Florence, où il fut ami de Marcile Ficin et Laurent de Médicis. Entre 1485 et 1486, il se rendit à Paris en vue d'approfondir ses connaissances de la philosophie scolastique. Après la condamnation de ses *Conclusiones* en 1487, il désira se rendre à nouveau à Paris, mais près de la ville de Lyon, il fut emprisonné pour hérésie. Libéré par le roi Charles VIII, il se réfugia alors à Florence à la cour des Médicis. La condamnation de l'Église à son endroit fut levée en 1493. Il devint le proche ami de Savonarole et il décida d'entrer dans l'ordre des Dominicains, mais il mourut, empoisonné de manière probable par son secrétaire, le 17 novembre 1494. Ses œuvres furent publiées par les soins de son neveu Gian Francesco Pico (1569-1533) qui ajouta également une vie de son oncle.

768. L'ouvrage intitulé « De la dignité de l'homme »⁷³⁰ parut en 1486. L'oraison fut écrite par Pic de la Mirandole à l'âge de 24 ans pour être lue devant les théologiens et philosophes qu'il avait invités au début de 1487 à Rome à discuter ses neuf cents thèses des *Conclusiones*. À cause de la condamnation de l'Église, le congrès n'eut pas lieu et l'oraison inaugurale ne fut donc ni lue ni publiée. Le texte du discours fut édité pour la première fois sous le titre « Oratio quedam elegantissima » au sein des œuvres complètes imprimées par les soins de son neveu Jean-François à Bologne en 1496. Le titre « De hominis dignitate » lui fut attribué par Jacob Wimpfeling dans son édition des œuvres publiées à Strasbourg en 1504 chez Johannes Prüs, et celui-ci devint ensuite définitif.

L'oraison s'ouvre par la déclaration de l'excellence de l'homme, « grand miracle et être vivant merveilleux ». La raison de cette excellence est exposée dans le discours de Dieu à Adam, que Pic place au début de son oraison. Tous les autres êtres ont reçu par l'acte de la création une nature

Condorcet, 1904, 122 pages ; voir, deuxième section intitulée « Passage de la philosophie morale populaire à la métaphysique des mœurs », voir spécialement les pages 72-73.

⁷³⁰ PICO DELLA MIRANDOLE (Giovani), *De la dignité de l'homme (De hominis dignitate)*, Les éditions de l'éclat, collection philosophie imaginaire, traduit du latin et présenté par Yves Hersant, Paris, 106 pages.

immuable et ils ont été rangés dans un ordre universel établi par Dieu. L'homme, à rebours, l'être que Dieu créa le dernier afin qu'il admire et contemple l'œuvre divine de l'univers, n'est pas limité dans les bornes d'une nature prédéterminée, mais il est arbitre de soi-même, libre de choisir entre l'animalité ou la divinité, de tomber dans les abîmes de la concupiscence ou de s'élever jusqu'à Dieu. Dans le libre arbitre, consiste la puissance et l'excellence de ce « caméléon » de la création, capable des métamorphoses les plus surprenantes. La voie de l'élévation jusqu'à Dieu peut être la vie active, mais la vie contemplative s'avère préférable. Pour l'atteindre, il faut monter « l'échelle de Jacob », autrement dit passer par une purification progressive à travers la morale et la philosophie ; il faut remonter de la multiplicité à l'unité jusqu'à atteindre l'*epopteia*, c'est-à-dire la vision contemplative des choses divines.

Que le but de la philosophie doit d'être d'amener jusqu'à la vision béate de Dieu, c'est une conviction que Pic retrouve chez les grands maîtres de la tradition (Moïse, Pythagore), chez les grands philosophes (Platon et Aristote), et dans les grandes doctrines mystiques (les oracles delphiques, les Chaldéens et la Kabbale). Pic justifie par là son dévouement et son amour pour la philosophie, dont la « science des nombres » est la méthode essentielle. Celle-ci n'est pas une simple technique de calcul, mais une véritable métaphysique des nombres à la manière de Pythagore et Platon.

Toutefois, l'importance de l'oraison consiste moins dans le cadre philosophique général que dans l'évaluation de la dignité de l'homme qui en ressort. Après le traité de Bartolomeo Fazio et de Gianozzo Manetti portant sur le même sujet, le discours, qui pour l'efficacité de son éloquence est considéré comme le chef-d'œuvre littéraire de Pic, représente l'apogée de la célébration de l'homme comme microcosme qui caractérise l'anthropologie de l'humanisme italien contre la tradition ascétique du mépris du monde. Il fut sans doute le plus fameux parmi les traités humanistes consacrés à cette célébration.

B. La consécration constitutionnelle de la dignité de la personne.

769. La dignité de la personne constitue le fondement de ses droits. L'un des traits essentiels du constitutionnalisme qui s'est développé après la Seconde Guerre mondiale est la consécration de la dignité de la personne en tant que catégorie constitutionnelle et partant, comme possédant une

valeur juridique suprême⁷³¹. Les horreurs de la Seconde Guerre mondiale eurent une influence primordiale sur cette évolution concernant l'appréhension de la personne humaine. Ainsi, fut rédigé le premier paragraphe du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. À partir de cette réflexion, l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits, considération qui s'inscrit dans l'histoire juridique mondiale à travers la rédaction de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » ainsi que selon Georg Jellinek, son modèle à savoir les déclarations des droits des États de l'Union nord-américaine⁷³²).

770. D'un point de vue du droit constitutionnel japonais, il convient de mettre en lumière que la Constitution du **Japon** du 03 novembre 1946, en son article 13, proclame que : « Toute personne a droit au respect qu'elle mérite comme telle ». Et, la constitution d'ajouter « le droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur seront, dans la mesure où ceux-ci ne s'opposent pas au bien-être général, la considération suprême de la législation et des autres sujets du Gouvernement »⁷³³.

⁷³¹ FERNANDEZ SEGADO (Francisco), « La dignité de la personne comme fondement de ses droits » (titre original : « La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos »), in *Revue du droit public de l'Université des Andes*, Faculté de droit, revue numéro six, juin 1996, voir pp. 13-45. L'auteur occupe la Chaire de droit constitutionnel, à l'Université de Santiago de Compostelle.

⁷³² Voir JELLINEK (Georg), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » dans JELLINEK (Georg), BOUTMY (E.), DOUMERGUE (E.) et POSADA (A.), *Origines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éditions Jesus G. Amuchastegui, Editions nationales, Madrid, première édition, 1984, 270 p. Titre original : « Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano » ; voir notamment les pages 57 et suivantes ; voir, spécialement les pages 72-76.

⁷³³ Source : Premier Ministre du Japon et Son Cabinet, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.kantei.go.jp>>

La Constitution japonaise fut promulguée le 3 novembre 1946 et, celle-ci entra en vigueur le 3 mai 1947. Il convient de préciser que la Constitution japonaise occupe une place particulière parmi les textes constitutionnels en vigueur. En effet, en raison même des conditions qui furent à l'origine de son élaboration après la fin de la Seconde guerre mondiale (la nécessité de reconstruire sur de nouvelles fondations un État défait et occupé par l'armée américaine), la Constitution du Japon opère une synthèse originale d'éléments qui proviennent de plusieurs courants du constitutionnalisme.

S'agissant de l'étude de la Constitution japonaise, l'on se fonde sur la contribution de Pierre ECKLY, « La Constitution japonaise dans les courants contemporains du constitutionnalisme – Texte commenté de la Constitution du Japon », Cahiers du Centre Européen d'Études Japonaises d'Alsace, 2006, Cahiers N° 3, pp. 3 – 54. Monsieur Pierre ECKLY est Maître de Conférences en Droit public à l'Université Robert Schuman – Strasbourg III.

Pour ce qui concerne l'étude de la genèse de la Constitution du Japon de 1946 et l'analyse de son interprétation, l'on pourra se référer avec un très grand profit à l'ouvrage de INOUE (Kyoko), *MacArthur's Japanese constitution : a linguistic and cultural study of its making*, University of Chicago press, Chicago, 1991, 378 p. INOUE (Kyoko) [1935-...]. Langue : anglais. Docteur en linguistique, diplômée de l'Université du Michigan, États-Unis d'Amérique, l'auteur est Professeur au Département de linguistique de l'Université de l'Illinois, Chicago (en 1991). Elle est Spécialiste du Japon.

Aussi, les droits fondamentaux reconnus aux membres de la société et aux générations futures ont pour qualité d'être des droits éternels et inviolables.

La Constitution japonaise consacre les droits et devoirs du peuple en son Chapitre III. Ainsi, l'article 11 de la Constitution du Japon prévoit que : « Le peuple n'est privé de l'exercice d'aucun des droits fondamentaux de la personne humaine. Ces droits fondamentaux, qui lui sont garantis par la présente Constitution, sont accordés au peuple de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables. Ainsi, la liberté et les droits garantis au peuple par la présente Constitution sont préservés par les soins constants du peuple lui-même, qui s'abstient d'abuser d'une façon quelconque de ces libertés et droits ; il lui appartient de les utiliser en permanence pour le bien-être public (article 12). Placés en tête du troisième chapitre de la Constitution, ces deux articles ont pour objet de présenter la reconnaissance des droits fondamentaux. L'intitulé du chapitre qui leur est consacré, à savoir « Droits et devoirs du peuple », montre bien le lien qui est établi par la Constitution entre l'attribution de la souveraineté au peuple et la reconnaissance des droits fondamentaux. Ce lien se trouve encore renforcé par la première phrase de l'article 11 selon laquelle « le peuple n'est privé de l'exercice d'aucun des droits fondamentaux de la personne humaine ». Autrement dit, c'est parce que la souveraineté est détenue par le peuple japonais depuis la Constitution de 1946 que les droits fondamentaux de la personne humaine sont reconnus au Japon⁷³⁴.

L'inspiration occidentale est évidente eu égard à la priorité accordée par la norme juridique fondamentale japonaise à la reconnaissance et à la protection des droits de l'homme. La Constitution du Japon s'ouvre par les « Déclarations liminaires du peuple japonais ». Sans que ne soit employé le vocable de « Préambule », la Constitution japonaise débute par quatre alinéas qui ne furent pas

En ce qui concerne le Droit constitutionnel du Japon, l'on pourra se fonder avec un très grand profit sur l'ouvrage de LUNEY, Jr., (Percy R.) and KAZUYUKI (Takahashi), *Japanese constitutional law*, University of Tokyo press, Tokyo, 1993, 340 p. TAKAHASHI (Kazuyuki) [1943-...]. Nationalité : Japon, langue : japonais et il écrit aussi en anglais. Docteur en droit, l'auteur fut Professeur à l'Université de Tokyo, Faculté de droit (en 1993). LUNEY (Percy R.). Nationalité : États-Unis d'Amérique, langue : anglais. Juriste, il fut Professeur à la School of Law, North Carolina Central University, Durham, N.C. (en 1993).

L'on pourra se référer également avec un très grand profit à l'ouvrage doctrinal qui s'inscrit dans le droit comparé franco-japonais, SÉMINAIRE FRANCO-JAPONAIS DE DROIT PUBLIC, *Le nouveau défi de la Constitution japonaise : les théories et pratiques pour le nouveau siècle*, 3ème Séminaire franco-japonais de droit public, Strasbourg, 1999 ; préface de Robert HERTZOG, LGDJ, Paris, 2004, 268 p.

⁷³⁴ ECKLY (Pierre), « La constitution japonaise dans les courants contemporains du constitutionnalisme – Texte commenté de la Constitution du Japon », *Cahiers du Centre Européen d'Études Japonaises d'Alsace*, 2006, Cahiers N° 3, pp. 3 – 54. Monsieur Pierre ECKLY est Maître de Conférences en Droit public à l'Université Robert Schuman – Strasbourg III. Le texte commenté est la traduction de la Constitution japonaise en langue française telle qu'elle fut publiée au mois de décembre 1976 par la Direction Générale de l'Information du ministère japonais des Affaires étrangères.

numérotés en tant qu'articles constitutionnels à l'instar des dispositions qui suivent dans le texte juridique. C'est d'ailleurs en raison de cette absence de numérotation, classique pour ce qui concerne ce type de développements liminaires dans un texte d'ordre constitutionnel, que le terme « alinéa » n'est pas le plus approprié à leur identification. Faute de qualification précise par la constitution elle-même, il semble préférable de définir leur nature en fonction de leur contenu, ce qui revient à constater qu'il s'agit de quatre déclarations successives qui ont un auteur commun, à savoir le peuple japonais. (Première déclaration liminaire : la proclamation de la souveraineté populaire)⁷³⁵.

À la lecture de cette déclaration primordiale, il apparaît que la Constitution du Japon « descend des grands courants de la pensée politique tels que ceux-ci furent exprimés depuis la Grande Charte de 1215, en passant par le *Bill of Rights* de 1689 des Anglais, la Déclaration de 1776 des Américains et la Déclaration de 1789 des Français, à la Déclaration universelle onusienne de 1948. »⁷³⁶

S'y trouve en effet exprimer de manière solennelle la volonté du constituant japonais de se référer aux valeurs fondamentales du constitutionnalisme occidental. Le respect de ces valeurs suppose que la souveraineté soit clairement attribuée au peuple, ce que la formule finale de la première phrase de la déclaration selon laquelle « le souverain pouvoir est détenu par le peuple » affirme sans ambages. Le peuple au Japon est titulaire du pouvoir souverain hors de toute intermédiation de la Nation ; les prérogatives étatiques ne peuvent ainsi être exercées par les organes gouvernementaux que sur une délégation expresse de sa part.

Pour qu'il en soit ainsi, l'organisation des pouvoirs publics ainsi que leur fonctionnement doit satisfaire aux critères de la démocratie. Aussi, la seconde phrase de la déclaration, qui commence par rappeler que « le gouvernement est le mandat sacré du peuple », puise manifestement son

⁷³⁵ « Nous, peuple japonais, agissant par l'intermédiaire de représentants dûment élus à la Diète nationale, résolu à nous assurer, à nous et à nos descendants, les bienfaits de la coopération pacifique avec toutes les nations et les fruits de la liberté dans tout ce pays, décidés à ne jamais plus être les témoins des horreurs de la guerre du fait de l'action du gouvernement, proclamant que le souverain pouvoir est détenu par le peuple et établissons fermement cette Constitution. Le gouvernement est le mandat sacré du peuple, dont l'autorité dérive du peuple, dont les pouvoirs sont exercés par les représentants du peuple et dont les bénéfices sont à la jouissance du peuple. Telle est la loi universelle à la base de la présente Constitution. Nous rejetons et déclarons nuls et non avenue toutes autres constitutions, lois, ordonnances ou tous règlements y contrevenant. »

⁷³⁶ ISHIKAWA (Yuichirô), « « Constitution » pour les Japonais d'après-guerre – Idéation et réification », quatrième séminaire franco-japonais, 8 mars 2001, Université Kogakuin, Tokyo, page 6 ; cette référence doctrinale est citée par Pierre ECKLY, précité.

inspiration dans le principe cardinal du « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » (voir dernier alinéa de l'article deux des constitutions françaises de la IV^e et la V^e République).

Enfin, les deux dernières phrases de cette première déclaration montrent bien que le Japon « partage avec les pays occidentaux la reconnaissance de la suprématie de la Constitution »⁷³⁷. Cette suprématie est en effet nécessaire pour que la volonté du peuple en tant que pouvoir souverain et constituant soit respectée. Il convient ici de se poser alors la question suivante : « Ces droits supposent-ils de la personne à laquelle ils sont reconnus qu'elle appartienne au peuple Japonais ? ». En d'autres termes, cette personne doit-elle jouir de la nationalité japonaise ? Dans une décision en date du 28 décembre 1950, la Cour Suprême japonaise répondit par la négative. La juridiction suprême déclara que : « à toute personne qui réside au Japon doivent être reconnus les droits de l'homme [qu'elle a] naturellement comme être humain, même si son entrée au Japon est illicite ». De cette manière, la Cour Suprême japonaise affirme que les ressortissants étrangers étaient bien titulaires des droits fondamentaux de la personne humaine en raison de leur caractère universel.

Toutefois, dans la décision du 4 octobre 1978, connue sous le nom du cas *Mac LEAN*, la juridiction suprême a par la suite diapré sa position. Ainsi, tout en continuant à proclamer « que tous les droits et libertés garantis par les dispositions du chapitre trois de la Constitution sont également applicables aux étrangers qui habitent notre pays », elle a nuancé son point de vue en évoquant « l'exception des droits estimés être garantis seulement pour les nationaux japonais ». Par cette décision de justice, la Cour Suprême « adopte la théorie de la nature des droits qui distinguent les articles de la Constitution applicables ou inapplicables aux étrangers selon la nature des droits ».

Selon la théorie de la nature des droits suivie par la Cour Suprême, les libertés « dont l'attribut essentiel est d'exclure l'intervention du pouvoir public sont assurées aux étrangers », mais non « l'accès au droit social dont la nature est de demander l'intervention du pouvoir public » ainsi que « l'accès au droit de participation à la vie politique dont la nature est de prendre part à la formation de la volonté de l'État ». « Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement. » (Article 13 de la Constitution japonaise).

Les droits énumérés dans cet article constituent une illustration topique de la mise en œuvre de la théorie de la nature des droits telle que celle-ci fut retenue par la Cour Suprême du Japon dans

⁷³⁷ Voir ISHIKAWA (Yuichirô), « « Constitution » pour les Japonais d'après-guerre – Idéation et réification, ibidem, page 4.

l'affaire *Mac Lean*, jugée le 4 octobre 1978. Si l'on s'en tient en effet à la rédaction de la constitution, ces droits ne devraient pas être reconnus aux étrangers parce que son article 13 débute par l'expression « tous les citoyens », excluant ainsi manifestement les ressortissants étrangers. Pourtant, grâce à la théorie de la nature des droits, les étrangers ont néanmoins vocation au bénéfice des droits reconnus dans l'article étudié parce que, de par leur nature, ces droits ne sont pas de ceux dont les étrangers sont privés. Ces droits, c'est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur, sont attachés à la personne indépendamment du lien de nationalité qui relie celle-ci à un État.

771. En **Amérique latine**, quelques exemples doivent être mis en exergue. L'on peut viser la Constitution Politique du **Pérou** du 12 juillet 1979 dans laquelle les constituants proclamaient leur croyance dans la primauté de la personne humaine en énonçant que tous les hommes, égaux en dignité, jouissent des droits de valeur universelle, antérieurs et supérieurs à l'État (Préambule). Puis, la Constitution Politique du Pérou de 1993 (actuellement en vigueur) prévoit en son article premier que : « La défense de la personne humaine et le respect de sa dignité sont la fin suprême de la société et de l'État ». (Titre premier intitulé « De la personne et de la société », Chapitre premier intitulé « Droits fondamentaux de la personne »)⁷³⁸.

De surcroît, la **Constitution guatémaltèque** de 1985, proclame en son article quatre que « tous les êtres humains sont libres et égaux en dignité et en droits », pour ajouter qu'« aucune personne ne peut être soumise à l'esclavage ni à une autre condition qui minore sa dignité ». (Constitution Politique de la République du Guatemala, Titre II intitulé « Droits de l'homme », Chapitre premier intitulé « Droits individuels »)⁷³⁹.

772. Cette sensibilité éprouvée à l'égard de l'être humain a pour fondement le constitutionnalisme occidental européen, constitutionnalisme qui est venu consacrer la dignité de tous les êtres humains, comme valeur centrale de la norme juridique fondamentale. L'on peut citer ici la **Constitution italienne** du 22 décembre 1947 en son article 2 qui proclame que : « La République reconnaît et garantit le droit inviolable de l'être humain ». De cette manière, les droits inviolables de l'homme ne pourront être concédés comme étant la résultante d'une autolimitation de l'État

⁷³⁸ Source : Congrès de la République du Pérou (Congreso de la República del Perú), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.congreso.gob.pe/>> Et, Tribunal Constitutionnel du Pérou, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.tc.gob.pe>>

⁷³⁹ La Constitution Politique de la République du Guatemala du 31 mai 1985 fut publiée au *Journal Officiel (Diario Oficial)* en date du 3 juin 1985, Tome 226, journal 41, voir la page 897. Source : Cour Constitutionnelle de la République du Guatemala (Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.cc.gob.gt/>>

républicain sinon comme représentant un fait consubstantiel de l'ordonnement juridique en vigueur. En outre, la constitution italienne va jusqu'à inclure dans sa finalité ultime d'atteindre le plein développement de la personnalité humaine (article trois, paragraphe second)⁷⁴⁰.

773. En **Allemagne**, la Loi fondamentale de 1949 pose des jalons fondamentaux en la matière. Dès son article premier, la Loi fondamentale allemande proclame de manière solennelle : « La dignité de l'homme est intangible et constitue le devoir de toutes les autorités de l'État, et toutes les autorités de l'État doivent la respecter et la protéger ». La plus grande problématique qui résultait de la consécration de la dignité de l'être humain comme catégorie centrale de l'ordonnement constitutionnel consiste précisément dans la définition qu'il convient de donner à l'expression « dignité de l'homme ». Une définition les plus citées est celle de Von Wintrich, selon lequel la dignité de l'homme consiste en ce que « l'homme, comme être éthico-spirituel, peut par sa propre nature, conscient et libre, s'autodéterminer, se former et agir sur le monde qui l'entoure »⁷⁴¹.

774. Dans le **royaume d'Espagne**, la dignité de la personne humaine fut proclamée constitutionnellement par l'article 10 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978. L'article 10, lequel constitue la norme d'ouverture du Titre premier de la Constitution (« Des droits et des devoirs fondamentaux ») proclame : « La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits des autres personnes sont

⁷⁴⁰ Source : Gouvernement italien (Governo italiano), Présidence du Conseil des Ministres (Presidenza del Consiglio dei Ministri), site institutionnel à l'adresse suivante :

<<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>> S'agissant du texte de la Constitution italienne de 1947, nous nous fonderons sur la version de la Chambre des députés de la République italienne. CAMERA DEI DEPUTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, Camera dei deputati, Segreteria generale, Rome, 2000, 55 p. L'on pourra également étudier avec un très grand intérêt la version commentée de la Constitution italienne par le Professeur en droit constitutionnel, CELOTTO (Alfonso), *Costituzione annotata della Repubblica italiana*, Zanichelli, Bologna, 6^{ème} édition, 2010, 128 p. CELOTTO (Alfonso). Nationalité : Italie, langue : italien. L'auteur est Professeur de droit constitutionnel.

Nous reproduisons ici le texte de l'article deux et de l'article trois de la Constitution de la République italienne pour laisser chanter cette merveilleuse langue. La Costituzione della Repubblica Italiana : La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. (Art. 2). Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. (Art. 3).

⁷⁴¹ VON WINTRICH, *Zur Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 15 ; cité par Ekkehart Stein, *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tubingen, 1968. La traduction espagnole est de F. SAINZ MORENO, sous le titre *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 236.

les fondements de l'ordre politique et de la paix sociale ». Face à l'omission de toute valeur d'ordre matériel qui caractérisait l'ordonnement juridique franquiste, la norme juridique fondamentale espagnole opéra un changement radical de perspectives.

Il convient de relever que la dignité de la personne qui a son siège au sein de l'article 10 (premier alinéa) de la Constitution espagnole figure comme étant le principe premier. De cette manière, les droits inviolables de la personne en tant qu'ils sont inhérents à sa dignité, se fondent sur elle. Ainsi, le libre développement de la personnalité donne un caractère concret, individualisé à cette floraison de droits qui procèdent de la dignité personnelle.

775. S'agissant de la détermination du concept de dignité de la personne, il convient de se référer à Ingo von Munch⁷⁴², lequel tenta de donner différentes définitions à la formulation de caractère général de ce qui constitue la caractérisation de la dignité de la personne. Ainsi, furent proposées les expressions « noyau de la personnalité humaine » ou « contenue de la personnalité ».

Le Professeur Joaquin Ruiz-Giménez⁷⁴³, dans son article « Droits fondamentaux de la personne (Commentaire de l'article 10 de la Constitution) »⁷⁴⁴ en adoptant une position casuistique et précise, distingue quatre niveaux ou dimensions de la dignité personnelle. En premier lieu, il évoque la dimension religieuse ou théologique ; le Professeur mentionne également une dimension ontologique, l'être humain étant doué d'intelligence, de rationalité, de liberté et de la conscience de soi-même ; troisièmement, il évoque une dimension éthique, dans le sentiment de l'autonomie morale ; et, enfin, il vise la dimension sociale comme étant l'être humain adoptant un comportement dans la vie sociale.

La dignité s'apprécie donc comme étant une qualité inhérente à tous les êtres humains et exclusivement à l'être humain ; celle-ci se traduit par la capacité de décider librement et rationnellement du modèle de conduite que la personne voudra adopter, avec la conséquence du respect exigé de la part des autres personnes. Le Tribunal constitutionnel espagnol adopta une doctrine semblable, la juridiction suprême considérant la dignité en relation avec la dimension morale de la vie humaine. Le Tribunal constitutionnel apprécie la dignité comme étant une valeur

⁷⁴² « La dignité de l'homme en droit constitutionnel », publié à la *Revue espagnole de droit constitutionnel*, numéro cinq, mai-août, 1982, voir les pages 20 et suivantes. Voir infra.

⁷⁴³ Professeur agrégé de philosophie du droit à l'Université Complutense de Madrid.

⁷⁴⁴ Publié dans ALZAGA (Oscar) [sous la direction de], *Commentaire des Lois politiques*, tome premier, édition de la Revue de Droit Public, Madrid, 1984, page 45 et suivantes. Titre original : « Comentario a las leyes políticas : Constitución española de 1978, Ed. Revista de Derecho Público. »

spirituelle et morale inhérente à la personne, et qui se manifeste de manière singulière par l'autodétermination consciente et responsable de sa propre vie⁷⁴⁵.

776. La dignité de la personne constitue la source de tous les droits. Ainsi, en Espagne, la question fut posée de savoir si la dignité de la personne consacrée à l'article 10 (premier alinéa de la Constitution espagnole) et se situant au frontispice du Titre premier, titre relatif aux droits et devoirs fondamentaux, constituait un droit fondamental. La réponse semblait évidente. Toutefois, l'on doit nuancer la réponse. Ainsi, le Tribunal constitutionnel estima que la dignité de la personne *per se* ne pouvait être considérée comme un droit fondamental. Et, dans le recours de l'amparo numéro 443/1990, face à l'argumentation du demandeur, argumentation en relation avec la supposée infraction de violation de la dignité de la personne prévue à l'article 10 de la Constitution, la Haute juridiction considéra que, seulement dans la mesure où les droits individuels sont un vocable dans le recours de l'amparo et uniquement avec le but de prouver si leurs exigences ont été respectées, le Tribunal constitutionnel prendra en considération la dignité de la personne comme norme de référence. Et, le Tribunal refuse à se fonder sur la dignité de la personne de manière autonome pour estimer ou désestimer des prétentions de l'amparo⁷⁴⁶.

777. La dignité de l'homme en droit constitutionnel allemand⁷⁴⁷. L'article 1.1 de la Loi fondamentale allemande reconnaît le concept de dignité de l'homme comme base fondamentale de toute la structure constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne⁷⁴⁸. La dignité de l'homme

⁷⁴⁵ Voir, la décision du Tribunal constitutionnel, décision numéro 53/1985, du 11 avril 1985. Source : Tribunal Constitutionnel d'Espagne (Tribunal Constitucional de España), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.tribunalconstitucional.es/>>

⁷⁴⁶ Voir, décision du Tribunal constitutionnel, n° 120/1990, du 27 juin 1990 ; voir également, la décision du Tribunal constitutionnel espagnol, n° 184/1990, décision du 15 novembre 1990. Source : Tribunal Constitutionnel d'Espagne (Tribunal Constitucional de España), site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://www.tribunalconstitucional.es/>>

⁷⁴⁷ MÜNCH (Ingo von), « La dignité de l'homme en droit constitutionnel allemand » (article paru, en espagnol sous le titre « La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán » dans *Foro, Nueva Época, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Revue de Sciences Juridiques et Sociales) de la Faculté de Droit de l'Université Complutense de Madrid, numéro 9/2009, pp. 107-123. L'auteur est Professeur à la Ruhr-Universität de Bochum. Il naquit le 26 décembre 1932 à Berlin. Il étudia le droit à la Goethe-Universität de Frankfurt am Main.

⁷⁴⁸ En ce qui concerne l'Allemagne, l'on se référera avec un très grand profit à l'ouvrage de GREWE (Constance) et OBERDORFF (Henri), *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », textes rassemblés et présentés par Constance Grewe et Henri Oberdorff, la Documentation française, Paris, 1999, 511 p.

GREWE (Constance) *forme internationale*. Nationalité : France, langue : français. Professeur agrégé de droit public, Constance GREWE fut Directrice de l'Institut de droit comparé de l'Université Robert Schuman-Strasbourg III (en 1999).

OBERDORFF, Henri (1947-....) *forme internationale*. Nationalité : France, langue : français Naissance : 1947-05-29. Il fut Professeur de droit public à l'Université de Grenoble II-Pierre Mendès-France et

a une longue histoire en philosophie et en théologie, mais une brève histoire en droit constitutionnel. La première Constitution de l'État qui consacra la dignité de l'homme fut la Constitution de l'Empire allemand (Deutsche Reich) de 1919 (également dénommée Constitution de Weimar). La dignité était concrètement reliée avec les conditions de vie économique. En effet, l'article 151.1 de la Constitution de Weimar proclamait : « Le régime de la vie économique doit répondre aux principes de justice, avec l'aspiration d'assurer à tous une existence digne de l'homme ». En prenant pour point de référence la Constitution de Weimar, l'on peut également citer la consécration constitutionnelle de la dignité de l'homme dans la Constitution du **Portugal** du 19 mars 1933 en son article six ainsi que dans le Préambule de la **Constitution irlandaise** du 1er juillet 1937. Nonobstant, dans l'histoire moderne constitutionnelle, le concept de dignité de l'homme reçut une consécration pleine et entière au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Ce fut ainsi le cas, en République fédérale d'Allemagne, dans la Loi fondamentale de 1949 (article 1.1).

778. Fernando BATISTA⁷⁴⁹ s'interroge aussi sur la détermination de la dignité de la personne : est-ce un droit fondamental, une valeur, un principe ou une règle ? L'auteur différencie chacun de ces termes selon la conception de la Constitution espagnole de 1978 en concluant que la dignité est une valeur constitutionnelle de laquelle dérive des droits fondamentaux, autrement dit, selon l'auteur, la dignité de la personne est un droit à avoir des droits. Ainsi, la différence qui existe entre une valeur, un principe et une règle permet de mettre en lumière la fonction fondamentale de la dignité de la personne, dignité faisant l'objet d'une promotion constitutionnelle.

La dignité de la personne dans la Constitution espagnole de 1978 constitue-t-elle une valeur, un principe ou une règle. Le texte constitutionnel espagnol reconnaît diverses normes juridiques qui peuvent adopter la forme de valeur, de principe ou de règle suivant la classification de Ronald Dworkin. La distinction qui existe entre les trois concepts n'est pas une tâche facile.

779. Le constitutionnalisme de l'après Seconde Guerre mondiale a incorporé la dignité de la personne humaine comme un prémisses de l'État démocratique moderne. Toutefois, la dignité a acquis toute sa potentialité lorsqu'elle a été appréhendée dans une perspective institutionnelle non

Directeur de l'Institut d'études politiques de Grenoble (en 1999). Source : *Annuaire des juristes et politistes universitaires*, LITEC, Paris, 2002.

⁷⁴⁹ BATISTA (Fernando), « La dignité de la personne dans la Constitution espagnole : nature juridique et fonctions », dans revue *Questions constitutionnelles, Revue mexicaine de droit constitutionnel*, numéro 14, janvier-juin 2006, pp. 3-20. Titre original : « La dignidad de la persona en la constitución española : naturaleza jurídica y funciones » in *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de Derecho constitucional*. L'auteur est Professeur à l'Université panaméricaine.

abstentionniste (de la part de l'État), mais dans une perspective de promotion de la personne humaine⁷⁵⁰. De ce point de vue, il convient de contrôler l'État.

La dignité peut être définie comme un principe constitutionnel porteur des valeurs sociales et des droits de défense des hommes, principe qui interdit que la personne ne soit un simple objet du pouvoir de l'État ou qu'elle ne reçoive un traitement dangereux en raison même de sa qualité. L'auteur met en lumière que la dignité ne constitue pas seulement une valeur ou un principe constitutionnel mais également une source des droits fondamentaux.

La dignité, dans la théorie constitutionnelle, s'explique dans une perspective de promotion de la personne, ce qui signifie que l'État a le devoir de promouvoir ou de créer les conditions juridiques, politiques, sociales, économiques et culturelles qui permettent le développement de la personne humaine. Ainsi, « il n'existe ni ne peut exister de dignité humaine sans liberté, justice, égalité et pluralisme politique [...] ». ⁷⁵¹

780. En **Amérique latine**, la Constitution de la République d'**El Salvador** du 15 décembre 1983 érige la personne humaine comme fin de l'État. La place qu'occupe la personne humaine se trouve symboliquement affirmée dès le commencement de la norme juridique fondamentale. L'article premier de la Constitution de la République salvadorienne énonce que le Salvador reconnaît la personne humaine comme étant l'origine et la fin de l'activité de l'État, qui est organisé pour la poursuite de la justice, de la sécurité juridique et du bien commun. En conséquence, il incombe à l'État de garantir aux habitants de la République la jouissance de la liberté, de la santé, de la culture, du bien-être économique et la justice sociale. (Constitution de la République d'El Salvador, Titre premier, Chapitre unique intitulé « La personne humaine et les buts de l'État »)⁷⁵².

La Constitution politique de la République du **Nicaragua** du 9 janvier 1987 consacre en son titre Ier des principes fondamentaux. L'article cinq de la Constitution politique (chapitre unique) élève au rang constitutionnel des principes de la Nation nicaraguayenne. Au nombre de ces principes,

⁷⁵⁰ LANDA (César), « Dignité de la personne humaine » (titre original : « Dignidad de la persona humana »), in *Cuestiones constitucionales, Revue mexicaine de droit constitutionnel*, numéro sept, juillet-décembre 2002, pp. 109-138. Le rédacteur est Professeur en droit constitutionnel de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁷⁵¹ Voir l'article de FERNANDEZ SEGADO (Francisco), « Dignité de la personne, ordre de valeur et droits fondamentaux dans l'ordonnement constitutionnel espagnol », dans *Revue espagnole de droit militaire*, Ministère de la défense, Madrid, numéro 65, janvier-juin 1995, voir les pages 505-539.

⁷⁵² Source : *Journal officiel (Diario Oficial)* numéro 234, Tome numéro 281, 16 décembre 1983. Voir également, Assemblée législative de la République d'El Salvador (Asamblea legislativa de la República de El Salvador), site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.asamblea.gob.sv/>>

figurent en première place la liberté, puis, la justice, le respect dû à la dignité de la personne humaine [...] ; la reconnaissance des différentes formes de propriété [...] (Alinéa premier)⁷⁵³.

781. Sur le **continent européen**, en **Suisse**, la Constitution du **canton de Berne** du 6 juin 1993 consacre la dignité humaine en son article 9 : « La dignité humaine sera respectée et protégée »⁷⁵⁴.

En **France**, la dignité de la personne humaine constitue un principe à valeur constitutionnelle. Le Préambule de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle. (Conseil constitutionnel, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, « Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement] », considérant 28 ; *Recueil*, p. 343).

L'être humain, par sa qualité même d'appartenance à l'humanité, mérite donc le respect, et notamment pour ce qui concerne son intégrité personnelle. De cette manière, la force publique doit respecter des standards démocratiques en vue de sauvegarder le droit à l'intégrité physique ainsi que le droit à la vie de toute personne, quel qu'ait été le comportement antisocial de ces personnes.

§ 2. L'interdiction absolue de la torture dans le droit international et européen des droits de l'homme.

782. On entend par « torture », au sens général du terme, l'acte d'infliger délibérément des souffrances physiques ou mentales aiguës à autrui dans le but de l'humilier, de le punir ou de le contraindre. Elle était admise comme un moyen de l'enquête judiciaire (torture légale), et celle-ci continue à être utilisée comme un élément essentiel de la répression politique et idéologique⁷⁵⁵ :

⁷⁵³ La Constitution Politique de la République du Nicaragua fut approuvée par l'Assemblée nationale qui exerçait les fonctions constituantes le 19 novembre 1986 ; et, celle-ci fut publiée au *Journal Officiel (La Gaceta)* numéro 94 en date du 30 avril 1987.

Source : Pouvoir Judiciaire de la République du Nicaragua, Cour Suprême de Justice du Nicaragua, Bibliothèque juridique, site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.poderjudicial.gob.ni/>>

⁷⁵⁴ Source : *BELEX - Recueils des lois bernoises, Recueil officiel des lois bernoises (ROB)*. Le Recueil officiel des lois bernoises est l'organe de publication officiel des actes législatifs du canton de Berne. Il est publié périodiquement dans les deux langues officielles. (Article premier, 1.1 Dispositions générales de la Loi sur les publications officielles (LPO) du 18 janvier 1993, N° de l'acte 103.1).

Source : Chancellerie d'État du Canton de Berne, <<http://www.sta.be.ch/>>

⁷⁵⁵ MELLOR (Alec), *La torture. Son histoire, son abolition et sa réapparition au XXe siècle*, Les Horizons littéraires, Paris, 1949 ; réédition MAME, Paris, 1961, 420 p.

cette forme extrême de violence ne peut être qu'anathématisée. Lorsqu'un être humain est torturé, c'est l'humanité dans son ensemble qui est blessée.

783. La torture légale ou *question*, élément de la procédure judiciaire, permettait au juge de soumettre un prévenu, aux conditions et selon des modalités spécifiées par la loi, à des supplices corporels en vue de la manifestation de la vérité judiciaire. Cette torture légale a disparu de la législation des États européens pendant la seconde moitié du XVIIIe siècle et de la première moitié du XIXe siècle. Son introduction, près de six siècles plus tôt, dans la loi civile et dans le droit canon avait été favorisée par plusieurs éléments : la Renaissance, à partir du XIIe siècle, du droit Romain qui admettait la torture comme institution procédurale (voir Justinien, *Digeste*, l. XLVIII, t. XVIII) ; la condamnation par le IVe Concile de Latran en 1215 des ordalies et des duels judiciaires qui, dans le droit de l'époque féodale, tenaient lieu d'épreuves de vérité judiciaire ; l'adoption, par l'Église, de la torture dans les procès d'hérésie (voir la bulle *Ad extirpanda* d'Innocent IV datée de 1252).

Les juristes qui allaient s'attacher à codifier la torture légale étaient conscients du caractère périlleux et incertain de ce moyen d'enquête. Aussi, s'efforcèrent-ils de l'entourer de conditions préliminaires et de garanties, précisant notamment que l'accusé ne pouvait être soumis à la torture que s'il existait des indices graves de sa culpabilité. Et, celui-ci ne pouvait être torturé deux fois sur la base des mêmes indices. Enfin, l'aveu fait sous la torture n'entraînait la condamnation qu'à condition d'être ratifié par l'accusé devant le tribunal (et en cas de rétractation, l'accusé était à nouveau soumis à la torture).

L'institution de la torture légale s'inscrivit dans une conception du droit qui accordait une importance primordiale à l'aveu et qui ne connaissait pas le principe de la présomption d'innocence : l'accusé contre lequel existaient des indices graves, était considéré comme un presque coupable et la torture était conçue comme un châtement par anticipation.

784. Ce fut Saint-Augustin qui, le premier, posa le problème de la justification morale de la torture: un juge peut-il en son âme et conscience appliquer la torture prévue par la loi, alors que, bien souvent, il arrive qu'un innocent fasse un faux aveu pour échapper au supplice ? Le juge, écrit Saint-Augustin, se trouve pris dans une situation tragique qui reflète la misère de la condition humaine : il lui est impossible de sonder le cœur de ses prochains, et pourtant les nécessités de la vie sociale l'obligent à les juger. Il est de son devoir de ne pas se dérober à la charge que lui a confiée la société ; il devra donc accepter la torture comme étant un mal nécessaire. Il faudra attendre le XVIIe siècle pour assister à une évolution de cette position.

785. Vivés condamne la torture au nom de la charité chrétienne⁷⁵⁶, mais surtout il refuse, suivi par Montaigne, de l'accepter comme un mal nécessaire : le degré d'humanité d'une société se mesure justement au fait qu'elle renonce à ce moyen. Au XVIIIe siècle, l'opposition à la torture se généralise. L'*Encyclopédie*, Montesquieu et Voltaire⁷⁵⁷ condamnent la torture légale comme étant source d'injustice, comme inutile et contraire à l'humanité.

786. Ce fut Beccaria qui développa l'argumentation de fond. La torture est une peine. La société n'a le droit d'imposer une peine qu'une fois la culpabilité de l'accusé fermement établie et la condamnation prononcée. Or la torture légale, outre qu'elle devance la condamnation, sert justement à établir la culpabilité... Elle est donc, en son principe même, étrangère à l'idée de droit, et sa pratique relève fondamentalement de l'arbitraire, du droit de la force. Et cela même dans l'hypothèse où elle serait une épreuve de vérité fiable, faisant de la douleur « le creuset de la vérité, comme si le critère de celle-ci résidait dans les muscles et dans les fibres d'un malheureux ». L'abolition de la torture légale, comme Beccaria l'a vu clairement, présuppose que soit abandonnée la conception de l'aveu comme couronnement de l'enquête judiciaire. Aussi longtemps que le juge était obligé de diriger l'enquête vers l'aveu comme vers son terme ultime ce qui excluait que l'on reconnaisse accuser le droit de ne pas déposer contre lui-même (voir Saint-Thomas, *Somme théologique* IIa, IIae, 69.1), la torture s'imposait comme moyen d'enquête.

787. Avec l'abolition de la torture légale, il est devenu impossible de donner une forme juridique à la torture en tant qu'employée à des fins de domination. Cela n'empêche pas qu'à l'heure actuelle elle soit pratiquée, souvent tolérée ou délibérément utilisée dans un cadre étatique⁷⁵⁸. Si dans les conflits militaires ou dans des situations de guerre civile, la torture est souvent utilisée en vue de l'obtention de renseignements, sa finalité essentielle, poursuivie à grande échelle lors de la terreur stalinienne et par le régime nazi est la destruction, au moyen de la souffrance physique et mentale

⁷⁵⁶ VIVÉS (J.-L.), *Commentaire de la Cité de Dieu de Saint Augustin*, XIX, 6, Paris, 1570, édition originale en latin, Bâle, 1522. Voir IBAÑEZ (Ricardo Marín), « Juan Luis VIVES (1492 ?-1540) » in *Perspectives : revue trimestrielle d'éducation comparée*, (UNESCO : Bureau international d'éducation, Paris), vol. XXIV, n° 3/4, 1994 (91/92), pp. 775-792.

⁷⁵⁷ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article « Torture » in *Œuvres de Voltaire* avec préfaces, avertissements, notes, etc. par M. Beuchot, Tome XXXII, chez Lefèvre, Werdet et Lequien, Paris, M DCCC XXIX, 535 p. ; *Prix de la justice et de l'humanité*, réédition, L'Arche Editeur, Paris, 1999, 96 p. ; voir article XXIV. Et, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1766, XII. « De la question » in *Des délits et des peines par Beccaria, traduction nouvelle et seule complète suivie du Commentaire de Voltaire sur le Livre des Délits et des Peines* ; traduction par P. J. S. Dufey, Dalibon, Paris, 1821, 383 p.

⁷⁵⁸ Et y compris dans le cadre d'une société démocratique. En ce qui concerne le recours à la torture d'un point de vue contemporain et par les États-Unis d'Amérique, en particulier à Guantanamo Bay, en Afghanistan, en Irak voir l'ouvrage : *The torture debate in America*, edited by Karen J. GREENBERG, Center on Law and Security, New York University School of Law, Cambridge University Press, 2008, 414 p.

aiguë infligée délibérément, de la personne morale de la victime, ainsi que l'intimidation et la négation de toute résistance politique ou différences idéologiques.

788. L'être humain bénéficie de la protection juridique dans le Droit international public grâce à la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, convention élaborée dans le cadre des Nations Unies (**A**). À l'échelon de la protection régionale des droits de l'Homme, il convient d'étudier l'effectivité de l'interdiction absolue de la torture sur le continent européen grâce à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle est le palladium des droits et libertés (**B**).

A. L'interdiction absolue de la torture dans le droit des Nations Unies.

789. La torture se définit comme étant une violation des droits de l'homme et plus particulièrement en un délit qui attente à l'intégrité physique et psychologique de la personne humaine. Du point de vue du droit international public, il convient de mettre en lumière que la protection de l'être humain vis-à-vis de telles pratiques s'inscrit dans le cadre des Nations Unies. Ainsi, les Nations Unies ont élaboré la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants ; et, il fut établi un Comité contre la torture (sur le fondement des articles 17 à 24 de la Convention contre la torture et autre traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants). L'on se fondera sur l'exemple des États-Unis du Mexique pour appréhender la question de la torture et voir l'action du Comité contre la torture.

790. S'agissant du Mexique, il convient également de mentionner, au plan de la protection régionale des droits de l'homme, la Convention interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture ; cette convention est applicable au Mexique qui l'a signée le 10 février 1986 et qui l'a ratifiée le 11 février 1987⁷⁵⁹. L'on doit ici préciser que la protection des droits de l'homme au plan interaméricain s'inscrit de manière plus générale dans le cadre de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, laquelle prohibe la torture dans son article cinq. Et, il appartient à la Cour interaméricaine des droits de l'homme de contrôler juridictionnellement une telle interdiction.

⁷⁵⁹ Source : Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, Organisation des États Américains, site institutionnel à l'adresse suivante : <<https://www.cidh.oas.org/>>

Au plan du droit interne mexicain, la garantie de toutes personnes inculpées de ne pas souffrir de torture est expressément prévue à l'article 20 de la constitution politique des États-Unis du Mexique⁷⁶⁰. Le Protocole facultatif de la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants fut adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies par le biais de sa Résolution numéro 77/1 du 18 décembre 2002. En se fondant sur l'exemple mexicain, ce Protocole facultatif fut signé le 23 septembre 2003, approuvé le 30 mars 2005 et ratifié le 30 mars 2005 ; il fut promulgué par un décret de ratification en date du 15 juin 2006, décret qui entra en vigueur le 22 juin 2006.

791. Il convient ici de mettre en exergue l'instauration du Sous-comité pour la prévention de la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, comité qui joue un rôle particulièrement performant. Ainsi, le Sous-comité a le pouvoir de réaliser des visites, d'élaborer des recommandations aux États relativement à la protection des personnes privées de leur liberté contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants. Le Sous-comité procédera ainsi à un programme de visites périodiques des différents États parties à la Convention.

792. Un Rapport sur la visite au Mexique du Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, est établi conformément à la décision prise par le Sous-Comité pour la prévention de la torture à sa cinquième session concernant le traitement de ses rapports de visite. Le SPT pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (le « SPT ») a été institué à la suite de l'entrée en vigueur, en juin 2006, du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (le « Protocole facultatif »). Il a commencé ses travaux en février 2007.

Le Protocole facultatif a pour objet de prévenir la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants grâce à l'établissement d' « un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté ». Le travail du SPT s'organise autour de deux axes : la visite des lieux de détention et l'aide à la création et au fonctionnement des organes chargés par les États parties de procéder à des visites régulières, appelés « mécanismes nationaux de prévention ». Le but de son action est de constater, *in situ*, les situations et les facteurs qui risquent de donner lieu à des tortures et des

⁷⁶⁰ LUGO GARFIAS (María Elena), « Le protocole facultatif contre la torture au Mexique, commentaire législatif », *Derechos Humanos Mexico. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* Número 2, Año 2006, pp. 168-179. La Revue est consultable par la voie électronique sur le site de la Bibliothèque Juridique Virtuelle de l'Institut des Investigations Juridiques de l'Université Nationale Autonome de México-UNAM, à l'adresse suivante : <<http://www.juridicas.unam.mx/>> L'auteur est enquêtrice au Centre national des droits de l'homme au Mexique.

traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le pays qui fait l'objet de la visite, ainsi que d'identifier les meilleures pratiques qui sont nécessaires pour empêcher ces violations et de formuler les conclusions et recommandations qui s'imposent à cette fin.

Le Protocole facultatif dispose en son article 11 c) que le SPT coopère, en vue de prévenir la torture en général, avec les organes et mécanismes des Nations Unies, ainsi qu'avec les institutions régionales et nationales. L'article 31 énonce que le SPT et les organes établis en vertu de conventions régionales sont invités à se consulter et à coopérer afin d'éviter les doubles emplois et de promouvoir efficacement la réalisation des objectifs du Protocole facultatif. Dans le cadre de la visite, le SPT a pris en compte tous les rapports et recommandations d'autres organes de défense et de protection des droits de l'homme rattachés au système des Nations Unies et au système interaméricain qui se sont rendus dans le pays.

En vertu du Protocole facultatif, les États parties sont tenus d'autoriser le SPT à effectuer des visites dans tout lieu placé sous leur juridiction et sous leur contrôle où se trouvent ou pourraient se trouver des personnes privées de liberté sur l'ordre d'une autorité publique ou à son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite. Les États parties s'engagent également à accorder au SPT l'accès sans restriction à tous les renseignements concernant les personnes privées de liberté ainsi qu'à tous les renseignements relatifs au traitement de ces personnes et à leurs conditions de détention. Ils sont en outre tenus de lui accorder la possibilité de s'entretenir en privé avec les personnes privées de liberté, sans témoins. Le SPT a toute liberté de choisir les lieux qu'il souhaite visiter et les personnes qu'il souhaite rencontrer. Conformément aux dispositions du Protocole facultatif, les mécanismes nationaux de prévention doivent jouir des mêmes possibilités.

Le travail de prévention de l'État en ce qui concerne la torture et autres traitements cruels est d'une vaste portée et la prévention doit être intégrale car elle touche des personnes qui, étant placées sous le contrôle et la garde de l'État, se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière. Cet état de choses comporte en soi un risque d'excès et d'abus d'autorité portant atteinte à l'intégrité et à la dignité des détenus. Les dispositifs de vigilance, et plus particulièrement la formation et la sensibilisation des agents de l'État qui sont en contact direct avec les personnes privées de liberté, sont parmi les principaux outils de prévention de la torture et des mauvais traitements. La démarche du SPT est une démarche préventive, générale et intégrale. Les visites du SPT servent ainsi à étudier les pratiques et les caractéristiques et capacités du système pénitentiaire et d'autres services de l'État ayant autorité pour garder des individus afin de déterminer s'il y a des carences dans la protection et si certaines garanties sont nécessaires pour renforcer ce système. La présentation, dans le rapport, d'exemples de meilleures pratiques et de mauvaises pratiques, est considérée comme un moyen de préserver la vie et l'intégrité physique et psychique des personnes

privées de liberté qui se trouvent sous la garde de l'État et de leur assurer un traitement conforme à leur dignité d'êtres humains. Les actes ou omissions des agents de l'État qui entraînent une violation de ces droits fondamentaux engagent la responsabilité de l'État à l'échelon international.

793. La prévention de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants participe du respect d'autres droits fondamentaux des personnes privées de liberté, quel que soit le type de la détention. Pendant ses visites dans les États parties au Protocole facultatif, le SPT s'attache surtout à mettre en évidence les facteurs susceptibles de favoriser ou de prévenir des situations qui pourraient être à l'origine de torture ou de mauvais traitements, afin de pouvoir formuler des recommandations en vue d'empêcher que de telles situations se produisent ou se reproduisent. En ce sens, plutôt que de se borner à constater ou à vérifier si des actes de torture ou de mauvais traitements se sont produits, le SPT a pour objectif ultime d'anticiper et de prévenir la perpétration de tels actes, en engageant les États à améliorer leur système de prévention.

794. En application des dispositions des articles 1er et 11 du Protocole facultatif, le SPT a effectué une visite au Mexique du 27 août au 12 septembre 2008. Pour cette première visite du SPT dans l'État partie, les membres de la délégation se sont concentrés sur le travail réalisé par le mécanisme national de prévention et sur la situation, pour ce qui est de la protection contre la torture et les mauvais traitements, des personnes privées de liberté qui se trouvent dans les locaux de la police, les centres pénitentiaires, les installations de détention du ministère public (bureau du procureur au niveau fédéral et au niveau des États – *fiscalías*), les lieux où se trouvent des personnes placées en sécurité (*arraigo*), les établissements pour enfants et adolescents et les hôpitaux psychiatriques. Pour des raisons de logistique et afin d'éviter les doubles emplois, la délégation n'a pas visité les lieux réservés aux migrants, qui ont fait l'objet d'une étude récente du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des migrants. L'existence d'un système complet de visites indépendantes de tous les lieux où pourraient se trouver des personnes privées de liberté est un des moyens essentiels de prévenir la torture et les mauvais traitements.

795. La publicité du rapport établi par le SPT permet de prendre conscience du phénomène au Mexique afin d'y porter remède. Aussi, en application de l'article 16 du Protocole facultatif, le SPT recommande au Mexique de rendre public le présent rapport, comme l'ont fait un certain nombre de pays qui ont déjà été l'objet de visites (Suède et Maldives). Il y a là assurément un nouveau moyen de prévenir la torture et les mauvais traitements grâce à l'ample diffusion des recommandations contenues dans le rapport, qui s'adressent tant aux institutions fédérales et aux institutions des États qu'au mécanisme national de prévention, et indirectement aux commissions des droits de l'homme et aux associations de la société civile.

796. Le Sous-comité de prévention de la torture des Nations unies recommande que le mécanisme national de prévention doit être renforcé pour que toutes les institutions, associations de la société civile et organismes de coopération travaillent en synergie en vue de la réalisation d'un même objectif : la prévention de la torture. L'État doit doter ce mécanisme national de prévention du cadre juridique et des ressources humaines et matérielles nécessaires et lui garantir l'autonomie, l'indépendance et le statut institutionnel qui lui permettront de remplir le rôle prévu dans le Protocole facultatif.

Pour assurer la viabilité et l'autonomie de ce mécanisme national de prévention, le SPT préconise l'élaboration d'un projet de loi destiné à consolider et à renforcer le décret de création de cette institution. On disposera ainsi d'un cadre renforcé pour la prévention de la torture, comportant l'établissement d'un plan national définissant le rôle des diverses institutions en fonction de leur domaine de compétence et un programme de travail prévoyant des engagements, un suivi et des évaluations périodiques, ainsi que la visite des lieux où se trouvent des personnes privées de liberté qui permettront de suivre les progrès en matière de prévention de la torture et des mauvais traitements.

797. En matière de garanties visant à prévenir la torture et les mauvais traitements, la délégation du SPT a examiné les facteurs et les situations susceptibles de servir de garantie pour les personnes privées de liberté et ceux qui étaient de nature à contribuer à aggraver le risque de torture et de mauvais traitements, au vu du cadre juridique et institutionnel en matière de prévention de la torture et des conditions matérielles et des pratiques qui ont cours dans les lieux qu'il a visités.

Le SPT a tenu à rappeler à l'État partie que l'adoption d'une définition appropriée du délit de torture conforme aux instruments internationaux en la matière joue un rôle préventif. À cette fin, toute la législation nationale doit prévoir des enquêtes, des poursuites et des condamnations pour tous les cas impliquant des tortures et des mauvais traitements, quel que soit le contexte dans lequel ils se produisent et indépendamment de la forme de ces actes et de leur objet. De plus, la sévérité de la peine devrait être en rapport avec la gravité de ces actes, qui ne devraient pas être considérés comme des délits de droit commun, d'autant qu'ils se produisent généralement dans des lieux où les victimes sont sous la garde de l'État qui est censé veiller au respect des droits à l'intégrité, physique et morale, de la personne.

Le SPT recommande avec force d'adopter les mesures nécessaires législatives, administratives et autres, afin de mettre la législation primaire et secondaire en conformité avec les instruments internationaux relatifs à la torture, et en particulier la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention interaméricaine pour

la prévention et la répression de la torture. Conformément au principe *pro homine*, la Convention interaméricaine est le texte qui protège le plus la personne humaine dans le cadre du système régional interaméricain dont le Mexique fait partie. Elle prévoit l'imposition de peines conformes à la gravité du délit pour éviter que celui-ci soit assimilé à des lésions corporelles ou autres délits analogues.

La loi fédérale de prévention et de sanction de la torture a été promulguée en 1986. Une nouvelle loi fédérale sur la question a été adoptée en 1991 et modifiée pour la dernière fois en 1994. La loi a pour objet la prévention de la torture. Le délit de torture est défini comme suit à l'article 3 : « Se rend coupable du délit de torture le fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, inflige à une personne des douleurs et des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux fins d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, ou de faire pression sur elle pour qu'elle se livre ou cesse de se livrer à un comportement déterminé. Ne sont pas considérés comme un acte de torture les désagréments ou les peines résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, ou résultant d'un acte légitime d'une autorité. ».

Nul n'est exonéré de la responsabilité du délit de torture et nul n'est autorisé à invoquer l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité pour justifier la torture. La loi reconnaît le droit de la personne détenue d'être examinée par un médecin légiste, qui doit porter à la connaissance de l'autorité compétente les actes de torture qui ont été détectés. La loi prévoit que les aveux ou toute autre forme de renseignements obtenus sous la torture ne peuvent pas être invoqués comme éléments de preuve, pas plus que les aveux faits devant l'autorité policière ou devant le ministère public ou l'autorité judiciaire, hors de la présence du défenseur de l'inculpé ou d'une personne ayant toute sa confiance, et, le cas échéant, d'un interprète. La loi prévoit aussi l'obligation pour la personne qui se rend coupable d'un délit de torture de prendre à sa charge certaines dépenses et d'offrir réparation et d'indemniser la victime ou des ayants-cause. Enfin, elle prévoit que tout agent de la fonction publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance d'un acte de torture, est tenu de dénoncer le fait immédiatement.

798. La loi générale qui établit les fondements de la coordination du système national de sécurité publique prévoit que les membres de l'institution policière ont le devoir de s'abstenir à tout moment et en toutes circonstances d'infliger, de tolérer ou d'autoriser des actes de torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. La loi organique du service du Procureur général de la République prévoit que les agents du ministère public de la Fédération, les officiers de la police judiciaire fédérale et les experts sont tenus d'empêcher que des actes de torture physique ou

psychologique ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne soient infligés, tolérés ou autorisés. Elle impose en outre le devoir de dénoncer de tels actes immédiatement.

799. Les États-Unis du Mexique constituant un État fédéral, il est également intéressant de souligner que la loi fédérale de prévention de sanction de la torture a largement inspiré la définition du délit de torture adoptée dans la législation des entités fédérales. On peut dire qu'elle est devenue le principal texte de référence pour l'élaboration de la législation au niveau des États et au niveau local. Il nous paraît donc important d'examiner quelques aspects de la définition de ce délit contenue dans la loi fédérale à la lumière de la définition de la Convention contre la torture et la Convention interaméricaine.

Du point de vue normatif, il existe un certain nombre de divergences dans la définition de la torture entre la législation fédérale et des États. Par ailleurs, dans les deux cas, un certain nombre d'éléments de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture qui touchent à la définition de la torture et à sa prévention effective moyennant son incrimination demandent à être incorporés dans la législation primaire et secondaire.

800. Concernant la situation des personnes privées de liberté, le SPT recommande à l'État partie de lancer de vastes campagnes de sensibilisation à la prévention de la torture et d'information sur la manière de porter plainte pour torture et sur les instances à qui s'adresser et il recommande d'améliorer et de perfectionner les techniques de qualification et d'instruction des affaires de torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le SPT estime qu'il est compréhensible que le détenu qui est victime de mauvais traitements de la part de la police ait peur de relater les faits à qui que ce soit tant qu'il est sous sa garde. L'État doit offrir à tout détenu la possibilité de faire l'objet d'un examen médical approprié aussitôt que possible après son admission dans le lieu de détention. Le détenu qui décide de porter plainte pour tortures ou mauvais traitements devrait pouvoir avoir accès à un médecin puisque les consultations avec les médecins se font généralement en privé, et qu'en cas de lésions c'est le médecin qui serait le mieux à même de procéder à un examen et d'attester de l'existence ou non de lésions. Le SPT estime que le fait qu'un médecin pratique à un examen des personnes détenues hors de la présence de membres de la police permettrait d'éviter que ces fonctionnaires se livrent à des actes de torture et infligent de mauvais traitements.

B. L'interdiction de la torture dans la protection européenne des droits de l'homme.

801. Sur le continent européen, les êtres humains jouissent de la protection juridique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales laquelle condamne de manière expresse la torture ; il convient en premier lieu d'étudier le mécanisme juridique de protection de la Convention (1), avant d'analyser la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (2).

1) Le mécanisme juridique de protection de la Convention

802. Il convient tout d'abord de déterminer la notion de subsidiarité. Le principe de subsidiarité domine le droit international et européen des droits de l'homme. Ce principe cardinal fonde l'économie de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge européen considère que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, requête n° 5496/72, série A n° 24 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*⁷⁶¹, numéro 7, paragraphe 48).

Ainsi que l'illustre sur le plan procédural, la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes, la Convention européenne des droits de l'homme confie, au premier chef, aux autorités nationales le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés que la Convention consacre. La Convention revêt donc un caractère second par rapport aux droits nationaux, ses règles de fond ne visant nullement à se substituer aux règles de droit interne. En ce qui concerne le champ d'intervention des limitations aux droits garantis, il convient de préciser que les seuls droits de l'homme réellement et efficacement garantis par les conventions internationales sont ceux auxquels l'État partie à la Convention ne peut porter atteinte et qu'il doit maintenir intacts. Ces droits sont qualifiés de droits intangibles. La présence formelle au sein des conventions à portée générale d'une clause qui interdit de manière expresse toute dérogation à certains droits est un critère objectif qui permet de distinguer, au sein de la catégorie des droits individuels, les droits intangibles des autres droits. Ainsi, ces droits constituent le noyau dur des droits de l'homme.

803. S'agissant du noyau dur des droits de l'homme, il est tout à fait significatif que les conventions internationales à portée générale à l'instar de la Convention européenne des droits de

⁷⁶¹ SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, collection « Thémis », Paris, sixième édition, 2011, 928 p.

l'homme et de la Convention américaine des droits de l'homme, contiennent une liste de droits insusceptibles de dérogations. Il existe une convergence remarquable de ces conventions s'agissant des droits qui ne peuvent être supprimés sous aucun prétexte. Ainsi, en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme⁷⁶², et le Pacte international des droits civils et politiques, est un droit intangible, le droit de ne pas être torturé ni de subir de traitements inhumains ou dégradants (article 7 du Pacte international des droits civils et politiques, article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 5 paragraphe premier et deuxième de la Convention américaine des droits de l'homme).

Le noyau dur des droits de l'homme est donc réduit. Les droits précités constituent les seuls droits sur l'ensemble des droits proclamés à figurer, au titre des droits intangibles dans ces trois Conventions ; d'où l'importance éthérée qui les caractérise. Ces droits fondamentaux sont des droits individuels qui s'attachent à l'intégrité physique et morale de la personne humaine ainsi qu'à leur liberté. Ces droits constituent donc des normes fondamentales bénéficiant à tout être humain en tout lieu, ainsi qu'en toute circonstance.

Aussi, ces droits intangibles peuvent être appréciés comme étant les attributs inaliénables de la personne humaine, fondée comme telle sur des valeurs que l'on trouve dans tous les patrimoines culturels et dans toute société humaine. Ces droits expriment en d'autres termes la valeur attachée au respect de la dignité, laquelle est inhérente à tout être humain. Cette analyse est corroborée par l'occurrence que le droit à la vie et le droit de ne pas être torturé figurent dans le « minimum humanitaire garanti aux victimes des conflits armés internationaux et non internationaux » par l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. La Cour internationale de justice, dans son arrêt du 27 juin 1986 souligne que ces règles se situent au rang des « considérations élémentaires d'humanité » et que l'obligation de respecter en toutes circonstances « ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions

⁷⁶² La Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) fut signée par douze États lors de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme de San José, au Costa Rica, le 22 novembre 1969 ; son entrée en vigueur date du 18 juillet 1978, elle fut ratifiée par 25 des 35 États de l'Organisation des États américains. Autre forme : American convention on human rights (1969), Pact of San José, Costa Rica (1969). Source : Commission interaméricaine des droits de l'homme, <<http://www.cidh.org/>>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme fut créée par la conférence tenue du 7 au 22-11-1969 à San José, Costa Rica. Installée le 18-7-1978, date de l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José). La dénomination officielle de la Cour dans ses deux langues officielles est « Corte interamericana de derechos humanos » (*espagnol; castillan*) et « Inter-American Court of human rights » (*anglais*). Et, pour la consultation en français des arrêts de la Cour, voir BURGUORGUE-LARSEN (Laurence) et ÚBEDA DE TORRES (Amaya), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 995 p.

ne sont que l'expression concrète » (« Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua », *Recueil*, paragraphes 117-122 et 219-220).

804. Ces droits, communs aux trois grands textes de proclamation, forment donc le standard minimum des droits de l'homme, lequel est « l'expression de l'irréductible humain »⁷⁶³. Ces droits de l'homme sont donc orbicoles. Ils constituent les droits intangibles au sens strict du terme. Seuls, ces droits sont donc susceptibles d'être élevés au rang des normes impératives du droit international. S'agissant de la règle de l'interdiction de la torture, celle-ci bénéficie désormais de cette qualification en droit européen des droits de l'homme (*Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XI), et fait partie de la liste des droits indérogeables dressée à la fois par le Pacte des Nations unies et par la Convention américaine des droits de l'homme.

805. S'agissant des obligations positives qui pèsent sur l'État, il convient de déterminer cette notion que l'on appelle les « droits de... » et les « droits à... ». Forcée par les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, la distinction s'opère entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels entre les « droits de... » lesquels supposent une abstention de la part de l'État et « les droits à... » lesquels réclament des prestations positives de la part de l'État. L'obligation positive qui pèse sur l'État est alors en l'occurrence celle « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits, que l'individu tient de la Convention (*López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, requête n° 16798/90, série A n° 303-C ; voir § 51 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro trois). En ce qui concerne le fondement de la notion d'obligation positive, il convient également de souligner que parce qu'elle est nécessaire à l'effectivité du droit, l'obligation positive est « inhérente » au droit garanti, c'est-à-dire consubstantielle à ce dernier. Le juge européen découvre sur le fondement de l'article premier de la Convention une obligation positive inhérente à l'engagement général qu'ont les États de reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction des droits et libertés » consacrés par la Convention. Ainsi, dans son arrêt, rendu en Grande Chambre, « *Ilascu et al. contre Moldavie et Russie* » (8 juillet 2004)⁷⁶⁴, la Cour a systématisé cette construction prétorienne. La Cour va lier de manière intime « obligation positive » et « juridiction » de l'État au sens de l'article premier de la Convention. Elle définit de manière extensive l'obligation positive inhérente à l'article premier. En effet, l'article premier va fonder désormais une obligation positive générale qui pèse sur l'État lequel sera tenu d'adopter des mesures idoines pour protéger tous droits garantis par la Convention à toute personne

⁷⁶³ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2005, 715 p..

⁷⁶⁴ *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, requête n° 48787/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VII.

placée sous sa juridiction formelle quand bien même ces personnes échappent à son autorité réelle. En l'occurrence, la responsabilité de l'État moldave est engagée pour faits de torture et de détention arbitraire subis par les ressortissants moldaves aux mains d'un mouvement sécessionniste. La Cour se reconnaît donc la possibilité de faire jouer la théorie des obligations positives pour tout droit et confère à celle-ci un champ d'application générale.

806. Bouleversant l'économie même de la Convention, les obligations positives emportent une redéfinition des obligations des États parties. La responsabilité de l'État peut être engagée non seulement en raison de son ingérence active dans tel ou tel droit, mais également par le jeu de la théorie des obligations positives en raison de son ingérence passive, c'est-à-dire de la non adoption de mesures positives que l'application concrète des droits nécessitait. Cette ingérence passive recouvre deux modalités, selon que l'abstention de l'État entraîne en soi une atteinte aux droits garantis ou qu'elle permet aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti. C'est bien alors la question de l'effet horizontal de la Convention qui est en jeu. Autrement dit, l'ingérence passive peut résulter de la carence de l'État aussi bien dans l'adoption de mesures positives d'ordre matériel à savoir, l'absence de soins médicaux délivrés à un détenu (article 3 de la Convention, *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000)⁷⁶⁵.

Bien qu'elle se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention même, la Cour européenne des droits de l'homme fait un usage quasi systématique de la technique des obligations positives. Celles-ci constituent des obligations substantielles mais également procédurales ; et, elles se déploient sur un très large éventail de droits. Ainsi, la jurisprudence européenne témoigne d'une très large diffusion des obligations positives substantielles, lesquelles impliquent l'adoption de la part de l'État partie de mesures propres à permettre la réalisation effective des droits garantis dans le champ de la Convention. Ainsi, le droit à ne pas subir de torture ou de traitements inhumains et dégradants (*Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, précité) ; le droit à la vie (*L. C. B c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998)⁷⁶⁶.

En outre, le juge européen a découvert des obligations positives procédurales au sein de droits matériels tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture, réalisant ainsi un dédoublement de l'obligation positive qui pèse sur l'État, à savoir une obligation active substantielle et l'obligation procédurale de procéder à une enquête officielle, approfondie et effective afin d'identifier et de

⁷⁶⁵ Requête n° 22277/93, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII ; et, *JCP G*, 2001, I, 291, numéro 11, chronique Sudre

⁷⁶⁶ Requête n° 23413/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III ; voir § 36 ; et, *JCP G*, 1999, I, 105, numéro 7, chronique F. SUDRE.

punir les responsables en cas de recours à la force par les agents de l'État qui a entraîné mort d'hommes (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, [Grande Chambre], requête n° 18984/91, série A n° 324 ; voir § 161)⁷⁶⁷. Et, s'agissant de traitements contraires à l'article trois commis par les agents de l'État (*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, requête n° 24760/94)⁷⁶⁸. Le juge de Strasbourg semble bien considérer que tous les droits substantiels énoncés par la Convention renferment une obligation positive implicite de mettre en place et de rendre effectives des procédures qui permettent de revendiquer à l'échelon national le droit en cause.

2) Les droits garantis : l'intégrité de la personne humaine.

807. Énoncée par des normes impératives, l'interdiction de la torture vise la protection de l'intégrité physique et morale de la personne humaine. Ce droit concourt plus que tout autre au respect de la dignité de la personne humaine, dont la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'elle est avec la liberté de l'homme « l'essence même de la Convention » (*S. W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, requête n° 20166/92, série A n° 335-B ; voir § 44)⁷⁶⁹.

808. La Cour de Justice des Communautés européennes consacre également « le droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne » au titre des principes généraux du droit communautaire (CJCE, 9 octobre 2001, « Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'UE », affaire C-377/98, *RTDH*, 2002, 662, observations C. MAUBERNARD). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame en son article premier que : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »

809. Il convient de préciser que l'obligation positive qui incombe à l'État partie inclut une obligation de protection de la santé des personnes privées de liberté (*Berktaç c. Turquie*, 1er mars 2001, requête n° 22493/93)⁷⁷⁰. En outre, l'obligation positive échet à l'État, quel que soit les modes

⁷⁶⁷ Et, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 9 ; sur le fondement l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁶⁸ *Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII* ; voir § 102 ; et, *JCP G*, 1999, I, 105, numéro 12, chronique F. SUDRE.

⁷⁶⁹ *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 33 ; et voir, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, précité ; voir § 90 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 38.

⁷⁷⁰ *JCP G*, 2001, I, 342, numéro un, chronique F. SUDRE.

de détention de la personne. Ainsi, la personne peut être détenue, sur le fondement d'une mesure de garde à vue ou bien « retenue » (*Slimani c. France*, 27 juillet 2004, requête n° 57671/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IX). Cela implique de dispenser avec diligence des soins médicaux dès lors que l'état de santé de l'individu le nécessite en vue de prévenir toute issue fatale (*Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, requête n° 38361/97)⁷⁷¹.

810. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels inhumains et dégradants est énoncée en des termes lapidaires et similaires par les différentes conventions générales de protection des droits de l'homme. Ainsi, l'article 7 du Pacte international des droits civils et politiques prévoit que « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines... ». De manière similaire, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit la même interdiction. Enfin, la Convention américaine des droits de l'homme en son article 5 § 1 et 2 précise une même prohibition. Cette interdiction générale revêt un caractère imprécis. Aussi, pour ce qui a trait à la protection européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg a interprété l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme d'un point de vue exigeant.

Ainsi, la Cour strasbourgeoise a procédé à la systématisation de principes relatifs à la portée de l'interdiction de la torture et à la qualification des mauvais traitements. En outre, elle soumet au respect de l'article 3 de la Convention, de manière audacieuse, les conditions de détention des prisonniers. Enfin, un contrôle complémentaire et un contrôle juridictionnel du respect de l'interdiction sont par ailleurs institués. (*Selmouni c. France*, Grande chambre, 28 juillet 1999, requête n° 25803/94)⁷⁷².

a) La portée de l'interdiction : une prohibition absolue.

811. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme comme l'article 7 du Pacte international des droits civils et politiques sont insusceptibles de restrictions et de dérogations. Ces deux articles édictent une « prohibition absolue » qui, selon les termes mêmes de la Cour européenne des droits de l'homme, « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, série A n° 161 ; voir § 88)⁷⁷³. Cette singularité se trouve confirmée par l'arrêt de la Cour de Strasbourg « Al-Adsani contre

⁷⁷¹ *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV ; voir § 130 ; voir également, dans le même sens, CDH, numéro 763/1997, 26 mars 2002, « Lantsova c. Russie », A/57/40, volume II, 86.

⁷⁷² *Recueil des arrêts et décisions* 1999-V ; et, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 11.

⁷⁷³ *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 13.

Royaume-Uni », par lequel la Cour européenne reconnaît que « l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international » (*Al-Adsani c. Rouyaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, précité ; voir § 61).

812. Dans un premier temps, le juge européen a néanmoins considéré que pour être soumis à l'interdiction, un mauvais traitement devait « atteindre un minimum de gravité » (*Irlande c. Rouyaume-Uni*, 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, série A n° 25 ; voir § 162)⁷⁷⁴. Ce critère de l'intensité des souffrances infligées aux victimes a pour fonction initiale de déterminer l'applicabilité de l'article 3 de la Convention. Par exemple, dans sa décision « Soering », la Cour strasbourgeoise a jugé que la longue attente de l'exécution de la peine capitale par un condamné à mort dans le couloir de la mort constitue un traitement « dépassant le seuil fixé par l'article 3 » de la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit européen s'était donc accommodé de ce que « certaines brutalités » puissent échapper à l'interdiction édictée sur le fondement de l'article 3 de la Convention (Commission, Rapport en date du 18 novembre 1969, *affaire grecque*, Ann., 186).

813. La Cour, fort heureusement, a abandonné cette analyse, par son arrêt « Tomasi contre France » (*Tomasi c. France*, 27 août 1992, requête n° 12850/87, série A n° 241-A ; voir § 115)⁷⁷⁵. Il s'agissait, en l'espèce, de brutalités policières commises sur une personne placée en garde à vue ; la juridiction de Strasbourg énonce dorénavant le principe qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendue strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁷⁶.

En affirmant que l'intégrité physique de la personne bénéficie d'une garantie absolue même dans les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, le juge européen considère, comme le corrobore la très importante décision « Selmouni contre France », en date 28 juillet 1999 (*Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 11), que c'est tout usage de la force physique sur une personne en situation d'infériorité, puisque celle-ci se trouve privée de sa liberté, qui est prohibé et, dès lors, tombe sous le coup de l'article 3 de la Convention. En établissant une « présomption de gravité », le juge européen estime qu'un tel recours à la force physique atteint, en soi, le « minimum de gravité » requis pour relever de

⁷⁷⁴ *JDI*, 1980, 449, observations Patrice ROLLAND ; *RGDIP*, 1979, 104, note Martin P.-M.

⁷⁷⁵ F. SUDRE, *Revue des sciences criminelles et du droit pénal comparé*, 1993, 33.

⁷⁷⁶ Voir aussi, dans le même sens, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, requête n° 18896/91, série A n° 336, § 38 ; voir aussi, dans le même sens, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, requête n° 22496/93, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV.

l'article 3 de la Convention ; et, partant, la Cour ne retient donc plus le critère originaire d'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

814. Ce principe vaut également pour des brutalités policières commises lors d'une arrestation (*Rehbock c. Slovaquie*, 28 novembre 2000, requête n° 29462/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-XII). Ce principe vaut aussi, de manière évidente, à l'égard des violences perpétrées par le personnel pénitentiaire sur des détenus⁷⁷⁷. Il appartient donc aux autorités nationales de démontrer de manière convaincante que le recours à la force n'a pas revêtu un caractère excessif (*Caloc c. France*, 20 juillet 2000, requête n° 33951/96, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IX). Il s'agissait, en l'occurrence, de l'usage de la force contre le requérant, lequel avait été considéré comme étant nécessaire eu égard à la tentative de fuite du requérant au cours de sa garde à vue. On peut, dans ce domaine, évoquer en sens contraire, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lequel la juridiction strasbourgeoise avait estimé que le recours à la force n'était pas nécessaire ; il s'agissait, en l'occurrence, d'une interpellation « musclée », (*R. L. et M.-J. D. c. France*, 19 mai 2004, requête n° 44568/98).

815. Ensuite, selon une jurisprudence constante, la preuve de mauvais traitements commis par des agents publics doit être établie « au-delà de tout doute raisonnable ». D'abord consacré dans le cadre de l'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, le standard de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » a été étendu à l'ensemble du champ de la Convention par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, en date du 18 mai 2000, « *Velikova contre Bulgarie* » (*Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, requête n° 41488/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VI). Cela suppose, en pratique, même si une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants que le requérant fournisse des certificats médicaux qui attestent de sévices corporels.

816. Depuis sa décision « *Tomasi contre France* », la Cour européenne des droits de l'homme procède à un renversement de la charge de la preuve. Le juge européen recourt, ainsi, à une véritable présomption de causalité pour considérer comme étant établies, les allégations du requérant, sauf si la preuve contraire est apportée par l'État défendeur (*Ribitsch*, précité ; *Selmouni*, précité). Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies procède de manière analogue (CDH, numéro 255/1987, « *Carlton Linton contre Jamaïque* », A/48/40, volume 1, 1993, § 800). La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi, en l'absence d'explications qui revêtent un

⁷⁷⁷ *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, requête n° 26772/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV ; et, *RTDH*, 2001, 117, observations A. BEERNAERT ; voir également, dans le même sens, *Indelicato c. Italie*, 18 octobre 2001, requête n° 31143/96, § 30 ; et, *JCP G*, 2002, I, 105, numéro deux, chronique F. SUDRE.

caractère plausible de la part des autorités étatiques, que les séquelles constatées par des rapports médicaux à l'issue d'une arrestation, d'une mesure de garde à vue ou bien d'une détention, ont pour origine un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne (*Rivas c. France*, 1er avril 2004, requête n° 59584/00)⁷⁷⁸.

817. Sous couvert de cette prohibition absolue, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme met à la charge de l'État partie deux obligations, l'une étant de nature substantielle et l'autre étant procédurale. En premier lieu, l'obligation substantielle qui incombe aux autorités étatiques constitue d'abord une obligation « essentiellement négative » (*Pretty c. Royaume-Uni*, 25 avril 2002, requête n° 2346/02, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 50), de ne pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de leur juridiction. Elle est aussi une obligation positive, tirée de la combinaison de l'article 3 et de l'article premier de la Convention, de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté, que celles-ci soient placées en garde à vue (*Selmouni*, précité), en rétention administrative (*Slimani c. France*, 27 juillet 2004, précité) ou détenues en prison (*Labita*, 6 avril 2000, précité), en raison même de la situation de vulnérabilité de ces personnes, et de protéger leur santé, notamment en leur prodiguant des soins appropriés lorsque ces personnes ont été blessées au cours d'une arrestation ou d'une détention⁷⁷⁹

À titre d'exemple, dans l'affaire « Ilhan contre Turquie », la qualification de « torture » vient sanctionner non seulement des violences physiques ayant entraîné des lésions cérébrales, mais aussi une absence de soins médicaux pendant 36 heures⁷⁸⁰. L'étendue de cette obligation de protection a été précisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt « Algür contre Turquie » (*Algür c. Turquie*, 22 octobre 2002, requête n° 32574/96). En l'espèce, le droit de demander un examen par un médecin de son choix ainsi que l'accès à un avocat et un membre de la famille et une prompt intervention judiciaire fournissent des « garanties fondamentales » assurant la détection et la prévention des mauvais traitements (§ 44). D'une manière générale, la jurisprudence internationale dans ce domaine s'accorde sur cette obligation positive qui incombe à l'État, obligation visant à protéger toute personne contre un danger de violation de son intégrité physique⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ L'arrêt est consultable via la base de données de la Cour européenne des droits de l'homme, HUDOC : <http://hudoc.echr.coe.int/>

⁷⁷⁹ Commission, Rapport du 8 juillet 1993, « H. contre Suisse », numéro 17 549/90, paragraphe sept ; voir également, dans le même sens, CDH, obs. gén. Numéro 21 (44), du 6 avril 1992, sur l'article 10, A/47/40, p. 192.

⁷⁸⁰ *Ilhan c. Turquie*, Grande Chambre, 27 juin 2000, *JCP G*, 2001, I, 291, numéro 11, chronique F. SUDRE.

⁷⁸¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 juillet 1988, « Velasquez Rodriguez », *RUDH*, 1992, § 175.

818. En second lieu, la Cour européenne de l'homme adopte une interprétation dynamique de l'article 3 de la Convention ; ainsi, cette interprétation dynamique conduit le juge européen à imposer de la même manière à la charge de l'État partie l'obligation de prendre les mesures propres à empêcher que les personnes placées sous sa juridiction ne soient soumises à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Ainsi, les autorités pénitentiaires doivent adopter les mesures idoines visant à empêcher qu'un détenu ne soit maltraité par ses codétenus (*Pantea c. Roumanie*, 3 juin 2003, requête n° 33343/96)⁷⁸².

819. L'obligation procédurale issue de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Assenov*, 28 octobre 1998, précité, § 102) laquelle est analogue à celle tirée de l'article 2, consiste à procéder à une enquête officielle approfondie et effective, respectant le principe du contradictoire (*Kmetty c. Hongrie*, 16 décembre 2003, requête n° 57967/00), en vue de l'identification et de la punition des responsables, chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ont été perpétrés par des agents de l'État sur des personnes privées de liberté, quel que soit leur mode de détention. Cette obligation positive est également prévue par la Convention des Nations unies contre la torture, en date du 3 décembre 1984, en son article 12. De plus, le Comité des droits de l'homme met en œuvre dans le cadre du Pacte international des droits civils et politiques cette obligation (numéro 625/1995, décision 24 mars 2000, « Freemantle contre Jamaïque », A/55/40, volume II, 11).

Cette obligation s'impose en raison de la nécessité de rendre efficace en pratique l'interdiction générale de la torture et des traitements inhumains ou dégradants édictés par l'article 3 de la Convention, en privant de cette manière de toute impunité les agents de l'État qui méconnaîtraient cette interdiction (*Caloc c. France*, 20 juillet 2000, précité, § 89). De cette manière, la Cour européenne procède à un dédoublement du jeu de l'article 3 de la Convention. En effet, la responsabilité de l'État peut se trouver engagée pour violation de l'article 3 de la Convention en cas de non-respect des dispositions substantielles et/ou de non-respect de l'obligation procédurale. Aussi, la transgression de cette obligation procédurale constitue en soi une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il existe, par ailleurs, violation de l'obligation substantielle (*Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, requête n° 20869/92, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VIII) ou bien qu'il n'existe pas de violation de cette obligation (*Assenov*, précité). Toutefois, dans son arrêt de Grande Chambre « Ilhan contre Turquie », en date du 27 juin 2000 (§ 92), la Cour européenne limite le jeu propre de l'obligation procédurale tirée de l'article 3.

⁷⁸² *Recueil des arrêts et décisions* 2003-VI ; et, *JCP G*, 2003, I, 160, numéro 3, chronique F. SUDRE.

En effet, l'obligation de mener une enquête effective se trouve désormais absorbée en principe par la notion de recours effectif de l'article 13 de la Convention. Aussi, celle-ci doit être sanctionnée, de manière principale, sur le terrain l'article 13. (*Berktaç c. Turquie*, 1er mars 2001, requête n° 22493/93, § 167 ; et, *JCP G*, 2001, I, 342, numéro 2, chronique F. SUDRE ; *Bati et autres c. Turquie*, 3 juin 2004, requêtes n° 33097/96 et n° 57834/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IV).

820. L'obligation procédurale dont le siège réside à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, est aussi étroitement liée à la règle d'épuisement des voies de recours internes (article 35, paragraphe premier). Aussi, une plainte avec constitution de partie civile ne saurait passer pour un recours « utile » à exercer au sens de l'article 35 de la Convention, dès lors que les autorités nationales ont manqué à leur obligation d'enquête « effective » (*Henaf c. France*, 27 novembre 2003, requête n° 65436/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-XI ; et, *D.* 2004, 1196, note D. ROETS).

b) La qualification « des mauvais traitements ».

821. S'agissant des critères qui déterminent la notion de torture, il convient de viser la Convention sur la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée sans vote par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 3 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987. La torture est un acte par lequel des souffrances aiguës physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne par un agent de la fonction publique, ou à son instigation, dans un but déterminé à savoir l'obtention d'aveu, une punition, une intimidation... . Cette définition, qui ne vise que la torture « officielle », reprend trois éléments constitutifs énoncés par la Commission européenne dans l'*affaire grecque* (*Ann.*, XII, *Affaire grecque*, p. 186 et 461), à savoir l'intensité des souffrances, l'intention délibérée, et le but déterminé. Cependant, cette définition obombre les notions de traitements inhumains ou dégradants, considérés comme étant moindres que la torture elle-même. En effet, selon le Comité des droits de l'homme, la prohibition posée à l'article 7 du Pacte international des droits civils et politiques va au-delà de la torture et vise aussi les peines corporelles, « y compris les châtiments excessifs infligés à titre de sanction pénale ou de mesures éducatives ou disciplinaires » ou bien l'isolement cellulaire prolongé (obs. gén. No 20 (44), en date du 3 avril 1992, A/47/40, p. 190).

822. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ont précisé les trois concepts visés par l'article 3 de la Convention en se fondant sur deux critères. En premier lieu, le critère de l'intensité des souffrances infligées aux victimes permet d'opérer le départ entre les

différents types de traitements qui relèvent de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ici s'opère une différenciation du champ d'application de chacun des concepts, à savoir la torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant. La juridiction strasbourgeoise apporte la définition du traitement inhumain comme étant celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière ; le traitement dégradant est, quant à lui, défini comme étant celui qui « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience » ou qui abaisse l'individu à ses propres yeux (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, requête n° 5856/72, série A n° 26, § 29 et § 32)⁷⁸³. La qualification de torture se trouve réservée à « des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances », qu'elle marque « d'une spéciale infamie » (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1960, précité, § 167 ; *Selmouni*, précité, § 96).

823. En deuxième lieu, le critère de l'appréciation relative de la gravité du mauvais traitement permet au juge européen de qualifier *in concreto* le mauvais traitement incriminé. L'appréciation relative dépend, selon une formulation devenue désormais classique, « de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et des effets physique ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de la vie, de l'état de santé de la victime, etc. » (*Irlande c. Royaume-Uni*, § 162 ; *Selmouni*, § 100.)⁷⁸⁴. Et, la Cour souligne l'obligation imposée à l'État par l'article 3 de la Convention, obligation selon laquelle l'Etat doit « s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure dont l'intéressé fait l'objet ne le soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate » (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, §§ 92-94, CEDH 2000-XI). Elle rappelle enfin que,

⁷⁸³ *JDI*, 1980, 457, observations Patrice ROLLAND, à propos du châtement judiciaire de la fustigation infligé dans le territoire de l'île de Man.

⁷⁸⁴ Pour des conditions de détention qui constituent une violation de l'article 3 de la Convention, *Györgypál c. Roumanie*, n° 29540/08, 26 mars 2013, § 70. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (voir, parmi d'autres, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, et *Măciucă c. Roumanie*, n° 25763/03, § 22, 26 mai 2009).

Enfin, il convient de relever que même si la Cour admet qu'en l'espèce rien n'indique qu'il y ait eu véritablement intention d'humilier ou de rabaisser le requérant pendant sa détention dans les prisons de Bucarest-Jilava et de Miercurea Ciuc, l'absence d'un tel but ne saurait exclure un constat de violation de l'article 3 de la Convention. La Cour estime que les conditions de détention en cause, que le requérant a dû subir pendant un laps de temps d'environ deux ans, neuf mois et trois semaines, n'ont pas manqué de le soumettre à une épreuve d'une intensité qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. (§ 75). Partant, il y a eu violation de l'article 3 de la Convention.

lorsqu'on évalue les conditions de détention, il y a lieu de prendre en compte leurs effets cumulatifs ainsi que les allégations spécifiques du requérant (*Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, § 46, *CEDH* 2001-II).

824. Il convient ici de relever que le Comité des droits de l'homme adopte une démarche similaire⁷⁸⁵ Cette démarche conduisait, ainsi, le juge européen à qualifier de traitements « inhumains » ou « inhumains et dégradants », les mauvais traitements infligés aux personnes soumises à leur autorité par les agents de l'État à savoir la police, les forces armées, le personnel pénitentiaire, que l'usage de la violence soit occasionnel (*Tomasi*, 27 août 1992, précité ; *Tekin*, 9 juin 1998, précité) ou qu'il soit organisé et réponde à un plan préétabli. Ainsi, dans l'affaire « Irlande contre Royaume-Uni », la Cour strasbourgeoise a eu à juger des « cinq techniques » d'interrogatoire « approfondis » utilisées par les forces armées britanniques en Irlande du Nord, (§ 67 et § 159).

825. Jusqu'à sa décision « Selmouni contre France », en date du 28 juillet 1999, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait retenu la qualification de « torture »⁷⁸⁶ qu'à deux reprises contre la Turquie⁷⁸⁷. Il s'agissait, en l'occurrence, du traitement de la « pendaison palestinienne », traitement infligé par la police à l'égard du requérant au cours de sa garde à vue. De surcroît, la Cour européenne a également retenu la qualification de torture, contre la Turquie à propos du viol de la requérante par des policiers au cours de la mesure de garde à vue⁷⁸⁸.

826. S'agissant d'affaires relatives à la torture, la Cour de Strasbourg adopte une interprétation évolutive. En premier lieu, par sa décision « Selmouni », la juridiction de Strasbourg a signifié clairement que la notion de torture doit faire l'objet d'une interprétation dite « évolutive ». Rappelant que la Convention est « un instrument vivant interprété à la lumière des conditions de vie actuelles », la Cour estime qu'en raison des exigences présentes en matière de droits de l'homme, des actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » doivent désormais recevoir la qualification juridique de torture (§ 101).

⁷⁸⁵ CDH, numéro 265/1987, décision 8 juillet 1988, « Vuolanne contre Finlande », A/44/40, p. 266, § 9.2.

⁷⁸⁶ Au plan international, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a eu également à se prononcer sur de nombreux cas de torture infligée à des personnes aux mains des autorités militaires ou policières. Voir par exemple, CDH, Numéro 74/1980, décision du 29 mars 1983, « M.-A. Estrella contre Uruguay » ; CDH, numéro 147/1983, décision du 1er novembre 1985, « L.-A. Gilboa contre Uruguay » ; CDH, numéro 176/1984, décision de novembre 1987, « J. Penarrieta et autres contre Bolivie ».

⁷⁸⁷ *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, requête n° 21987/93, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI ; et, *JCP G*, 1997, I, 4000, numéro 8, chronique F. SUDRE.

⁷⁸⁸ *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, [Grande Chambre], requête n° 23178/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

Dans cette affaire, les fonctionnaires de police avaient infligé au requérant, lors des interrogatoires effectués durant la mesure de garde à vue, des coups, humiliations et menaces. Aussi, la juridiction européenne a estimé que le caractère répété et prolongé, « odieux et humiliant » des sévices qui ont été exercés sur la personne du requérant la conduisait, sur le fondement de la Convention des Nations unies sur la torture, à relever que les actes de violence physique et morale commis, ont provoqué des « douleurs et souffrances aiguës et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel ». Aussi, la Cour a retenu la qualification juridique de « torture » (§ 105). Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision très importante, opère l'abandon d'une politique jurisprudentielle qui était empreinte d'une certaine retenue ; dorénavant, les violences policières n'échapperont plus aisément à la qualification particulièrement infamante de « torture » (*Ilhan*, 27 juin 2000, précité)⁷⁸⁹.

827. Enfin, il est également digne d'être remarqué que le champ d'application des concepts de « traitements inhumains ou dégradants » ou de « traitements dégradants » s'appliquent, en droit européen, au secteur originel, à savoir le secteur répressif (à propos de brimades infligées aux détenus par le personnel pénitentiaire⁷⁹⁰, ainsi que pour les personnes en état d'arrestation par les forces de police⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Voir aussi, dans le même sens, à propos de violences policières qui répondent aux critères établis par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'intensité des souffrances, l'intention délibérée, et le but déterminé, (*Bati et autres c. Turquie*, 3 juin 2004, précité).

⁷⁹⁰ Il s'agissait, en l'espèce, de mesures vexatoires à caractère raciste, Commission, décision *Hilton contre Royaume-Uni*, 5 mars 1976, D. et R., 4, p. 177.

⁷⁹¹ Il était question, en l'occurrence, de l'obligation imposée au requérant de porter des vêtements souillés, voir, Commission, Rapport en date du 8 juillet 1993, *Hutardo contre Suisse*, § 68.

Section deuxième. Le recours à la force dans un cadre collectif: le strict respect de procédures destinées à garantir le droit à l'intégrité physique.

827. La foule est constituée de personnes rassemblées en un même lieu. Cette réunion d'êtres humains peut être considérée comme étant une unité psychologique et sociale qui possède un comportement et des caractères propres (voir la *Psychologie des foules* de Gustave Le Bon)⁷⁹². Par conséquent, la foule qui est constituée par un ensemble d'individus réunis en nombre important en un même lieu est susceptible d'actions de groupe que la plupart du temps ceux-ci n'accompliraient pas s'ils étaient seuls. C'est pour rendre compte de la spécificité de ces actions que Gustave Le Bon proposa la notion de *foule psychologique* en 1895. Il s'intéressa ainsi aux transformations que subit l'individu dans le phénomène de la foule (contagion mentale, suggestibilité), sans répondre à la question de savoir ce qui transforme les individus en foule.

828. C'est à cette question que s'attache Freud dans son essai *Psychologie collective et analyse du moi* (1921 ; traduction française dans les *Essais de psychanalyse*)⁷⁹³ tout en critiquant Le Bon : « une foule primaire se présente comme une réunion d'individus ayant tous remplacé leur idéal du moi par le même objet, ce qui a eu pour conséquence l'identification de leur propre moi. » Ce sont donc les meneurs qui identifient les foules primaires, à savoir celles qui ne sont pas organisées. Cette définition peut apparaître comme étant circulaire, dans la mesure où c'est dans la constitution de la foule qu'émerge le meneur⁷⁹⁴.

829. La force publique doit donc adopter un comportement propre à assurer le droit à l'intégrité physique des manifestants. La création de corps spécialisés destinés à assurer le maintien de l'ordre constitua une évolution remarquable au regard de la protection du droit à l'intégrité physique des personnes qui participaient à des manifestations sur la voie publique (§ 1). Formés spécialement en vue d'assurer la mission délicate de rétablir l'ordre public, ces corps professionnels du maintien de l'ordre adoptent un comportement moins phagédénique que l'armée qui n'est pas adaptée à ce rôle (§ 2).

⁷⁹² LE BON (Gustave), *Psychologie des foules*, PUF, collection « Quadrige », Paris, 9^e édition, 2013, 132 p.

⁷⁹³ FREUD (Sigmund), *Essais de psychanalyse*, Payot, collection « Petite Bibliothèque Payot », N°15, Paris, 2001, 320p.

⁷⁹⁴ Voir STOETZEL (J.), *La Psychologie sociale*, Flammarion, Paris, 1963, 317 p.

§ 1. La création de corps spécialisés de la force publique : restreindre les atteintes à l'intégrité physique des manifestants

830. Historiquement, ce fut à la force publique extérieure que revint la mission de rétablir l'ordre public lorsqu'éclataient des troubles sur la voie publique. Au sein de la force publique de nature militaire, fut créé le premier corps spécialisé dans le maintien de l'ordre : la gendarmerie mobile. Puis, au sein de la force publique à statut civil, fut institué un corps voué à la même mission : les Compagnies Républicaines de Sécurité (**A**). La France représente l'idéal-type de l'État unitaire ; aussi, il est particulièrement intéressant d'étudier la création d'un corps spécialisé dans le maintien de l'ordre dans le cadre d'un État fédéral. La Suisse nous offre un exemple topique (**B**).

A. Le maintien de l'ordre : la spécialité de la Gendarmerie mobile et des Compagnies républicaines de sécurité.

831. Il convient ici de mettre en exergue la figure rayonnante du préfet Louis Lépine lequel peut être considéré comme étant un bienfaiteur de l'humanité eu égard au rôle cardinal qui fut le sien s'agissant de la naissance de la police moderne. En effet, l'ordre et la rue étaient les plus constantes préoccupations du préfet Lépine leur consacrant l'essentiel de son temps et de son énergie ; il y gagna le surnom de « préfet de la rue », un surnom qu'il accepta d'ailleurs bien volontiers, si l'on se fonde sur ses souvenirs : « il y a du vrai dans cette appréciation et je ne veux pas m'en défendre. »⁷⁹⁵. Le préfet Louis Lépine fut l'initiateur d'un maintien de l'ordre qui ne tue pas. Dans ce domaine, le passage de Lépine à la tête de la préfecture de police marque un tournant incontestable. En effet, Louis Lépine peut être considéré comme étant l'un des initiateurs d'un maintien de l'ordre sinon apaisé, en tout cas qui ne tue plus.

Le préfet Louis Lépine fut l'initiateur d'un maintien de l'ordre qui ne tue pas. Son rôle doit être mis en exergue, et l'on peut affirmer que Louis Lépine est un bienfaiteur de l'humanité en ce sens qu'il a permis la garantie effective du droit à la vie de nombre de manifestants. En effet, c'est à Louis Lépine que l'on doit l'utilisation de l'eau comme moyen de maintien de l'ordre public. Ainsi, la force publique déploie sa contrainte physique en attentat le moins à l'intégrité physique des manifestants. Avec l'arrivée au pouvoir du parti républicain radical et radical-socialiste, vainqueur des élections législatives au mois de juin 1902, débuta la mise en œuvre d'une politique anticléricale

⁷⁹⁵ LÉPINE (Louis), *Louis Lépine, ex-préfet de police, membre de l'Institut. Mes souvenirs*. Payot, Paris, 279 p.

laquelle provoqua une véritable guerre religieuse et partant, engendrer des problèmes délicats à résoudre en matière de maintien de l'ordre dans la Ville de Paris. Ainsi, eurent lieu les « inventaires » prévus par la loi de séparation des églises et de l'État. Les incidents les plus sérieux eurent lieu le 31 janvier 1906 à Saint-Roch, à Saint-Étienne-du-Mont, à Saint-Sulpice, à Saint-Augustin, à la Madeleine, à Notre-Dame-des-Champs ; mais, les plus graves éclatèrent le jeudi 1^{er} février à Sainte Clotilde et le lendemain, à Saint-Pierre-du-Gros-Cailou.

Dans ces différentes affaires, le préfet Lépine joua un rôle incontestablement modérateur et il conseilla et la courtoisie et la prudence. Lui-même essaya de limiter les difficultés en faisant appel aux « Suisse », lesquels étaient souvent recrutés parmi les anciens agents des centrales pour faire connaître ses intentions conciliantes au clergé et aux paroissiens. De cette manière, les premiers inventaires se déroulèrent dans le calme. Mais en raison de la volonté d'affrontement des deux camps⁷⁹⁶, des heurts relativement violents éclatèrent à Sainte Clotilde et au Gros-Cailou où il fallut enfoncer les portes à coups de haches. Ce fut en ces circonstances que le préfet Lépine qui avait sous ses ordres les sapeurs-pompiers de Paris décida de l'utilisation de la lance d'incendie contre des manifestants que les agents de la force publique n'avaient pas l'habitude de trouver en face d'eux et dont la qualité sociale explique peut-être les précautions prises. Il convient ici de louer cette conception visionnaire du service d'ordre pacifique, qui, malgré ses heurts, contraste avec ce qui se passait au même moment en province où les événements tournèrent parfois au drame⁷⁹⁷.

832. En revanche, en province, faute de forces de police en nombre suffisant, c'était la gendarmerie et surtout la troupe qui était en charge du maintien de l'ordre. Or, l'armée n'est pas adaptée à cette tâche. À Paris, au début de la III^e République, le recours à l'armée était rare et limité dans cette tâche, qui incombait à la police municipale et qui avait acquis dans la répression des manifestations et des opérations de maintien de l'ordre, une réputation peu enviable de brutalité de férocité. En effet, cette réputation tenait au comportement et à la mentalité des agents d'une police municipale qui, dans les années 1880, était encore constituée, pour la plus grande part, d'hommes recrutés dans les rangs de l'armée impériale. Ces derniers avaient conservé une tradition, des

⁷⁹⁶ Émile Combes aurait répondu aux conseils de modération du préfet Lépine : « On ne négocie pas avec les rebelles quand on a la loi pour soi. On l'exécute sur l'heure. », *Mes Souvenirs*, à la page 248.

⁷⁹⁷ Source : BERLIÈRE (Jean-Marc), *Naissance de la police moderne*, Perrin, « collection tempus », Paris 2011, 411 pages ; voir spécialement les pages 264 – 265 : Troisième Partie « La préfecture de police en 1913 : un bilan nuancé », Chapitre 7 « Le maître de la rue ? », pp. 225 – 294.

réflexes et une attitude remontant au Second Empire, marqués par l'usage de la violence et la plus grande hostilité envers les auteurs de désordre⁷⁹⁸.

La « révolution lépinienne » du maintien de l'ordre fut exposée le 14 décembre 1893 devant la deuxième sous-commission du Conseil municipal de Paris : « en cas de troubles dans la rue, il faudrait faire les sommations légales puis opérer par grandes masses de force publique. »⁷⁹⁹ De cette manière, le nouveau préfet souhaite faire l'économie de toute violence inutile, minimiser les risques encourus par le régime et par les agents à l'occasion de la répression des troubles⁸⁰⁰.

833. S'agissant du maintien de l'ordre effectué par les militaires de la gendarmerie, il convient de viser les origines de la gendarmerie mobile. L'idée originale des officiers français fut de s'inspirer d'une formule qui fut utilisée à plusieurs reprises dans le courant du XIXe siècle. Les troupes de « gendarmerie mobile » ou de « garde mobile » n'ont alors pas grand-chose à voir avec le projet soutenu au début du XXe siècle. En premier lieu, les « bataillons mobiles de gendarmerie » étaient conçus, avant la IIIe République, comme un appoint de la gendarmerie départementale sur un lieu précis du territoire. Créés entre septembre 1830 et décembre 1831, ils représentent « des corps spéciaux destinés à seconder l'action de la gendarmerie départementale en cas d'insuffisance des brigades permanentes. Patrouillant à travers les campagnes, ils exercent les mêmes pouvoirs qu'elles. » En conséquence, ceux-ci disparaissent une fois l'ordre retrouvé. Il en va de même du troisième bataillon mobile créé à cet effet en Corse en 1850⁸⁰¹. La création de la gendarmerie mobile date de 1920. Lors de la séance à la Chambre des députés du 2 mars 1920, le président de la Chambre fit état de la proposition de loi d'Henry Paté portant création d'une gendarmerie mobile.

834. Pour ce qui concerne la création de corps spécialisés dans le domaine de la force publique à statut civil, il convient de viser la création des compagnies républicaines de sécurité, lesquelles assurent sur le territoire de la République française le maintien de l'ordre public. Les Compagnies républicaines de sécurité puisent leur source dans le décret du Gouvernement provisoire de la République française, ministère de l'Intérieur, décret portant création des compagnies républicaines de sécurité en date du 8 décembre 1944. Il convient de mentionner que le décret fut édicté au visa

⁷⁹⁸ Voir BERLIÈRE (Jean-Marc), *Naissance de la police moderne*, Perrin, collection « tempus », 2011, 411 pages ; voir spécialement à la page 238 : Troisième partie « La préfecture de police en 1913 : un bilan nuancé », Chapitre 7 « Le maître de la rue ? », voir les pages 225-294.

⁷⁹⁹ Cité par BERLIÈRE (Jean-Marc), *Naissance de la police moderne*, Perrin, collection « tempus », 2011, 411 pages.

⁸⁰⁰ Voir infra.

⁸⁰¹ Voir BRUNETEAUX (Patrick), *Maintenir l'ordre, Les transformations de la violence d'État en régime démocratique*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1996, 345 pages ; voir, Chapitre premier « Un maintien de l'ordre imparfait », Les origines de la gendarmerie mobile, voir les pages 49 – 50.

de l'article sept, alinéa premier de l'ordonnance du 9 août 1944, portant rétablissement de la légalité républicaine, sur le territoire continental et maintenant provisoirement l'application de l'acte dit « Loi du 23 avril 1941 » portant organisation générale des Services de Police en France, et l'acte dit « Loi numéro 919 du 4 octobre 1942 » portant modification à l'organisation et au cadre des Services de la Sûreté nationale modifiée à nouveau par l'acte dit « Loi numéro 226 du 17 avril 1943 ». L'on doit donc ici mettre en exergue la continuité juridique qui existe entre le régime de l'État français (la période la plus sombre de l'histoire de France) et la République française.

Le décret portant création des Compagnies républicaines de sécurité prescrit, en son article premier, qu'il est créé dans l'ensemble du territoire des forces mobiles de police appelées « Compagnies républicaines de sécurité ». Ces forces sont groupées dans chaque région sous l'autorité d'un Commandant régional placé sous les ordres du Secrétaire général pour la police de la Région. Aussi, il est créé 20 commandements régionaux répartis comme suit : un pour l'ensemble des départements de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne, un pour la Moselle, un pour chacun des 18 commissariats régionaux. (Article deux du décret étudié)⁸⁰².

Dans le domaine du maintien de l'ordre, il convient de se fonder sur le décret numéro 77-1470, du 28 décembre 1977 relatif à l'organisation des Compagnies républicaines de sécurité. Édité sur le fondement de la loi en date du 27 décembre 1947, loi qui porte réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité, le décret susvisé précise, en son article premier, que les Compagnies républicaines de sécurité sont un des éléments de la force publique, composé d'unités mobiles de police placées sous l'autorité du ministre de l'Intérieur. Elles constituent un service actif de la police nationale, dont elles forment la réserve générale.

Les Compagnies républicaines de sécurité peuvent être employées sur tout le territoire, conjointement avec les autres forces de police, soit à concourir au maintien de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens, soit à assurer des missions propres de surveillance, notamment sur les voies de communication, soit à renforcer les autres services de police dans leurs missions. (Article deux)⁸⁰³.

L'on notera que la puissance publique octroie une indemnité journalière d'absence temporaire aux personnels des Compagnies républicaines de sécurité en déplacement en métropole.

⁸⁰² CARROT (Georges), *Histoire des forces civiles de maintien de l'ordre en France*, Institut d'Études Politiques de Toulouse, Centre d'Études et de Recherches sur la Police, Toulouse, 1985, 196 pages

⁸⁰³ Ce décret fut publié au *Journal officiel de la République française* du 31 décembre 1977, voir les pages 6363 et 6364.

Ainsi, l'arrêté en date du 14 octobre 1987 fixa le taux de l'indemnité journalière d'absence temporaire des personnels des Compagnies républicaines de sécurité se déplaçant en métropole⁸⁰⁴.

L'arrêté en date du 12 décembre 1996 modifia l'arrêté du 22 juillet 1996, arrêté portant règlement général d'emploi de la police nationale (livre deuxième, titre septième, portant règlement d'emploi particulier du service central des compagnies républicaines de sécurité⁸⁰⁵. Ce texte juridique vise l'adaptabilité du service policier à savoir l'implantation des unités motocyclistes régionales, subdivisées en plusieurs détachements si nécessaires, l'implantation s'effectuant dans le ressort de chaque groupement. L'unité ou les détachements les composant sont rattachés administrativement à la compagnie organique du lieu d'implantation. Celle-ci est commandée par un capitaine ou un lieutenant de police.

B. Le maintien de l'ordre au sein d'un État fédéral : l'exemple helvétique

835. La France constituant l'idéal-type de l'État unitaire, il est intéressant de se référer à l'exemple d'un État fédéral pour ce qui concerne le maintien de l'ordre. Ainsi, en Suisse, fut proposée la création d'une force mobile intercantonale en vue d'assurer le maintien de l'ordre. En effet, la création d'un tel corps est d'autant plus souhaitable que la Suisse est le siège de nombreuses organisations internationales. Aussi, il convient que le maintien de l'ordre soit assuré de la manière la plus performante.

836. Le Conseil fédéral adressa un message à l'Assemblée fédérale concernant l'aide à la police mobile intercantonale (27 novembre 1968) concernant un projet d'arrêté fédéral concernant l'aide à la police mobile intercantonale⁸⁰⁶ (ci-après la PMI). La PMI doit être instituée par un concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité (ci-après le concordat). L'institution de ce corps de police mobile se justifie par la nécessité de mieux assurer le service d'ordre et de protection dans le cas où les forces d'un canton n'y suffiraient pas.

837. Du point de vue du droit constitutionnel helvétique, il faut souligner que la souveraineté en matière de police est un élément de la souveraineté cantonale, en tant qu'elle n'est pas restreinte par des prescriptions fédérales. Les cantons statuent sur l'organisation, l'équipement, l'instruction et

⁸⁰⁴ Cet arrêté fut publié au *Journal officiel de la République française* du 20 octobre 1987, voir la page 12 243.

⁸⁰⁵ Ce texte fut publié au *Journal officiel de la République française* du 14 février 1997 voir les pages 2543-2544.

⁸⁰⁶ *Feuille Fédérale*, Berne, le 6 décembre 1968, 120e année, Volume II, N°49, pp. 809-832.

l'emploi de leurs corps de police. La coopération est néanmoins très étroite, dans divers domaines, entre les corps de police cantonaux ; certaines institutions cantonales peuvent être utilisées par les corps de police des autres cantons. De plus, des commissions intercantionales étudient des problèmes d'intérêt commun ; dans des circonstances spéciales, les cantons voisins s'entraident en se prêtant mutuellement des hommes et du matériel. Ces contacts et cette entraide ont, dans une large mesure, un caractère volontaire; ils ont pour but d'assurer une certaine coordination des mesures prises par les cantons dans les domaines d'intérêt commun et de rendre plus rationnelle l'utilisation des ressources disponibles.

838. La police fédérale est la seule police civile existant sur le plan fédéral. Elle assure le service des enquêtes et des informations dans l'intérêt de la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération et, à cet effet, collabore étroitement avec les corps de police cantonaux. La tâche principale de la police est de maintenir l'ordre public, c'est-à-dire de prévenir tous les dangers qui peuvent menacer la sécurité publique. La police est instruite et équipée pour remplir cette mission; elle est tout à fait en état de faire face aux besoins courants et aussi, dans une mesure limitée, à des situations extraordinaires. Un canton peut toutefois se trouver en présence de tâches qu'il ne peut remplir avec ses seules ressources. C'est surtout à l'occasion de conférences internationales importantes que les effectifs des polices locales se révèlent insuffisants. Il est nécessaire, suivant l'importance des dangers à écarter (protection contre les auteurs de troubles et les terroristes) et la durée de la conférence, de renforcer la police dans une mesure plus ou moins forte.

Outre les mesures de sécurité qui peuvent être nécessaires à l'occasion de conférences importantes, la Suisse doit assurer la protection des représentations diplomatiques et consulaires étrangères, des organisations internationales ainsi que des délégations permanentes accréditées auprès de ces organisations à Genève. Ici aussi, lorsque les mesures de sécurité prises par les organes de la police locale ne suffisent pas, il est nécessaire de prévoir un renfort. L'importance qu'il faut attacher à la présence des organisations internationales en Suisse a été exposée dans le message du Conseil fédéral du 5 juin 1967 concernant l'octroi de nouveaux prêts à des organisations internationales en Suisse⁸⁰⁷.

De même, quand se produisent des troubles sérieux perturbant l'ordre constitutionnel et légal, troubles qui peuvent avoir les causes les plus diverses, il arrive parfois que les forces de police des cantons touchés ne suffisent pas à maîtriser la situation. Les moyens d'action dont dispose chaque canton sont également trop faibles pour prendre toutes les mesures préventives que

⁸⁰⁷ *Feuille Fédérale* 1967 I, 141.

nécessite la protection de la population, des autorités, des bâtiments, des voies de communication et d'approvisionnement d'importance vitale etc. contre des actes de sabotage s'étendant à de larges régions. Les catastrophes, de leur côté, peuvent exiger un service d'ordre dépassant les possibilités des polices locales.

839. Les cantons n'assument pas tous au même degré des tâches extraordinaires en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité. C'est à Genève avant tout qu'il est nécessaire de prendre des mesures de sécurité à l'occasion de conférences internationales. Les forces de police locales ont reçu fréquemment des renforts de cantons voisins pour assurer le service d'ordre et de sécurité à l'occasion de conférences, de manifestations importantes ou de catastrophes. Cette aide utile dépend cependant, quant à son étendue, des cantons qui l'accordent; elle est d'une valeur très variable quant à l'instruction et à l'équipement des effectifs mis à disposition, et incertaine quant à son début et à sa durée.

840. En outre, le problème du commandement ne peut souvent pas être réglé d'une façon satisfaisante. Une aide aussi improvisée n'est pas une solution rationnelle pour l'accomplissement de tâches extraordinaires et urgentes. Le maintien de l'ordre public incombe en premier lieu aux cantons. En plus de la police, ceux-ci disposent à cette fin des forces militaires de leur territoire (article 13, 2e alinéa et 19, 4Q al. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874). La Confédération n'est compétente que subsidiairement, à savoir lorsqu'un canton ne peut plus faire face à ses obligations. Ce partage de la compétence découle de l'article 16 de la constitution fédérale. L'armée est chargée en premier lieu d'assurer la défense de la patrie contre l'étranger et en second lieu le maintien de la tranquillité et de l'ordre à l'intérieur (article 195 de la loi sur l'organisation militaire).

Pour ces raisons, la plupart des pays d'Europe disposent de forces de police spéciales, instruites en vue du service d'ordre. Faute de corps spécialisé, des mesures furent édictées pour préparer la troupe à assumer des tâches dans le service d'ordre. Des prescriptions sur le service d'ordre furent adoptées par la suite (Ordonnance du 6 décembre 1965 sur le service d'ordre, *RO [Recueil Officiel des Lois]* 1965, 1049 ; instructions du département militaire fédéral du 6 décembre 1966 sur le service d'ordre).

841. En outre, des mesures furent prises pour que des éléments de l'armée puissent être mis rapidement à la disposition du service d'ordre. Par décision du 7 janvier 1964, le département de justice et police fut chargé de mettre à l'étude, de concert avec les cantons, la création d'un corps de

police mobile sur le plan civil. Ce fut le 2 mars 1964, à l'occasion d'une séance extraordinaire de la conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police, que la question fut traitée pour la première fois; les autorités fédérales y avaient mis en discussion un projet de création d'une police fédérale d'intervention, en donnant toutefois l'assurance que la souveraineté des cantons en matière de police n'en serait pas affectée. Les considérations qui avaient inspiré ce projet avaient trait exclusivement aux exigences posées par le commandement et l'administration d'un corps de police, ainsi que par le souci de lui donner une organisation rationnelle. Les désavantages de cette solution ne furent cependant pas cachés.

842. Les chefs des départements cantonaux de justice et police repoussèrent cette proposition pour des raisons politiques. La conférence fit, au contraire, un accueil favorable à une contreproposition, née en son sein, qui tendait à créer, avec l'aide financière de la Confédération, un corps de police composé de contingents cantonaux, mais doté d'une organisation propre ; ce corps serait mis en cas de besoin à la disposition de la Confédération pour elle-même et pour ceux des cantons qui en feraient la demande. Les arguments suivants furent notamment avancés contre la création d'une police fédérale d'intervention et en faveur de contingents cantonaux : difficultés considérables pour recruter les cadres et les hommes d'un corps fédéral; difficultés pour occuper les membres d'un corps fédéral dans les périodes de non-activité, d'autant plus que les interventions seraient rares ; difficultés pour continuer à employer dans le corps des fonctionnaires fédéraux les hommes qui auraient dépassé l'âge de 30 à 35 ans ; charges financières de la Confédération supérieures pour un corps fédéral ; et du point de vue psychologique, l'intervention d'un corps de police composé de contingents des cantons voisins est supportée plus facilement que celle d'un corps fédéral.

843. La Création d'une police mobile intercantonale (PMI). Une commission d'experts composée de chefs de départements cantonaux de police, de commandants de police et de représentants des autorités fédérales, une sous-commission technique comprenant des commandants de police, ainsi qu'une commission juridique formée de chefs de départements cantonaux de police et de représentants des départements fédéraux intéressés ont étudié les différents aspects que présente la création d'une police mobile intercantonale. De cette étude se dégagent essentiellement les points suivants : la Confédération aussi bien que les cantons étant tenus par leurs constitutions d'assurer la tranquillité et l'ordre publics, le corps de police mobile dont la création est envisagée servira à la fois les intérêts de la Confédération et ceux des cantons. Il est incontestablement nécessaire et urgent de créer un corps de police mobile.

844. Il est possible de former un corps de police mobile, constitué par des contingents cantonaux et comprenant un effectif d'environ 600 hommes, à condition que les corps des grandes villes fournissent aussi des hommes. L'instruction de base des fonctionnaires cantonaux et communaux qui feront partie des contingents sera donnée, comme jusqu'ici, par les cantons et les villes et sera à leur charge. L'instruction de base sera suivie d'une instruction centrale et uniforme aux frais de la Confédération, qui se chargera aussi de l'équipement des contingents.

À l'issue de l'instruction centrale, les membres de la PMI regagneront leur corps d'origine et se tiendront à la disposition du Conseil fédéral en cas de besoin. Les cantons pourront disposer de leurs contingents tant que ceux-ci ne seront pas requis par la Confédération.

845. Le moyen de création de la PMI : un Concordat. Ce furent des représentants des cantons qui prirent l'initiative de la solution préconisée. La PMI repose sur les cantons. Ceux-ci l'instituent d'un commun accord en concluant un concordat au sens de l'article 7, 2e alinéa, de la Constitution fédérale. En vertu de cette disposition, les cantons contractants sont autorisés à réclamer la coopération des autorités fédérales pour l'exécution du concordat si celui-ci ne renferme rien de contraire aux droits de la Confédération ou à ceux d'autres cantons.

Par une circulaire du 12 octobre 1966, le département fédéral de justice et police a soumis aux gouvernements cantonaux pour avis un projet de concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité, qui avait été élaboré par la commission juridique. Les réponses des cantons peuvent, pour l'essentiel, se résumer comme il suit: la grande majorité des cantons est, en principe, décidée à réaliser les objectifs du concordat, certains sous réserve de l'assentiment du parlement cantonal ou du peuple.

Le texte du concordat mis au point d'après les avis exprimés par les cantons se borne à fixer les points essentiels de la réglementation, à savoir: le but et la dénomination de la PMI (article 1er) ; le droit de faire appel à la PMI. Ce droit appartient aux gouvernements des cantons adhérant au concordat et au Conseil fédéral, le droit du Conseil fédéral primant celui des cantons (article 2). Le principe est que la PMI est formée de contingents de fonctionnaires appartenant aux corps de police des cantons concordataires et des villes participant à l'exécution du concordat (article 3, 1er et 2e alinéas).

Doit s'appliquer la règle selon laquelle la PMI ne peut être mise sur pied que par le Conseil fédéral, soit sur requête du gouvernement d'un canton concordataire, soit sur l'initiative du Conseil fédéral lui-même par mesure de sécurité intérieure et pour maintenir la tranquillité et l'ordre, conformément à l'article 102, chiffre 10 de la Constitution fédérale (art. 4, 1er et 2e al.).

Bien que les autorités fédérales doivent veiller à la sûreté intérieure du pays en vertu de l'article 102, chiffre 10 de la Constitution fédérale, il n'existe pas de force bien entraînée pour protéger les conférences internationales, les représentations diplomatiques et consulaires, les organisations internationales, pour maintenir ou rétablir la tranquillité et l'ordre ainsi que pour fournir rapidement une première aide en cas de grandes catastrophes. La création de la PMI étant avant tout dans l'intérêt de la Confédération, celle-ci devrait, en principe, supporter tous les frais. D'autre part, les cantons concordataires en profitent aussi, puisqu'ils disposent ainsi d'un moyen supplémentaire pour faire face à des tâches spéciales. Ils tirent en outre profit de l'instruction donnée à leur contingent ainsi que du matériel mis à leur disposition entre les interventions. L'idée qu'il s'agit d'une tâche à remplir en commun se retrouve dans le mode de répartition des frais.

Les cantons et les villes qui participent à la PMI fourniront les cadres et les hommes. Ils prendront à leur charge le recrutement et l'instruction de base et supporteront en particulier les frais causés par l'engagement des hommes. La Confédération aura principalement à financer l'instruction centrale (art. 3, 1er al., let. a, et 2e al., art. 6 du projet d'arrêté fédéral) ainsi que l'acquisition du matériel et de l'équipement de la PMI (art. 2)⁸⁰⁸.

846. Au gré du temps, les techniques ont évolué, le matériel s'est modernisé, mais ceci avant tout, pour répondre à l'évolution des mentalités de la société. Si en 1958, les gendarmes prenaient leur mousqueton pour «partir à la guerre», s'ils disposaient d'une matraque et d'un bouclier en osier (en suisse), il est impératif de nos jours d'apporter une réponse graduée à toute manifestation laquelle constitue une « expression démocratique ».

Section Deuxième. Le recours à la force et l'usage des armes par la force publique dans le cadre du maintien de l'ordre : un recours soumis au principe de proportionnalité.

847. Les êtres humains qui vivent dans le cadre d'une société démocratique jouissent d'une liberté d'expression qui peut prendre une forme collective : la manifestation. Celle-ci constitue donc une affirmation publique d'une opinion, de convictions ou de revendications ; cette affirmation n'est

⁸⁰⁸ À titre d'exemple, du 1er au 4 juin 2003, la France organisa le Sommet d'Évian ou G8. Par la localisation géographique de cette rencontre et le séjour des délégations sur sol vaudois, le canton fut impliqué *de facto* pour collaborer avec la France à la sécurité de ce sommet. Si 264 gendarmes furent versés au maintien de l'ordre, l'effectif complet fut équipé le cas échéant. Mais au vu des contestations lors de précédents sommets, ce nombre était insuffisant. La Gendarmerie fut renforcée par 190 agents de la police de Lausanne, de 460 policiers confédérés, et d'un détachement de 106 policiers allemands équipés de moyens lourds d'une grande efficacité (canons à eau). En outre, des détachements genevois et valaisans sont venus prêter main-forte, à Lausanne, lors des manifestations du 29 mai et du 1er juin.

pas en soi une atteinte à la tranquillité publique. Toutefois, tout rassemblement de personnes sur la voie publique peut dégénérer ; il échet à l'État d'assurer la paix sociale en rétablissant et en maintenant l'ordre. L'ordre public et la liberté constituent, pour toute société humaine, des fondements essentiels⁸⁰⁹. L'instauration de l'ordre public est une condition indispensable pour l'épanouissement des libertés. Toutefois, la force publique qui génère la paix sociale, est la protectrice des droits et libertés et à cet égard, elle doit veiller à ce que le recours à la force qu'elle déploie, respecte le principe cardinal de proportionnalité en vue de respecter au mieux le droit à l'intégrité physique des manifestants et des auteurs de trouble.

848. L'État est dans l'impérieuse obligation de garantir l'application du droit puisque le droit « n'est pas un but en soi : il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine. »⁸¹⁰ IHERING lie la règle de droit à la notion de contrainte : « La contrainte exercée par l'État constitue le critérium absolu du droit ; une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens ; c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas ». Comme « l'État est le souverain détenteur de la contrainte... l'État est l'unique source de droit. » (ibidem)⁸¹¹.

849. En vue d'accomplir la mission cardinale de maintien du droit, et partant de la société, la force publique doit assurer le maintien de l'ordre (§1). La force publique, agissant dans le cadre des valeurs démocratiques, doit agir à l'aune du principe de proportionnalité en suivant des procédures propres à attenter le moins à l'intégrité physique des personnes (§2).

§ 1. Conception du maintien de l'ordre en droit français.

850. Le maintien de l'ordre en France repose sur une histoire juridique qu'il convient de retracer compendieusement (A), avant d'étudier le cadre juridique des interventions de la force publique (B).

⁸⁰⁹ D'un point de vue symbolique, la France a décidé d'inscrire au cœur du pouvoir politique l'éminente importance de ces deux concepts fondateurs des sociétés humaines sur le fronton de l'Assemblée Nationale : le sculpteur français Jean-Pierre CORTOT (1787-1843) représenta la France entourée d'un côté par l'Allégorie de la Liberté et de l'autre par l'Allégorie de l'Ordre public (voir *Annexe*, p. 8). En outre, l'on soulignera la même symbolique dans la Salle des Séances de l'Assemblée dans laquelle l'Allégorie de la Liberté et l'Allégorie de l'Ordre public réalisées par Jean-Jacques dit James PRADIER contemple la représentation nationale élue au suffrage universel direct (voir *Annexe*, pp. 5-7).

L'État de Colombie, quant à lui, a décidé de faire figurer sur ses armoiries officielles la devise « Libertad y Orden » [Liberté et Ordre] (Voir *Annexe*, p. 374-375). Et, la police uruguayenne a parfaitement compris le rôle cardinal qu'elle joue au sein de la société, en adoptant comme devise officielle « Libertad en el orden » [La Liberté par l'Ordre] (Voir *Annexe*, p. 376).

⁸¹⁰ Source : MALAURIE (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, éditions Cujas, Paris, 1996, 297 pages.

⁸¹¹ Voir COULOMBELLE, « Force et but en droit chez Ihering », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1957, pp. 609 – 631.

A. Fondements historiques du maintien de l'ordre.

851. À l'époque de la Révolution française, le droit français disposait que : « la police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle ». (Code des délits et des peines en date du 3 brumaire an IV, en son article 16). De cette manière, le droit français adoptait une vision téléologique de la détermination du maintien de l'ordre. Cette définition s'inscrivait dans la droite ligne de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Le droit français distingue donc la police judiciaire de la police administrative, cette dernière ayant pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale, afin de prévenir les délits (voir le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, en son article 19).

852. De nos jours, le décret numéro 86-592 du 18 mars 1986, décret qui porte Code de déontologie de la police nationale dispose que celle-ci « concourt, sur l'ensemble du territoire, [...] au maintien de la paix et de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens (article premier) ». Il ressort de ces textes que la police administrative vise le maintien de l'ordre public afin de prévenir les délits, la notion d'ordre public n'étant pas définie et l'expression présentant bien des significations. Cette dichotomie traditionnelle est sujette à discussion. En effet, l'ordre public au sens large, ne manque pas d'être troublé par l'inobservation des lois qui protègent la liberté, la propriété et la sûreté individuelle.

L'on peut également soutenir que la police judiciaire tend non seulement au rétablissement de l'ordre public mais encore à son maintien, en raison même du rôle préventif reconnu à la loi pénale par l'effet d'intimidation qui procède de son existence et *a fortiori* par son application. Une telle acception de l'ordre public et le fait que la loi pénale et par voie de conséquence, la police judiciaire tendent au rétablissement de cet ordre et à son maintien sont illustrés par des dispositions législatives. En premier lieu, les dispositions de la loi numéro 86-1020 du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme, prévoit que lorsque certaines infractions à l'instar du port d'armes prohibé sont « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », les dispositions de procédure dérogatoire au droit commun sont applicables (voir, Code de procédure pénale dans ses articles 706-16 et suivants).

853. En second lieu, les dispositions de l'article 118-2 du Code de procédure pénale énoncent que « l'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlé [...] pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens » (voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Les contrôles pénaux opérés par la force publique).

854. Marceau LONG, Prosper WEIL et Guy BRAIBANT se fondent sur la jurisprudence du Conseil d'État qui retient souvent « une conception étroite de l'ordre public, qui n'est pas l'ordre social en général mais l'ordre dans la rue ». (Voir en ce sens, Conseil d'État, 3 juin 1938, « Société La cartonnerie imprimerie Saint-Charles », *recueil* page 521, conclusions Dayras). C'est de cet ordre public dont il s'agit lorsque l'on vise l'expression du « maintien de l'ordre », maintien de l'ordre lequel constitue l'une des « missions prioritaires assignées à la police nationale » (loi numéro 95-73, du 21 janvier 1995, loi dite d'orientation et de programmation relative à la sécurité, en son article quatre) ainsi qu'à la gendarmerie nationale.

855. La nécessité du maintien de l'ordre public s'avère être évidente au sein de toute société humaine. « L'État a l'obligation première d'assurer l'ordre public, le fonctionnement des services publics et l'exécution des lois ». (Voir, Raymond MARCELLIN, ministre de l'Intérieur, déclaration à l'Assemblée nationale, 14 novembre 1968). Le « préjugé de l'ordre » (expression employée par Jean JAURÈS pour dénoncer l'attitude de Georges CLEMENCEAU, alors ministre de l'Intérieur, lors des grèves de caractère insurrectionnel du début du XXe siècle), ne doit jamais occulter le principe selon lequel, au sein d'un État de droit, l'action de ceux qui ont la charge de maintenir ou de rétablir l'ordre doit impérativement s'exercer en respectant un cadre juridique qui aménage la conciliation nécessaire entre les exigences de l'ordre public et les libertés publiques.

856. Cette mission s'avère être d'autant plus difficile à assumer que l'on peut démontrer que l'exercice des libertés publiques met en conflit, soit certaines libertés publiques entre elles, soit une liberté publique avec un autre principe juridique non moins respectable. Un tel antagonisme est de nature à troubler l'ordre public. De cette manière, les réunions publiques et manifestations qui constituent des moyens de l'expression collective sur les lieux de travail ou aux abords de ceux-ci peuvent engendrer des troubles à l'ordre public. Ces réunions ou manifestations doivent respecter le principe de l'exercice des libertés politiques (Voir question écrite au préfet de police, *bulletin municipal officiel de la Ville de Paris*, 19 novembre 1975) ainsi que des libertés démocratiques (question écrite de M. Ballanger au ministre de l'Intérieur au sujet de l'intervention de M. Georges Marchais à la Gare d'Austerlitz le 22 août 1975, *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 19 novembre 1975).

Ces réunions ou manifestations peuvent ainsi entrer en conflit avec le principe de la propriété privée. Elles sont également parfois incompatibles avec le bon fonctionnement du service public. De surcroît, certaines manifestations privent les citoyens de leur liberté constitutionnelle d'aller et de venir sur la voie publique. Le droit de manifester ne saurait à aucuns égards justifier une atteinte à la liberté individuelle. Il convient en l'occurrence d'opérer une conciliation entre les droits et libertés de chaque personne vivant au sein d'une même société, en vue d'atteindre le bien vivre ensemble. De cette manière, la chambre criminelle de la Cour de Cassation censura la décision selon laquelle la séquestration de dirigeants d'une entreprise dans le cadre d'un conflit du travail constituerait « un mode d'expression de la liberté des uns par rapport au pouvoir de direction des autres... » (Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 décembre 1986, *bulletin* 384 ; *Droit pénal* 1991, numéro 227, commentaires Michel VÉRON).

857. Les bases juridiques. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 prévoit que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » (article 10). Il convient ici de mettre en exergue que le 14 août 1789, l'Assemblée nationale constituante érigea un principe de l'ordre : la compétence exclusive des autorités civiles en matière de maintien ou de rétablissement de l'ordre. Ce principe cardinal doit appeler les plus grandes louanges, puisque les missions de maintien ou de rétablissement de l'ordre ne doivent pas échoir aux militaires lesquels ne sont pas formés à cette fin. De cette manière, le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie des manifestants seront davantage préservés.

858. Au sein de la hiérarchie des normes, il convient de mettre en exergue les dispositions fondamentales garanties par la Constitution du 3 septembre 1791, parmi lesquelles figurent « la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police ». Cette même constitution institua une « force publique » pour « défendre l'État contre les ennemis du dehors et assurer au-dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois » (Titre quatre, article premier). En outre, au rang décrétoire, il convient de mentionner le décret du 26 juillet-3 août 1791, décret relatif à la réquisition et à l'action de la force publique contre les attroupements ; ce décret réprime les attroupements séditieux. L'attroupement séditieux est défini comme étant un rassemblement de plus de 15 personnes s'opposant à l'exécution d'une loi, d'une contrainte ou d'un jugement (article neuf). Aussi, ce texte autorise les dépositaires des différentes forces publiques à déployer la force des armes dans trois cas.

En premier lieu, ce déploiement de la force a lieu si les violences ou voies de fait sont exercées contre eux-mêmes. En deuxième lieu, ce déploiement a lieu s'ils ne peuvent défendre

autrement le terrain ou les postes dont ils étaient chargés. Enfin, les armes parlent, s'ils y sont expressément autorisés par l'officier civil (article 26), mais uniquement après que celui-ci, présent sur les lieux ait prononcé à haute voix les mots : « Obéissance à la loi ; on va faire usage de la force ; que les bons citoyens se retirent », la sommation devant être réitérée trois fois, sauf impossibilité et, à l'époque, précision étant faite que le tambour batte un ban avant chaque sommation (articles 26 et 27).

859. La Constitution girondine de 1793 reprit la notion de force publique chargée en particulier du maintien de l'ordre, composée alors de tous les citoyens en état de porter les armes (Titre 11, en son article premier). La Constitution l'an III confia à la force publique la défense de l'État contre les ennemis du dehors et au-dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois. Aussi, la force publique était essentiellement obéissante ; celle-ci se composait alors, outre de l'armée, de la gendarmerie, la garde nationale sédentaire et de la garde nationale en activité.

860. Il convient ici de mettre en exergue la figure du Préfet de police à Paris, institué sur le fondement de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800). Le Préfet de police de Paris s'érige en digne successeur du Lieutenant général de police, en vue de réunir entre les mains d'un seul magistrat tous les pouvoirs de police dans la capitale. Investi de larges pouvoirs de police judiciaire, de police générale et de police municipale, le Préfet de police est chargé du maintien du bon ordre dans la capitale. L'arrêté daté du 12 messidor an VIII, énumère ses attributions, et le charge de la prévention et de la dispersion des attroupements ainsi que des réunions tumultueuses ou menaçant la tranquillité publique (en son article 10)⁸¹².

861. La loi datée du 10 avril 1831 remania les dispositions relatives aux attroupements. Tout d'abord, la loi datée du 10 avril 1831 substitua à la notion d'attroupement séditionnel de 1791, la notion d'attroupement sur les places ou sur la voie publique, tenu de se disperser à la première sommation des préfets, sous-préfets, maires, adjoints au maire ou de tous magistrats et officiers civils chargés de la police judiciaire autre que le garde champêtre et le garde forestier. La loi du 10 avril 1831 conserva le protocole de dispersion ci-dessus indiqué. La loi susvisée prévoyait que les magistrats chargés de faire une sommation seront alors décorés d'une écharpe tricolore. Enfin, la loi étudiée prévoyait de lourdes peines à l'encontre de ceux qui demeuraient sur place en dépit de ces sommations.

⁸¹² Voir l'article de MONTREUIL (Jean) et HAMY (Jacques), « Le préfet de police » dans *Revue de la police nationale*, numéro 107, 1978-2, pp. 5-21.

862. La loi du 24 mai 1834, laquelle fut adoptée au lendemain des sanglantes émeutes de Paris et de Lyon, porta sur les détenteurs d'armes ou munitions de guerre et les frappa de peine de nature criminelle toute personne reconnue coupable de port d'armes dans un mouvement insurrectionnel, précision devant être faite qu'à l'époque, on ne faisait guère de distinction entre l'attroupement armé et l'insurrection. La loi du 7 juin 1848 interdit la formation sur la voie publique de tout attroupement armé ou non armé qui pourrait troubler la tranquillité publique. Cette loi régla le protocole de dispersion que doit respecter le maire ou l'un de ses adjoints, ou alors à défaut le commissaire de police compétent, ou tout autre agent dépositaire de la force publique du pouvoir exécutif (en son article trois). De cette manière, l'arrivée sur les lieux de l'intervenant qui est ceint de son écharpe tricolore est annoncée par un roulement de tambour. Si l'attroupement est armé, le magistrat lui fait sommation de se disperser. Si sa première sommation reste sans effet, une seconde sommation est effectuée, précédée d'un roulement de tambour. En cas de résistance, l'attroupement est alors dissipé par la force. Si l'attroupement n'est pas armé, le magistrat exhortera les citoyens à se disperser, puis effectuera trois sommations avant que de faire disperser par la force.

863. La loi du 7 juin de 1848 réprima également la provocation directe à l'attroupement. Et, la Constitution datée du 4 novembre 1848 confirma que la force publique est « employée pour maintenir l'ordre intérieur » et celle-ci « n'agit que sur réquisition des autorités constituées, suivant les règles déterminées par le pouvoir législatif ». La loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques interdit la tenue de celles-ci sur la voie publique, en son article six, dans le but de prévention des troubles de l'ordre public. La loi étudiée soumet ces réunions publiques à déclaration préalable. Et, elle ordonne la composition d'un bureau chargé de maintenir l'ordre.

864. L'article 97 de la loi du 5 avril 1884, loi relative à l'organisation municipale, prescrit que la police municipale a pour objet « d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques, ce qui comprend notamment [...] deuxièmement, le soin 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 et rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants, et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique ; troisièmement, le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ».

Toutefois, il convient de préciser que le préfet peut exercer, en cas de carence du maire, un pouvoir de substitution (article 99). De surcroît, à Paris et dans les communes dont la police est étatisée, les pouvoirs prévus susvisés de l'article 97 sont exercés par le Préfet de police à Paris et par

le Préfet dans les autres villes (article 104 et suivants). Le décret-loi en date du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre dispose que les réunions sur la voie publique sont et demeurent interdites dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881. Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique (et le décret-loi réprime le port d'une arme apparente ou cachée dans une manifestation, article cinq).

865. La loi du 10 janvier 1936, loi relative au port d'armes prohibées, réprime celui qui, au cours d'une réunion ou à l'occasion d'une réunion ou au cours d'une manifestation ou à l'occasion d'une manifestation, aura été trouvé porteur « d'une arme apparente ou cachée ou d'un engin dangereux pour la sécurité publique ». Une autre loi, loi du 10 janvier 1936 modifiée par la suite par l'ordonnance du 30 décembre 1944 et par la loi du 5 janvier 1951, loi relative aux groupes de combat et milices privées, dispose que seront dissous, « par décret rendu par le Président de la République en Conseil des ministres, toute association ou groupement de fait : premièrement, qui provoqueraient des manifestations armées dans la rue ».

866. L'ordonnance numéro 60-529 du 4 juin 1960 abroge les textes relatifs aux attroupements à l'exception des dispositions du décret du 26 juillet-3 août 1791 afférent aux modalités de réquisition de la force armée. Celle-ci refond également entièrement la législation en la matière, qui figure désormais aux articles 104 à 108 du Code pénal. Le décret numéro 68-896 du 24 août 1960 complète les dispositions de l'ordonnance (Code pénal en ses articles D. 1er à D. 7)⁸¹³.

Pour l'application de l'article 104, le maintien de l'ordre relève exclusivement du ministre de l'Intérieur. Les forces armées ne peuvent intervenir dans ce domaine que lorsqu'elles en sont légalement requises. Il convient ici de se référer à l'ordonnance numéro 59-147 du 7 janvier 1959 qui prescrit que « le ministre l'Intérieur prépare en permanence et met en œuvre la défense civile ; il est responsable à ce titre de l'ordre public, de la protection matérielle et morale des personnes et de la sauvegarde des installations et ressources d'intérêt général » (article 17). Un décret en date du 21 juillet 1961 apporte des modifications à l'article D. 7 du Code pénal, s'agissant du protocole des sommations, au cas où doit être fait usage des armes. En dernier lieu, la loi du 11 juillet 1975 modifie l'article 106 du même code relativement aux pénalités encourues. Ces textes seront abrogés et remplacés par les dispositions du nouveau Code pénal.

⁸¹³ Voir également l'étude de MONTREUIL (Jean), « Attroupements », *Juris-Classeur pénal*, article 431-3 à 431-8.

867. Il convient ici de préciser que la loi dite « anti-casseurs » (loi numéro 70-480 du 8 juin 1970 ; Code pénal, en son article 314) fut abrogée par la loi numéro 81-1134, loi du 23 décembre 1981. La loi dite « anti-casseurs » n'avait pas modifié les textes relatifs aux attroupements. Les incriminations qui procédaient de ladite loi avaient leurs éléments constitutifs propres.

868. Le Code des communes (décret du 27 janvier 1977, 7 mars 1977, 28 mars 1979, modifiée par la loi numéro 83-3, loi du 7 janvier 1983) reconduit les dispositions de la loi de 1884 modifiées qui confient aux représentants de l'autorité publique les pouvoirs de police nécessaires pour éviter, en particulier, qu'à l'occasion de l'exercice du droit de réunion ou de manifestations ne soit troublé l'ordre public. L'article L. 131-2 du Code des communes reproduit les dispositions de l'article 97 de la loi de 1884 : « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques, mission assumées par le maire en sa qualité d'autorité de police générale ».

L'article L. 131-13 prévoit que ces pouvoirs ne font pas obstacle au droit du préfet de prendre, dans les cas où il n'y aurait pas été pourvu par l'autorité municipale, les mesures relatives au maintien de la salubrité, la sûreté et la tranquillité publiques. Dans les communes dont la police est étatisée, l'article 130-8 du Code des communes prévoit alors que les pouvoirs de police énumérés au troisième alinéa, deuxièmement, de l'article L. 131-2 (modifié par la loi numéro 90-1067 du 28 novembre 1990) sont exercés par le préfet. Le troisième alinéa vise expressément le soin 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 rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique. De plus, l'article 130-8 dispose encore que dans ces mêmes communes, l'État a la charge du bon ordre quand il se fait occasionnellement de grands rassemblements d'hommes.

869. L'article 372 de la loi numéro 92-1336 du 16 décembre 1992, loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal dispose que sont abrogés les articles 1er à 417 du Code pénal, l'article quatre du décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

870. Le Code général des collectivités territoriales (loi numéro 96-142 du 21 février 1996) reconduit les dispositions du Code des communes. Le maire demeure chargé, sous le contrôle du représentant de l'État dans le département de la police municipale (article L. 2212-1), sous réserve des dispositions relatives aux communes dont la police est étatisée. La police municipale a comme par le passé pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Aussi, elle comprend notamment : « deuxièmement le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité

publique (tels les attroupements, le tumulte dans les lieux d'assemblée [...] ; troisièmement, le maintien du bon ordre dans les endroits où se fait de grands rassemblements d'hommes » (tels les cafés, etc.) (article L. 2212-2).

871. Selon l'article L. 2214-4, dans les communes dont la police est étatisée : premièrement, le « soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique » tel qu'il est défini au deuxième de l'article L. 2212-2 incombe à l'État seul. Deuxièmement, l'État a la charge du bon ordre « quand il se fait occasionnellement de grands rassemblements d'hommes ». Enfin, l'article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que le représentant de l'État peut prendre, dans les cas où il n'y aurait pas été pourvu par l'autorité municipale, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté, de la tranquillité que « si le maintien de l'ordre est menacé dans deux ou plusieurs communes limitrophes ». Le représentant de l'État peut se substituer, sur le fondement d'un arrêté motivé, au maire de ces communes pour l'exercice des pouvoirs mentionnés au deuxième et troisième alinéa de l'article L. 2212-2 et de l'article L. 2213-23.

De surcroît, l'article L. 2512-12 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « le préfet de Paris et le préfet de police sont, dans le cadre de leurs attributions respectives, les représentants de l'État sur le territoire de la commune de Paris ». L'article L. 2512-13 rappelle que dans la commune de Paris, le préfet de police exerce les pouvoirs et attributions qui lui sont conférées « par l'arrêté des consuls du 12 messidor an VIII » ainsi que par les articles L. 2512-7, L. 2512-14 et L. 2512-17. En ce sens, l'article L. 2512-14 prévoit que « les pouvoirs conférés au maire par le premier alinéa de l'article L. 2213-1 et par les articles L. 2213-2 et L. 2213-3 sont exercés par le préfet de police ». Enfin, le décret numéro 95-173 du 2 mai 1995 prévoit que « le maintien de l'ordre relève exclusivement du ministre de l'Intérieur » et, subséquemment, les forces armées ne peuvent y participer que « lorsqu'elles en sont légalement requises ».

B. Le cadre juridique des interventions de la force publique dans le domaine du maintien de l'ordre.

872. La participation délictueuse à un attroupement après sommations constitue une infraction intentionnelle, caractérisée par le fait pour le mis en cause de n'avoir pas abandonné les lieux après avoir reçu les sommations, quelles que soient ses mobiles. Il faut ensuite que les manifestants se soient livrés à des actes de violence, constitutifs, précise la loi de « crimes » ou de « délits ». L'on peut penser que l'exigence est de nature à être fréquemment satisfaite dès lors que les actes de violence ont été commis. L'on peut aussi comprendre qu'il ait été jugé qu'elle ne l'était pas dans une affaire où une passante avait été bousculée et projetée à terre par des lycéens qui, assis sur la chaussée à l'issue d'un examen, s'étaient dispersés comme une volée de moineaux à l'arrivée la

police (arrêt du Tribunal des conflits, 12 juin 1961, « Dame Jean », *recueil* page 867, *JCP* 1961, numéro 12 193 bis, deuxième espèce, conclusions René Lindon). La même solution pourra davantage surprendre, s'agissant de manifestants qui empêchent la perception des péages d'autoroutes, leurs agissements destinés à exposer des doléances étant appréciés comme n'étant pas constitutifs du délit d'entrave et de gêne à la circulation, délit prévu et réprimé par le Code de la route en son article L. 7⁸¹⁴.

On trouvera normal que le fait de maculer des biens de peinture insusceptible d'être enlevée sans risque de détériorer le support soit reconnu comme tombant sous le coup de l'article 434 du Code pénal (actuellement article 322-1)⁸¹⁵.

873. Il convient ici de mettre en exergue les pouvoirs dévolus au préfet dans les communes à police d'État en ce qui concerne l'organisation des manifestations sur la voie publique. S'agissant des communes à police d'État⁸¹⁶, actuellement régies par l'article L 2214-1 du Code général des collectivités territoriales, le régime de la police d'État est institué dans toutes les communes chef-lieu de département. Il peut également l'être sur le fondement d'un arrêté interministériel ou, en l'absence d'accord des communes, par la voie d'un décret en Conseil d'État, dans les communes ou ensemble de communes dont le nombre d'habitants en se fondant sur la population saisonnière dépasse 20 000 habitants.

L'étatisation de la police dans une commune se traduit par le fait que les personnels de police sont intégrés à la police nationale ; et, ceux-ci deviennent ainsi des fonctionnaires de l'État, mais ils restent chargés d'exécuter les arrêtés de police du maire. En outre, l'étatisation de la police dans une commune emporte sur les pouvoirs des maires une conséquence très importante. Ses pouvoirs sont transférés au préfet, lequel agit au nom de l'État, notamment en ce qui concerne les mesures à prendre pour le maintien de la tranquillité publique, et en particulier en cas de grands

⁸¹⁴ Voir l'arrêt du Conseil d'État, 10 mai 1996, « Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône », *recueil* page 172, *Droit administratif* 1996, numéro 453, *Revue française de droit administratif* 1996, p. 853. L'arrêt fait valoir que le passage normal par les barrières de péage entraînait un ralentissement et même des arrêts de la circulation. Nous ne partageons pas en l'occurrence une telle appréciation. Le principe d'égalité de tous devant la loi implique dans une société démocratique le respect par tous de la loi votée démocratiquement par le Parlement français. Aucune circonstance dans un État de droit ne peut justifier une solution contraire.

⁸¹⁵ Voir en ce sens, Conseil d'État, 6 décembre 1999, « Ouizille », *recueil* page 417, *Dalloz* 2000, SC, page 259, observations Pierre BON et Denys de BÉCHILLON, *Revue française de droit administratif*, p. 221 : il s'agissait en l'occurrence de dégâts causés par les manifestants à l'Arche de la Défense. Voir également, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, laquelle estime que n'est pas exclue la possibilité pour les victimes de saisir le fonds de garantie des victimes d'infractions pénales, voir Cour administrative d'appel de Paris, 2 juillet 1999, *Dalloz* 1999, informations rapides, page 229.

⁸¹⁶ Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, « L'organisation de la force publique. »

rassemblements occasionnels de personnes et de manifestations ainsi que vis-à-vis des rixes, tumultes dans les lieux publics.

874. Il convient de préciser que relativement aux rassemblements habituels à l'instar des foires, marchés et défilés traditionnels, la compétence est détenue par le maire sur le fondement de l'article L 2214-4 du Code général des collectivités territoriales. Les juges administratifs, illustrant cet état du droit, ont décidé, s'agissant de la compétence du maire à l'égard d'une foire traditionnelle et annuelle⁸¹⁷, s'agissant de la compétence exclusive préfectorale en matière d'interdiction des manifestations⁸¹⁸.

875. De surcroît, la responsabilité de l'État est engagée en cas de dommage imputable à la police lors de la visite d'un chef d'État, visite qui a provoqué un grand rassemblement occasionnel de personnes (voir l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, 14 avril 1993, « Marie », *recueil* page 441, *Droit administratif* 1993, numéro 363).

876. Du point de vue des finances publiques, il conviendra de préciser que la contribution communale aux dépenses de police, en cas d'étatisation de cette commune, fut supprimée par la loi du 2 mars 1982 en son article 95.

§ 2. Le recours à la force et l'usage des armes par la force publique dans le cadre du maintien de l'ordre.

877. L'emploi de la force par les agents chargés de rétablir l'ordre public est justifié dans deux hypothèses ; premièrement, lorsque les participants ne se dispersent pas aussi rapidement que le permettent l'affluence et la topographie des lieux, après la deuxième et dernière sommation ; deuxièmement, lorsque des violences ou voies de fait sont exercées contre les agents de la force publique ou lorsque ceux-ci ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent (voir nouveau Code pénal, article 431-3, *in fine*).

878. Par l'expression « emploi de la force », on vise en l'espèce l'opération dite de dégagement, laquelle comporte l'usage, en tant que de besoin, de la matraque et/ou des grenades lacrymogènes,

⁸¹⁷ Tribunal administratif d'Orléans, 7 avril 1987, « Maire de Dreux », *Actualité juridique* 1987, page 193, note J.-L. Duvallard, *Droit administratif* 1987, numéro 513.

⁸¹⁸ Voir Conseil d'État, 28 avril 1989, « Commune de Montgeron », *recueil* page 119, *Actualité juridique* 1989, page 644, observations Xavier Prétot.

ainsi que la mise en œuvre des engins anti-barricades ou/et des lanceurs d'eau. Selon les instructions interministérielles, les grenades lacrymogènes instantanées doivent, compte tenu de leurs effets, être considérées comme des armes à feu dont l'usage requiert dès lors la réitération de la dernière sommation ainsi que la délivrance d'une « réquisition complémentaire spéciale » à la gendarmerie (voir, circulaire du ministre l'Intérieur en date du 4 mars 1987).

879. L'article R. 431-1 du nouveau Code pénal, article relatif aux sommations, dispose que, « si, pour disperser l'attroupement par la force, il doit être fait usage des armes, la dernière sommation ou, le cas échéant, le lancement de fusées qui la remplace ou la complète doivent être réitérés ». Ce texte juridique n'opère pas de distinction entre les armes à feu et les autres armes. Il en allait de même de l'ancien article D. 7 du Code pénal. Aussi, l'on doit considérer que c'est l'ouverture du feu, laquelle est de nos jours particulièrement exceptionnelle, qui est ici visée.

880. Trois observations s'imposent. En premier lieu, le tir à blanc ou le tir en l'air est interdit ; en deuxième lieu, l'ouverture du feu, laquelle est de nos jours très exceptionnelle, doit être selon les mêmes instructions repoussée jusqu'à l'extrême limite du possible. Aussi, celle-ci ne se conçoit que dans des situations d'une exceptionnelle gravité, lorsqu'elle est dictée par une impérieuse nécessité, alors que tous les autres moyens ont été épuisés, et en respectant, sauf impossibilité, le formalisme précis déterminé par la loi (la circulaire interministérielle du 20 juillet 1970 relative à la participation des forces armées au maintien de l'ordre disposait que le « commandant de la troupe a le devoir, quand les circonstances le permettent, d'avertir solennellement les individus concernés de l'usage imminent des armes »).

881. S'agissant de la réparation d'une blessure à la tête causée par une grenade lacrymogène lancée très vraisemblablement par les forces de l'ordre à l'occasion d'une manifestation, les juges administratifs considérèrent que les forces de police n'avaient fait usage des grenades lacrymogènes qu'après avoir procédé régulièrement aux sommations réglementaires. Aussi, à supposer même qu'au moment où elle a été blessée, la victime ne participait plus activement aux événements en cause prévus à l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales, celle-ci a commis une imprudence de nature à exonérer la responsabilité de l'État⁸¹⁹.

⁸¹⁹ En effet, celle-ci n'ignorait pas le caractère dangereux de la situation et que la consigne de dispersion de ladite manifestation avait été donnée. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 18 juillet 2006, « Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions », requête n° 03BX01826, 3ème chambre (formation à 3), inédit au recueil Lebon ; M. MARROU, président ; M. Jean-Christophe MARGELIDON, rapporteur ; Mme JAYAT, commissaire du gouvernement. Source : Légifrance. Aux termes de l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales : « L'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens ».

882. Il convient de souligner que l'emploi des grenades lacrymogènes est aussi dangereux pour les membres de la force publique. Ainsi, pour la réparation d'un accident provoqué par l'explosion d'une grenade lacrymogène, survenue au cours d'une séance de formation, un brigadier-chef de la préfecture de police s'est vu octroyé une allocation temporaire d'invalidité en réparation de cet accident reconnu imputable au service⁸²⁰.

883. En ce qui concerne l'engagement de la responsabilité d'une commune en raison de l'explosion d'une grenade lacrymogène, et en vertu de l'article 116 du Code de l'Administration communale alors en vigueur, la juridiction judiciaire jouit d'une appréciation souveraine pour exonérer la personne publique de sa responsabilité en raison de la faute de la victime.

Statuant sur la demande en réparation fondée sur l'article 116 du Code de l'administration communale présentée par un manifestant blessé, au cours d'une phase non autorisée d'une manifestation, par l'explosion d'une grenade lacrymogène, une Cour d'appel, qui a relevé que près de la préfecture des projectiles divers avaient été lancés sur les forces de police, des véhicules et des vitrines endommagés, qu'après avoir procédé à des sommations en lançant trois fusées rouges, le commandement des forces de police avait donné l'ordre de lancer des grenades lacrymogènes et de dégager la rue et que la victime avait déclaré que se trouvant avec des camarades lorsqu'ils avaient entendu des cris et des explosions provenant de la préfecture, ils avaient pensé que c'était les forces de police qui intervenaient et qu'ils s'étaient regroupés pour se diriger également vers la préfecture, a pu déduire que ce manifestant, au cours de la manifestation à laquelle il avait participé, avait commis une faute dont elle a souverainement fixé les conséquences.

884. Sur le terrain pénal, un manifestant blessé par un tir tendu d'une grenade lacrymogène peut tenter d'obtenir réparation du préjudice allégué en déposant plainte avec constitution de partie civile pour violences volontaires sur le fondement de l'article 706-3 du Code de procédure pénale qui prévoit que toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne⁸²¹. Il faut ici préciser que l'évaluation de l'atteinte à

⁸²⁰ Cour administrative d'appel de Paris, 4ème chambre, 18/12/2012, « M. A... », requête n° 10PA03825, inédit au recueil Lebon ; M. PERRIER, président ; Mme Michelle SANSON, rapporteur ; M. ROUSSET, rapporteur public. Source : Légifrance.

⁸²¹ Cour d'appel de Bastia, 11 juin 2014, « M. Cyril X... c/ Établissement fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions », N° de RG: 13/00717, Chambre civile B. Source : Légifrance. Le 27 septembre 2005 sur le port de Bastia, des incidents ont opposé des manifestants aux forces de l'ordre. Soutenant avoir été blessé par un tir tendu de grenade lacrymogène, M. X...a une déposé plainte avec constitution de partie civile le 28 juin 2007 pour violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à 8 jours.

l'intégrité physique est opérée à l'aune de l'incapacité temporaire totale (ITT) engendrée. Cette évaluation peut-être réalisée par les médecins légistes qui ne travaillent donc pas seulement sur des êtres humains décédés⁸²². L'appréciation du préjudice physique peut également être effectuée par le médecin traitant ou le service d'urgence d'un hôpital. S'il existe un service d'urgence médico-judiciaire (UMJ), celui-ci sera compétent en priorité⁸²³.

En l'espèce, la personne a été victime d'un tir tendu de grenade lacrymogène ; de tels tirs sont interdits en raison de leur particulière dangerosité⁸²⁴. Selon lui, il n'aurait pas représenté un danger au point de justifier ce tir tendu car il ne participait pas aux incidents. Ainsi, les circonstances de la légitime défense n'étaient absolument pas réunies.

Toutefois, les tirs de grenade n'ont été pratiqués que dans le cadre de la légitime défense, à l'encontre des manifestants qui s'approchaient de manière hostile à moins de 150 mètres du barrage que les forces de l'ordre avaient pour mission de tenir. Aussi, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel estime s'il y a lieu de réduire ou de supprimer l'indemnité allouée à la victime en raison du comportement de celle-ci.

En l'espèce, un marin de profession, a reconnu avoir été sympathisant du mouvement de manifestation sans toutefois y avoir participé. M. X...se trouvait au sein de cette foule hostile lorsqu'il a été blessé et il a donc pris une part active dans les faits. Seul son comportement a entraîné la réalisation de son dommage, ayant pour conséquence de le priver de son droit à indemnisation.

885. L'on doit également mettre en lumière que le membre de la force publique qui participe à une opération de maintien de l'ordre peut être amené à user de son arme à feu dans le cadre classique de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

⁸²² Voir supra, Première partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard des libertés individuelles, Titre deuxième. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte au regard du droit de propriété, Chapitre premier. La contrainte de la force publique au service de la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité, Section deuxième. Les perquisitions : la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité, I. Les modes de preuve en droit français, §2. La médecine légale : la science au service de la vérité.

⁸²³ Source : Ministère de la Justice de la République française, <<http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/>>

⁸²⁴ L'origine des blessures de M. X...est un « coup d'une extrême violence capable d'avoir déterminé une embarrure, c'est à dire une fracture de l'os du crâne qui est très solide chez un jeune homme et une contusion cérébrale, c'est à dire une contusion du cerveau sous-jacent à l'os, naturellement très bien protégé par la boîte crânienne » et qu'il ne peut s'agir d'un projectile tombé sous le simple effet de la pesanteur. De plus, l'expert en balistique indique dans son rapport que les blessures de la victime sont techniquement compatibles avec l'utilisation d'une grenade tirée à l'aide d'un lance-grenade Cougar.

A. Le délit de port d'arme dans un attroupement : fondement du recours à la force.

886. L'article 431-5 du nouveau Code pénal interdit sous peine de sanctions correctionnelles à savoir trois ans d'emprisonnement « le fait de participer à un attroupement étant porteur d'une arme », les peines étant même aggravées, à savoir cinq ans d'emprisonnement « si la personne armée a continué volontairement à participer à un attroupement après les sommations ».

1) La notion d'armes.

887. L'article 132-75 du nouveau Code pénal dispose qu' « est une arme tout objet conçu pour tuer ou blesser. (Premier alinéa). Tout autre objet susceptible de présenter un danger pour les personnes est assimilé à une arme dès lors qu'il est utilisé pour tuer, blesser, ou menacer, ou qu'il est destiné par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer. (Deuxième alinéa). Est assimilé à une arme tout objet qui, présentant avec l'arme définie au premier alinéa une ressemblance de nature à créer une confusion, est utilisé pour menacer de tuer ou de blesser ou est destiné, par celui qui en est porteur, à menacer de tuer ou de blesser (troisième alinéa) »⁸²⁵.

888. Il convient de relever que le port ou le transport sans motif légitime de poudres ou explosifs fait encourir les peines applicables en matière de port ou de transport d'armes de la première catégorie sur le fondement du décret-loi du 18 avril 1939, en son article 38, deuxième alinéa. En outre, selon l'article 17 de la loi numéro 95-73 du 21 janvier 1995 (loi dite d'orientation et de programmation relative à la sécurité), il est « inséré, après l'article six de la loi numéro 70-575 du 3 juin 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives », un article sept ainsi rédigé : « le fait de procéder, sans motif légitime, au port ou au transport d'artifices non détonants est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 fr. d'amende ».

889. Enfin, l'on mentionnera que l'introduction dans une enceinte sportive de fusées ou artifices de toute nature ainsi que l'introduction sans motif légitime de tout objet susceptible de constituer une arme au sens de l'article 132-75 du nouveau Code pénal est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement, la tentative étant réprimée sur le fondement de la loi numéro 84-610 du 16 juillet 1984 en son article 42-7-1, modifiée par la loi numéro 93-1282, loi du 6 décembre 1993.

890. Une jurisprudence constante procède à la distinction entre l'arme par nature, c'est-à-dire l'instrument *lato sensu* ayant pour seule vocation de servir d'arme (que celle-ci ait été conçue pour

⁸²⁵ Concernant la notion d'armes, le droit belge retient une conception plus étroite. Ainsi, la Cour de cassation, (Belgique), dans son arrêt du 31/03/1993, précise que l'énumération légale des armes réputées prohibées, bien qu'elle ne soit pas limitative, ne comprend pas tous les couteaux quels qu'ils soient ; seuls les couteaux en forme de poignard y sont mentionnés, les couteaux de chasse étant en revanche expressément exclus. (Loi du 3 janvier 1933, art. 3.). Source : *Pasicrisie belge*, 1993 (I, p. 344)

tuer ou blesser ou à des fins sportives ou ludiques), et d'autre part, l'arme par usage. Le port d'une arme à feu serait-elle à vocation sportive ou ludique ne saurait être toléré dans un attroupement car son port dans un tel contexte constitue une menace implicite.

891. De surcroît, il est indifférent que l'arme par nature portée dans un attroupement soit de la première catégorie à l'instar d'un pistolet automatique de calibre 9 mm ou de quatrième catégorie à l'instar d'une arme d'alarme à grenaille ou de la cinquième catégorie à l'instar d'un fusil de chasse ou de la sixième catégorie à l'instar d'une matraque ou de la septième catégorie à l'instar des armes de tir, de foire, de salon ou bien d'une carabine mono-coup 22 long rifles, ou de la huitième catégorie tels les arme à feu dite historique ou de collection. En l'occurrence, la réglementation des armes (prévue par le décret-loi du 18 avril 1939 modifié et par le décret du 6 mai 1995) est juridiquement indifférente. Ainsi, le port d'une arme de premier ou de quatrième catégorie est plus sévèrement réprimé par l'article 32 du décret-loi du 18 avril 1939 que par l'article 431-4 du nouveau Code pénal.

892. Enfin, il est indifférent que l'arme soit de port interdit ou libre selon la réglementation, et lorsqu'il s'agit d'une arme à feu, il importe peu que celle-ci soit approvisionnée ou non, en bon état ou en usage. L'arme factice que l'on dénomme aussi quasi-arme est visée par l'article 130-75 du nouveau Code pénal.

893. L'objet « susceptible de présenter un danger pour les personnes » ou la quasi-arme ne doit être considérée comme une arme qu'autant qu'il a été « utilisé pour tuer, blesser ou menacer » ou qu'il était « destiné par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer ». Lorsqu'il y a eu usage, ne serait-ce même que pour menacer, la nature de l'objet importe peu. Il pourra donc s'agir d'outils tel un marteau, une pioche etc. ; il pourra également s'agir de machines à l'instar d'une tronçonneuse en marche (voir Cour de Cassation, chambre criminelle, 9 janvier 1986, *Gazette du palais* 1986, deuxième partie, 598) ; il pourra s'agir d'objets quelconques à l'instar d'un bâton, d'une chaîne de bicyclette ; il pourra s'agir de projectiles de toutes natures à l'instar de pierres par exemple; il pourra s'agir même d'un véhicule terrestre à moteur utilisé pour menacer d'écrasement des agents de la force publique (voir, Cour de Cassation, chambre criminelle, 14 mars 1989, bulletin numéro 126) ; il pourra s'agir d'un tracteur agricole utilisé de la même manière (voir, Cour de Cassation, chambre criminelle, 12 mars 1991, *Droit pénal* 1991, numéro 225). En outre, il n'est pas nécessaire que l'arme par usage ait occasionné des blessures ; le projectile ayant manqué son but a servi d'arme, et il s'avère être juridiquement indifférent que l'objet ait été trouvé par le prévenu sur les lieux mêmes de l'attroupement (voir l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, 7 juillet 1970 : *JCP* 71, quatrième partie, 152).

894. Lorsqu'il n'y a eu aucun usage mais un simple port, les constatations, les témoignages, les photographies, les aveux du prévenu, la nature de l'objet sont appréciés souverainement par le juge du fond en vue de distinguer l'objet porté légitimement d'avec celui qui était porté en vue de servir d'arme (voir Cour d'appel de Rennes, 20 octobre 1976 : il s'agissait en l'espèce d'un individu trouvé porteur d'une fronde et de billes dont il reconnaissait s'être muni pour participer activement à une manifestation, Juris-Data numéro 413).

2) La notion de port d'armes.

895. C'est le port de l'arme ou de l'objet susceptible de présenter un danger pour les personnes ou la quasi-arme qui a été utilisé pour tuer, blesser ou menacer ou bien qui était porté à cet effet qui se trouve incriminé par l'article 431-5 du nouveau Code pénal. Porter une arme, c'est l'avoir sur soi, à la main ou à la ceinture ou dans un étui. Le délit de transport d'arme sans motif légitime est prévu sur le fondement du décret-loi du 18 avril 1939 en son article 32, et modifié par la loi numéro 77-7 du 3 janvier 1977 ; ce délit fut retenu au cas de découverte de matraques dans un véhicule terrestre à moteur sur les lieux d'une manifestation (voir en ce sens, Tribunal correctionnel de Paris, XXIIIe chambre, 11 février 1971) ; il en va également de pavés et d'un nerf de bœuf trouvés dans le coffre d'un véhicule terrestre à moteur sur les lieux d'une manifestation (voir, Tribunal correctionnel de Paris, XXIIIe chambre, 29 septembre 1975) ; il en va aussi de barres de fer et de tubes métalliques saisis dans un véhicule terrestre à moteur, véhicule qui transportait, des individus cagoulés sur les lieux d'une manifestation (Tribunal correctionnel de Paris, 17 mai 1985 : Juris-Data numéro 23 420.)

B. Le délit de provocation directe à un attroupement armé.

896. L'article 431-6 du nouveau Code pénal dispose : « La provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours public, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 fr. d'amende ».

Lorsque la provocation a été suivie d'effet, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 700 000 fr. d'amende. Il convient de préciser que ce texte ne réprime que la provocation directe à un attroupement armé, alors que l'article 107 de l'ancien Code pénal réprimait, quant à lui, outre la provocation directe à un attroupement armé, la provocation directe à un attroupement non armé.

897. Trois infractions sont réprimées par les articles 431-4 à 431-8 du nouveau Code pénal. En premier lieu, il s'agit de la participation volontaire à un attroupement après les sommations par l'individu non porteur d'une arme. (article 431-4). En deuxième lieu, il s'agit du port d'une arme dans un attroupement (les pénalités se trouvant être aggravées si le mis en cause a continué volontairement à participer à l'attroupement après sommations (article 431-5). En dernier lieu, il s'agit de la provocation directe à un attroupement armé (article 431-6).

1) Le délit de participation volontaire à un attroupement après les sommations par un individu non porteur d'une arme.

898. Il conviendra d'examiner tout d'abord la formation sur la voie publique ou dans un lieu public d'un attroupement qui pourrait troubler l'ordre public ; deuxièmement, la non-dispersion d'un tel attroupement après les sommations légales ; troisièmement, le recours à la force et l'usage des armes par la force publique ; quatrièmement, l'acte volontaire de participation à attroupement délictueux.

2) La formation sur la voie publique ou dans un lieu public d'un attroupement qui pourrait troubler l'ordre public.

899. L'examen de cette situation de fait préalable à la commission d'infractions requiert l'évocation du nombre des participants, du lieu de l'attroupement, de la notion d'attroupement « susceptible de troubler l'ordre public ». S'agissant du nombre de participants, celui-ci n'est pas fixé par la loi. Le décret de 1791 relatif à l'attroupement séditieux, visait la réunion de plus de 15 personnes ; mais, ce texte juridique fut abrogé par l'ordonnance de 1960. Aussi, la question du nombre des participants est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la menace courue par l'ordre public devant être appréciée en « prenant en considération l'importance de la localité et celle des forces de police disponibles »⁸²⁶.

900. Concernant le lieu de l'attroupement, l'article 431-3 du nouveau Code pénal reprend la lettre même de l'article 104 de l'ancien Code pénal. La situation de fait qui constitue la condition préalable à la commission de l'une des infractions évoquées est l'attroupement « sur la voie publique ou dans un lieu public ». S'agissant de la voie publique, il n'existe aucune difficulté d'interprétation. Il peut dès lors s'agir de rues, places, routes, autoroutes, ou bien encore de voies privées ouvertes à la

⁸²⁶ Voir circulaire du ministre de l'Intérieur n° 72-403 du 1er août 1972. Et, voir en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Riom, 21 octobre 1948, *Gazette du palais* 1949, première partie, 114.

circulation publique. Quant au lieu public, il peut s'agir de ceux qui, par leur destination, sont ouverts au libre accès de tous, à savoir les magasins, les salles de spectacles, les cafés, les églises, etc. Concernant les lieux publics par nature, mais fermés au public lors des faits par la volonté de leurs légitimes occupants, il ressort de la jurisprudence relative aux réunions publiques qu'une réunion privée peut tout à fait se tenir dans un local ordinairement public comme le ministre de l'Intérieur le rappelait aux parlementaires qui avaient réagi à la tenue de certaines réunions dans les salles de café fermés au public pour la circonstance⁸²⁷.

Il s'agissait en l'occurrence de l'interdiction des organisations fascistes en France. Le ministre de l'Intérieur précisa premièrement que « la rencontre du mouvement « nouvel ordre européen » qui s'est tenue à Lyon le 29 décembre 1974 était une réunion privée. Elle n'était donc pas soumise à déclaration et n'avait pas été autorisée. Elle a eu lieu dans une salle de café fermée au public pour la circonstance. Le nombre des participants était d'une trentaine de personnes. Elle n'avait fait l'objet d'aucune publicité et s'est déroulée sans qu'il en résulte aucun trouble pour l'ordre public. Sa tenue était donc entièrement libre suivant la jurisprudence constante du Conseil d'État ; elle ne justifiait aucune interdiction de l'autorité préfectorale. Il convient d'ailleurs de préciser qu'en raison même de leur caractère privé, de telles réunions ne sont, le plus souvent, pas connues des services de police.

901. En second lieu, en ce qui concerne l'activité des groupements tant fascistes qu'extrémistes, celle-ci fait l'objet de l'attention constante des autorités gouvernementales qui n'hésiteraient pas à dissoudre ces groupements en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées si les éléments motivants leur dissolution étaient réunis »⁸²⁸.

De cette manière, dès lors qu'il s'agira d'une réunion privée, ce caractère étant apprécié souverainement par les juridictions, les dispositions du nouveau Code pénal relatives à l'attroupement ne sauraient s'appliquer. Enfin, s'agissant des lieux privés par nature à l'instar du domicile, mais accessible à tout un chacun par la volonté des légitimes occupants, la juridiction judiciaire suprême et le Conseil d'État considérèrent que la réunion tenue dans un tel lieu est

⁸²⁷ Voir BIENAYMÉ, « Police des réunions », *Juris-Classeur Administratif*, fascicule 210.

Voir également, le jugement du Tribunal civil de Rennes, 10 mars 1905 : DP 1905, 5, 8.

⁸²⁸ Réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite de M. le député M. DUCOLONÉ, *Journal officiel de la République française, débats parlementaires, Assemblée nationale, compte rendu intégral des séances*, samedi 29 mars 1975, année 1975, numéro 13 A. N., Constitution du 4 octobre 1958, cinquième législature, questions remises à la Présidence de l'Assemblée nationale et réponses des ministres aux questions écrites, du député M. Ducoloné, *Journal de l'Assemblée nationale*, 29 mars 1975, question numéro 17 107, page 1137.

publique⁸²⁹. Aussi, les dispositions des articles 431-3 et suivants du nouveau Code pénal seront applicables à cette situation.

902. Concernant la notion d'attroupements dans les locaux des services publics, la loi dite « anti-casseurs », datée du 8 juin 1970 et abrogée par la loi numéro 81-1130 du 23 décembre 1981, interdisait l'introduction à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte dans un lieu affecté à un service public de caractère administratif, scientifique ou culturel, ainsi que le maintien irrégulier et volontaire dans un même lieu d'individus informés par l'autorité responsable du lieu ou son représentant du caractère irrégulier de leur présence, permettant de sanctionner les participants de « manifestations » de nature à troubler le fonctionnement de certains services publics.

Lors de la discussion parlementaire sur le projet de loi d'abrogation, le Garde des Sceaux, Robert Badinter, déclara que « les incriminations existantes étaient largement suffisantes pour assurer la sûreté de l'État et la sécurité des citoyens »⁸³⁰. Le Garde des Sceaux évoquait les infractions qui pouvaient à son avis recevoir application des délits prévus à l'époque aux articles 104 à 108 sur les attroupements. Et, d'ajouter « qu'il appartient toujours à l'autorité administrative de faire évacuer les locaux en faisant appel à la force publique », mais que cet appel étant « de nature à entraîner des violences [...] il vaut quand même mieux laisser le droit syndical s'exprimer librement ».

La question se pose de savoir si les locaux des services publics peuvent être considérés comme étant des lieux publics au sens des articles 431-1 et suivants du nouveau Code pénal. Lorsqu'il s'agit de lieux ouverts à tous lors de l'action incriminée, la réponse paraît être positive (à titre d'exemple, pour un attroupement dans la salle d'audience d'un tribunal, voir la réponse ministérielle du ministre de la Justice à la question posée par M. le député Vivien⁸³¹).

Toutefois, il faudra pour arguer des articles 431-3 et suivants du nouveau Code pénal, établir que l'attroupement « pourrait troubler l'ordre public » et non pas seulement le fonctionnement du service public. Lorsqu'il s'agit de locaux non ouverts au public, « l'application de l'article 104 du Code pénal apparaît comme étant contestable, (voir, en ce sens, CHAPUS, BERLIOZ et CHEMIN

« L'occupation des locaux administratifs » dans *Revue de la police nationale*, numéro 118, novembre 1982, p. 22 et suivantes). Ce qui ne signifie pas que l'administration ne puisse faire

⁸²⁹ Voir, Cour de Cassation, chambre criminelle, 9 janvier 1869, « Larcy », *recueil Sirey* 1869, première partie, 281 ; et, arrêt du Conseil d'État, 23 décembre 1936, « Bucard », *recueil du Conseil d'État*, page 1151.

⁸³⁰ Voir *Journal officiel de la République française, débats du Sénat*, 16 décembre 1981 page 4123.

⁸³¹ *Journal officiel de la République française, débats parlementaires, Assemblée nationale, compte rendu intégral des séances*, année 1975, numéro quatre A. N., Samedi 25 janvier 1975, page 311.

procéder par la force publique à l'évacuation des individus qui troublent le fonctionnement du service. (Ainsi, voir *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative* numéro 57). Il convient en l'occurrence de préciser que cette éviction ne doit pas être confondue avec une dispersion d'attroupement. Enfin, l'on précisera que les locaux strictement privés qui se trouvent dans l'ensemble des locaux. Enfin, il convient de préciser que les locaux strictement privés mais qui se trouvent dans l'ensemble des locaux du service public ne sauraient être considérés comme étant des lieux publics. Il en va ainsi de l'appartement privé du ministre, quoique dans la même enceinte que les bureaux des services ouverts au public, appartement qui constitue un domicile protégé par l'article 226-4 du nouveau Code pénal réprimant la violation de domicile. (Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 juin 1971, *JCP* 1971, édition générale, quatrième partie, 181 ; et, Bulletin criminel numéro 178).

903. Les établissements pénitentiaires. Concernant les établissements pénitentiaires, ceux-ci ne sauraient être considérés comme étant des lieux publics. Aussi, lorsque les nécessités le requièrent à savoir dans les cas de mutinerie par exemple, le chef de l'établissement pénitentiaire, lorsqu'il estime n'être pas en mesure de rétablir l'ordre, alerte la police ou la gendarmerie. Le préfet est alors avisé sur-le-champ, et c'est au préfet qu'incombe de décider ou non de l'intervention de la force publique à l'intérieur des locaux considérés. Les articles D. 283-3 et suivants du Code de procédure pénale traite du maintien du rétablissement de l'ordre au sein des établissements pénitentiaires. On ne saurait alors arguer de l'article 431-3 du nouveau Code pénal.

904. Concernant la notion d'attroupement « susceptible de troubler l'ordre public », la menace de trouble pour l'ordre public caractérise la situation de fait préalable et nécessaire à la commission de l'infraction (la non-dispersion après sommations). De cette manière, il n'est pas nécessaire d'établir que l'attroupement a effectivement troublé l'ordre public, comme il n'est pas requis que les participants aient poursuivis un but illicite ou prémédité leur action.

Tout rassemblement sur la voie publique ne saurait constituer un attroupement au sens de l'article 431-3 du nouveau Code pénal. Ainsi, l'attroupement injurieux ou nocturne troublant la tranquillité des habitants constitue, au plan du droit pénal, une contravention de troisième classe réprimée par l'article R. 623-2 du nouveau Code pénal.

Le fait qu'une manifestation sur la voie publique ait été interdite par l'autorité investie du pouvoir de police s'avère être insuffisant pour la faire considérer comme étant un attroupement au sens de l'article 431-3 du nouveau Code pénal. La circonstance que la manifestation projetée avait été interdite par l'administration ne suffit pas à démontrer qu'elle constitue un attroupement

interdit (voir, Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 mai 1955, *Dalloz* 1955, première partie, 655; *JCP* 55, deuxième partie, 8816 ; *Revue des sciences criminelles* 1955, 679 observations Huguency).

La loi laisse à l'autorité administrative, sous le contrôle des juridictions répressives, le soin d'apprécier l'imminence et l'intensité du trouble que l'attroupement risque de provoquer. Il convient que le rapport établi par la police fasse apparaître « l'acuité de la menace pour l'ordre public, qui peut être mis en évidence par le nombre, l'équipement, les intentions des participants et par toutes circonstances de temps et de lieu » (voir, la circulaire du ministre de l'Intérieur numéro 72-403, circulaire en date du 1er août 1972) ; autrement dit, toutes précisions indispensables à la juridiction pour apprécier de manière souveraine la réalité de la menace pour l'ordre public lors de l'intervention aux fins de dispersion. Il est du seul ressort des juridictions pénales d'apprécier si les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. En 1899, la Cour de Cassation jugeait que les troubles apportés à la circulation routière ne suffisaient pas à caractériser le trouble de la tranquillité publique de l'article 104 du Code pénal (Cour de Cassation, chambre criminelle, 24 novembre 1899, DP 1900, cinquième partie, 52).

3) La non-dispersion après les sommations prévues par la loi.

L'on examinera successivement les sommations et la non-dispersion.

905. Les sommations. L'existence des sommations régulières est une composante indispensable de l'incrimination de participation à un attroupement (Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 février 1954, *Dalloz* 1955, 465, rapport Patin). Aussi, la preuve doit être faite que les prévenus ont pu entendre effectivement les injonctions de l'autorité (Cour d'appel de Grenoble, 17 janvier 1907, *recueil Sirey* 1908, deuxième partie, 75).

Il convient ici de mettre en lumière l'importance majeure des sommations, tant en raison de leur effet dissuasif et, partant, préventif que s'agissant de l'appréciation de l'existence même du délit de participation à un attroupement.

906. Sous l'empire de la loi du 1848, une jurisprudence constante exigeait que les sommations réglementaires devaient avoir été effectuées pour que l'infraction de participation à un attroupement fussent valablement constituée, quelles que furent les circonstances. (Voir en ce sens, Cour de Cassation, chambre criminelle, 18 juillet 1930, *Semaine juridique* 1930, 1075 ; et, Cour de Cassation, chambre criminelle, 25 mars 1954, bulletin criminel numéro 120). En ce qui concerne la dispersion qui avait été opérée par la force sans sommations, la Cour de Cassation estimait alors que la loi du 7 juin 1848 n'édicte de peine à l'encontre des personnes « ayant pris part à un attroupement non armé que dans le cas où, les sommations légales étant demeurées sans résultat,

l'attroupement n'a pu être dispersé que par la force », que « la cour ayant constaté que l'attroupement avait été dispersé sans que les sommations légales étaient effectuées, ne pouvait prononcer aucune peine contre les prévenus, encore bien que cette dispersion n'ait pu être obtenue que par la force » (Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 février 1954, *Dalloz* 1955, 465).

De cette manière, furent relaxés les participants à un attroupement qui n'avaient pu, compte tenu des circonstances et de temps et de lieu, percevoir les sommations (Cour d'appel de Grenoble, 17 janvier 1907, *DP* 1907, deuxième partie, 112).

907. Reprenant les dispositions qui figuraient dans le décret de 1791, décret qui réprimait les attroupements séditieux, l'article 104 du Code pénal, tel qu'il procédait de l'ordonnance du 4 juin 1960, disposait que « les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement [...] peuvent faire usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux, ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ou les postes dont la garde leur est confiée » (paragraphe trois). Pour qu'ils soient dispersés, il convient que les représentants de la force publique aient satisfait aux conditions tenant aux sommations. Quid de l'attroupement dispersé sans sommations dans les cas autorisant les agents du maintien de l'ordre à user de la force sans que les sommations aient été faites ? La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans son arrêt du 12 décembre 1963 (*Dalloz* 1964, 185), jugea qu'il était fait une exacte application de la loi en se fondant sur les articles 104 et 105 du Code pénal alors que l'attroupement avait dû être dispersé par la force sans sommations : « attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 104, paragraphe trois, et 105, paragraphe deux du Code pénal, ainsi d'ailleurs que des termes « dans les autres cas » du paragraphe quatre de l'article 104 du même code, que se trouve exclu du recours aux sommations le cas, prévu par le paragraphe trois dudit article, où, comme en l'espèce, des violences sont exercées contre les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement »⁸³².

908. Cette jurisprudence est confirmée par l'article 431-3 du nouveau Code pénal, dont le dernier alinéa, faisant suite à deux alinéas traitant du protocole des sommations, prévoit : « toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire

⁸³² Cour de Cassation, Chambre criminelle, 12 décembre 1963, requête n° 62-92.028, publié au *bulletin criminel* 1963 n° 359. Il résulte de la combinaison des articles 104, paragraphe 3, et 105, paragraphe 2 du Code pénal, ainsi, d'ailleurs que des termes « dans les autres cas » du paragraphe 4 de l'article 104 du même code, que se trouve exclu du recours aux sommations le cas, prévu par le paragraphe 3 dudit article, où, des violences sont exercées contre les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement.

directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent. »

Les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles il peut être fait usage de la force sans sommations ne sont valablement constituées que lorsque des violences graves et généralisées sont commises à l'endroit des forces de l'ordre. Il s'agit d'une sorte de légitime défense collective. Hors ces hypothèses, l'usage de la force pour dissiper un attroupement sans sommations s'avère être illégal. Dans la pratique, les autorités chargées de faire des sommations s'efforcent de réaliser celles-ci avant de faire procéder à la dispersion par la force, même dans le cas où le texte autorise à user de la force sans sommations⁸³³.

909. Quant aux autorités compétentes pour effectuer des sommations, l'article 431-3 du nouveau Code pénal dispose que l'attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effet, adressées par le préfet, le sous-préfet, le maire ou l'un de ses adjoints, tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire, portant les insignes de leur fonction.

Ce texte appelle les observations qui suivent. En premier lieu, la liste des intervenants est modifiée au regard de l'ancien Code pénal en son article D. 7. De cette manière, disparaît l'officier de police délégué par le commissaire de police, celui-ci n'étant plus visé qu'en sa qualité d'officier de police judiciaire.

En deuxième lieu, serait donc habilité à exécuter les sommations « tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique ou tout autre officier de police judiciaire », disposition de rédaction qui peut encourir la critique en ce sens que d'une part il ne peut s'agir d'un quelconque officier de police judiciaire mais d'un officier de police judiciaire territorialement compétent (de la même manière qu'il ne peut s'agir que du préfet ou du sous-préfet ou du maire ou de l'adjoint au maire territorialement compétent) ; d'autre part, selon un grand principe de la tradition républicaine, le maintien ou le rétablissement de l'ordre public relève de manière exclusive du ministre de l'Intérieur ; et, partant, confier à tout officier de police judiciaire la possibilité de faire des sommations, c'est apparemment faire échec à ce principe, nombreux étant les officiers de police judiciaire dans les rangs de la gendarmerie nationale qui font partie intégrante des forces armées. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, un officier de police judiciaire de la gendarmerie territorialement compétent pouvait être mandaté par l'autorité civile responsable de l'ordre public à

⁸³³ Voir en ce sens, la circulaire du ministre de l'Intérieur, numéro 500/SGDN/MPS/OTP, 11 octobre 1995 ; et, MONTREUIL (Jean), « Attroupements », *Juris-Classeur Pénal*, article 431-3 à article 431-8, numéro 61.

l'effet de procéder aux sommations ; et, donc celui-ci ne pouvait cumulativement être le commandant de la force publique chargé de dissiper l'attroupement.

910. Le décret numéro 95-573 en date du 2 mai 1995 a donc fort opportunément rappelé que pour l'application de l'article 431-3 du nouveau Code pénal, le maintien de l'ordre « relève exclusivement du ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire » (article premier). Aussi, les forces armées dont fait partie la gendarmerie nationale ne peuvent participer au maintien de l'ordre que « lorsqu'elles en sont légalement requises » ainsi que le rappelle le décret de 1995 dont l'article deux dispose que la réquisition est « adressée par l'autorité civile territorialement responsable au commandant de gendarmerie pour les forces de gendarmerie » et au « commandant militaire compétent pour les autres forces » (voir l'instruction interministérielle du 9 mai 1995).

Selon l'article quatre du même décret, dans les cas d'attroupements prévus à l'article 431-3 du Code pénal, le préfet ou le sous-préfet, le maire ou l'un de ses adjoints, le commissaire de police ou, mandaté par l'autorité préfectorale, un commissaire de police ou l'inspecteur divisionnaire (de nos jours l'officier de police) chef de circonscription, doit être présent sur les lieux en vue, le cas échéant, de décider de l'emploi de la force après sommation. Si elle n'effectue pas elle-même les sommations, l'autorité civile responsable de l'emploi de la force désigne un officier de police judiciaire pour y procéder.

911. Il convient dans ce domaine de ne pas confondre l'autorité civile responsable de l'ordre public avec le commandant de la force publique chargé de la mise en oeuvre de celle-ci. Les rapports entre l'autorité civile et le commandant de la force publique ont fait l'objet de diverses controverses ainsi que d'instructions ministérielles⁸³⁴.

Il convient d'insister sur le fait que le commissaire de police lequel est l'autorité responsable, n'est pas celui qui accompagne les unités de la force publique afin de fournir sur ordre les sommations indispensables à la mise en oeuvre de la force. Les dimensions et la complexité des interventions du maintien de l'ordre dans une circonscription notamment lorsque celle-ci est importante, requièrent une direction et celles-ci doivent être assurées par le préfet lequel est en charge de l'ordre public et est investi d'un pouvoir de direction sur les services extérieurs de l'État. Pour autant, le commissaire de police n'est pas l'exécutant chargé simplement de fournir sur ordre les sommations.

⁸³⁴ Voir réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite de M. le député J.-P. Pierre-Bloch, question numéro 12 179, *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 3 mars 1980 ; et, voir circulaire du ministre l'Intérieur, numéro 78-560, du 21 décembre 1978, ainsi que la circulaire du ministre de l'Intérieur numéro 80-281, du 5 août 1980.

912. Le dernier alinéa de l'article 2 du décret numéro 95-573 du 2 mai 1995 dispose que « la responsabilité de l'exécution de la réquisition aux forces armées incombe à l'autorité militaire requise qui reste juge des moyens à y consacrer. » En outre, l'article trois du décret susvisé rappelle la forme écrite que doit revêtir la réquisition de la force armée. De cette manière, la réquisition à la gendarmerie peut-être générale ; en ce cas, cette réquisition est adressée par le préfet au commandant de la région militaire. La réquisition à la gendarmerie peut également être particulière ; en ce qu'elle est adressée au chef d'escadron de la gendarmerie mobile, soit par le préfet, soit par le commissaire de police et celles-ci prévoit expressément l'usage de la force. Enfin, la réquisition peut être spéciale ; et, en ce cas, elle est adressée généralement au chef d'escadron par le commissaire de police et celle-ci prévoit de manière expresse l'usage des armes⁸³⁵.

913. Il convient dans ce domaine de ne pas confondre les réquisitions susvisées avec la notion de mise à disposition des compagnies républicaines de sécurité compétentes sur tout le territoire et employées sur ordre du ministre de l'Intérieur. Il conviendra aussi de ne pas confondre les réquisitions avec les ordres donnés soit aux compagnies d'intervention de la direction de la sécurité publique de la Préfecture de police de Paris placée sous l'autorité hiérarchique du préfet de police, soit aux unités des directions départementales de sécurité publique, soit aux personnels des corps urbains des circonscriptions de sécurité publique par leurs chefs respectifs.

914. En dernier lieu, il convient de préciser que le procureur de la République ne constitue pas une autorité compétente pour effectuer les sommations sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale. En effet, l'article 41 ne dispose pas que le procureur de la République ait la qualité d'officier de police judiciaire ; mais, cet article confère à ce magistrat certaines attributions de l'officier de police judiciaire. En outre, en se fondant sur la loi du 10 avril 1831 contre les attroupements, l'on ne dénombre pas parmi les autorités compétentes pour effectuer les sommations ce magistrat lequel d'ailleurs n'apparaît plus dans les textes ultérieurs. En dernier lieu, le maintien de l'ordre relève de manière exclusive du ministre l'Intérieur.

915. Les sommations : un protocole bien défini. L'article R. 431-2 du nouveau Code pénal issu du décret numéro 93-726 du 29 mars 1993 dispose que « les autorités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 431-3 doivent, pour procéder aux sommations, porter les insignes suivants : le préfet ou sous-préfet : écharpe tricolore ; le maire ou l'un de ses adjoints : écharpe tricolore ; l'officier de

⁸³⁵ Voir l'instruction ministérielle du ministre de l'Intérieur, direction générale de la police nationale, direction administrative de la police nationale, juillet 1995 et instruction du ministre de l'Intérieur, numéro 5868, du 18 juin 1992 et circulaire n° 178, du 6 juillet 1992.

police judiciaire de la police nationale : écharpe tricolore ; l'officier de la police judiciaire de la gendarmerie nationale : brassard tricolore ». Cette obligation juridique est substantielle quant à la validité des sommations. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation, en sa section criminelle, le 4 décembre 1903, (*DP* 1903, première partie, 623).

L'article R. 431-1 du nouveau Code pénal issu du décret numéro 93-726 du 29 mars 1993 dispose : « Pour l'application de l'article 431-3, l'autorité habilitée à procéder aux sommations avant de disperser un attroupement par la force : premièrement, annonce sa présence en énonçant par haut-parleur les mots : « Obéissance à la loi. Dispersez-vous » ; deuxièmement, procède à une première sommation en énonçant par haut-parleur les mots : « première sommation : on va faire usage de la force » ; troisièmement, procède à une deuxième et dernière sommation en énonçant par haut-parleur les mots : « dernière sommation : on va faire usage de la force ». Il convient de mentionner que si l'utilisation du haut-parleur s'avère impossible ou manifestement inopérante, chaque annonce ou sommation peut être remplacée par le lancement d'une fusée rouge. Cependant, si, pour disperser l'attroupement par la force, il doit être fait usage des armes, la dernière sommation ou, le cas échéant, le lancement de la fusée qui la remplace ou la complète doivent être réitérés ».

De cette façon, après avoir procédé à des sommations en lançant trois fusées rouges, le commandement des forces de police avait donné l'ordre de lancer des grenades lacrymogènes et de dégager la rue. Ayant été blessé au cours de cette manifestation d'agriculteurs par l'explosion d'une grenade lacrymogène, M X... a réclamé à la ville de Caen la réparation de son préjudice. Mais, la faute du manifestant qui ayant entendu des explosions, est caractérisée puisque celui-ci s'est rendu au devant des forces de police occupées à dégager la rue⁸³⁶.

916. La non-dispersion. Les participants de l'attroupement doivent, dès qu'ils ont perçu les sommations légales, se disperser aussi rapidement que le permettent l'affluence et la topographie des lieux. L'élément matériel de l'infraction de participation délictueuse à un attroupement réside dans la circonstance pour le mis en cause de continuer volontairement à participer à l'attroupement, de demeurer sur les lieux.

⁸³⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 2, 4 mai 1983, 82-11.692, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 2* N. 106 ; Président M. Aubouin ; M. Liaras, conseiller rapporteur ; M. Bézio, avocat général. Source : Légifrance. Sa demande fondée sur l'article 116 du Code de l'administration communale, applicable en la cause, alors que des consignes de prudence recommandant aux manifestants d'éviter d'approcher la préfecture avaient été lancées. Étaient établis le défaut d'autorisation du défilé vers le centre de la ville et l'existence de recommandations prescrivant de ne pas y prendre part ; aussi, la participation consciente et imprudente de la victime à une manifestation non autorisée est caractérisée.

Dans l'hypothèse où la force était mise en œuvre sans sommation, la chambre criminelle de la Cour de Cassation considéra que le délit était constitué dès lors que l'absence de sommation était justifiée par les dispositions de l'article 104 du Code pénal à savoir, en raison des violences exercées contre les agents de la force publique. Cette jurisprudence se trouve confirmée par le dernier alinéa de l'article 431-3 du nouveau Code pénal. Dans cette hypothèse, on observera qu'un participant ayant pu être surpris par la soudaineté des violences administrées aux agents chargés de rétablir l'ordre, il appartiendra au juge d'apprécier compte tenu des circonstances de l'espèce, si le mis en cause a « continué volontairement à participer à l'attroupement ».

Conclusion du Titre premier

917. La force publique qui est la garante des droits et libertés, peut être amenée pour assurer la jouissance de ces droits et libertés aux personnes qui composent la communauté humaine à recourir à la contrainte, autrement dit à la force physique. Ce recours à la force physique doit être encadré pour ne pas présenter un caractère phagédénique. Cet encadrement est concrétisé par une phase d'apprentissage de l'emploi de la contrainte au sein d'institutions étatiques spécialisées. Au sein de ces écoles, les futurs membres de la force publique reçoivent une formation idoine en vue du respect des standards démocratiques de la protection des droits de l'homme. L'apprentissage de l'emploi de la contrainte constitue un encadrement *a priori* du recours à la force par l'acquisition de normes de comportement, et notamment par l'étude de la déontologie.

918. Quelque soit le cadre d'intervention de la force publique, c'est-à-dire le recours à la force dans un cadre individuel, lequel met en présence la force publique avec la personne interpellée et le recours à la force dans un cadre collectif, autrement dit le maintien de l'ordre public, la praxie de la force publique vise à attenter le moins à l'intégrité physique des personnes en suivant comme ligne d'action le principe de proportionnalité.

Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique doit être « strictement nécessaire et proportionné ». Pour ce qui concerne l'encadrement juridique du recours à la force au regard du droit à la vie et eu égard à sa valeur suprême, la Cour européenne des droits de l'Homme prescrit que le recours à la force publique meurtrière revête un caractère « absolument nécessaire et proportionné ».

Titre II : L'encadrement juridique du recours à la force au regard du droit à la vie : un recours à la force absolument nécessaire et proportionné.

919. Prolégomènes. La consécration juridique du droit à la vie : une consécration universelle dans le droit interne des États (à l'exception notable de la France et des territoires qui constituaient son empire colonial). Le droit à la vie constitue un droit universellement consacré à travers les États du monde entier. Ainsi, **en Asie**, la Constitution du Royaume du **Bhoutan** datant du 26 mars 2005 prescrit en son article sept les droits fondamentaux des citoyens bhoutanais, au premier chef desquels figurent le droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne (alinéa premier).

Au **Cambodge**, le droit à la vie est consacré par la Constitution du Royaume du Cambodge de 1993 au Chapitre trois intitulé « Les droits et obligations des citoyens khmers », en son article 32. Ainsi, tout citoyen khmer a le droit à la vie, à la liberté personnelle, et à la sécurité. Il convient ici de mettre en exergue que le Royaume du Cambodge reconnaît et respecte les Droits de l'homme tels qu'ils ont été consacrés par la Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, les conventions relatives aux droits de l'homme. (Article 31). Afin d'atteindre ce but éthéré, le gouvernement royal du Cambodge vise à préserver et protéger la loi et a pour but d'assurer l'ordre public et la sécurité. (Article 52)⁸³⁷.

920. En Corée du Sud, comme en France, le droit à la vie n'est pas expressément proclamé. La Constitution de la République de Corée de 1987 précise, en son Chapitre II consacré aux droits et devoirs des citoyens, que tous les citoyens jouissent de la dignité humaine et ont le droit à la poursuite du bonheur. À cette fin, il incombe à l'État de garantir des droits de l'homme fondamentaux et inviolables des individus. (Article 10). Le droit à la vie n'est également pas consacré par la Constitution du Royaume du Népal de 1990.

⁸³⁷ CROUZATIER (Jean-Marie) et PHIRUN (Kong), *Les constitutions du Cambodge*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 1996, 240 p. ; textes traduits et présentés par Kong Phirun et Jean-Marie Crouzatier ; publiées par la Faculté de droit de Phnom Penh, l'Institut d'études politiques de Toulouse et l'École royale d'administration du Cambodge.

Crouzatier, Jean-Marie *forme internationale*, nationalité : France. Maître de conférences en droit public et en sciences politiques à l'Université de Toulouse I, président du COCERMA, Comité de coordination pour les études et recherches méditerranéennes et africaines (en 1988). Source : Bibliothèque Nationale de France.

En Afrique centrale, au Gabon, le droit à la vie ne figure pas expressément dans la constitution. La constitution gabonaise dans son préambule « [a]ffirme solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, consacrés par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et par la Charte nationale des libertés de 1990 ».

On remarquera également que le droit à la vie n'est pas consacré par la constitution malgache du 18 septembre 1992. De cette manière, la tradition juridique française de non reconnaissance du droit à la vie s'était également exportée dans les anciens territoires de son empire colonial.

921. Au Japon, la Constitution de 1946 consacre le droit à la vie en son article 13, Chapitre trois intitulé « Droits et devoirs du peuple ». Ainsi, toute personne doit être respectée en tant qu'individu (premier alinéa). Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur sera la considération suprême de la législation et des affaires gouvernementales (second alinéa).

En Mongolie, la Constitution de la République populaire de Mongolie de 1992 proclame en son Chapitre II intitulé « Droits de l'homme et libertés » que les citoyens de Mongolie jouissent des droits et libertés qui suivent à savoir premièrement, le droit à la vie. (Article 16, « les droits des citoyens », premier alinéa).

922. En Afrique de l'Est, il convient de mettre en exergue la **Charte seychelloise des droits et libertés** qui est incluse au sein de la Constitution en son Chapitre III, première partie. Ainsi, la constitution des **Seychelles** en date du 8 juin 1993 prévoit, en son article 15, que « toute personne a droit à la vie, et la mort ne peut être infligée intentionnellement à quiconque » (premier alinéa)⁸³⁸.

En Afrique de l'Ouest, la Constitution de la République du **Sénégal** adoptée le 7 janvier 2001 prévoit en son titre deuxième intitulé « Des libertés publiques et de la personne humaine, des droits économiques et sociaux et des droits collectifs », en son article sept que « la personne humaine est sacrée. Elle est inviolable et l'État a l'obligation de la respecter et de la protéger. Tout individu a le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, au libre développement de sa personnalité, à l'intégrité corporelle notamment à la protection contre toute mutilation physique. Le peuple sénégalais

⁸³⁸ Source : Organisation internationale de la Francophonie, Espace francophone des Droits de l'Homme, de la Démocratie et de la Paix, Afrique de l'Est et Océan Indien, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://democratie.francophonie.org/>>

reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice, au Sénégal et dans le monde »⁸³⁹.

923. Sur le continent européen, la Constitution de la République de **Bulgarie** du 12 juillet 1991 consacre en son Chapitre deuxième intitulé « Droits et devoirs fondamentaux des citoyens » que « chacun a droit à la vie. Toute atteinte à la vie humaine est punie comme le crime le plus grave. (Article 28)⁸⁴⁰.

En Suisse, la Constitution de la **République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁸⁴¹ proclame dans son Titre II « Droits fondamentaux, buts et mandats sociaux », « Chapitre premier Droits fondamentaux », article 10 que « La liberté personnelle est garantie (alinéa premier). Sont en particulier garantis le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, mentale et psychique, ainsi que la liberté de mouvement ».

924. Sur le continent américain, la **Constitution bolivienne** de 1995 consacre le droit à la vie, à la santé et la sécurité de toute personne. (Article sept de la Constitution bolivienne)⁸⁴².

⁸³⁹ Source : Organisation internationale de la Francophonie, Espace francophone des Droits de l'Homme, de la Démocratie et de la Paix, Afrique de l'Ouest, site institutionnel à l'adresse suivante : <<http://democratie.francophonie.org/>>

⁸⁴⁰ LESAGE (Michel), *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », Paris, 1995, 410 p. ; textes rassemblés et présentés par Michel Lesage ; avec le concours de l'Institut international de la démocratie.

LESAGE, Michel (1933-2009) *forme internationale*, nationalité : France, langue : français, naissance : 1933-10-25, Aire-sur-la-Lys (Pas-de-Calais), mort : 2009. Il fut Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne et directeur de l'Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit du CNRS. Source : Bibliothèque Nationale de France.

⁸⁴¹ *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le peuple les 23 et 24 septembre 2000; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel; <<http://rsn.ne.ch>>

⁸⁴² En ce qui concerne les Constitutions des États d'Amérique Latine, l'on pourra se reporter à l'ouvrage de LOPEZ GUERRA (Luis) et AGUIAR DE LUQUE (Luis), *Las constituciones de Iberoamérica*, Centro de estudios constitucionales, Colección "Textos y documentos", Madrid, 2009, 2 volumes, 2300 p. ; volume 1 : Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador y El Salvador ; volume 2 : España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

AGUIAR DE LUQUE, Luis *forme internationale*, nationalité : Espagne, langue : espagnol. Il est Professeur de droit constitutionnel à l'Universidad Carlos III de Madrid (en 1992).

LOPEZ GUERRA, Luis *forme internationale*, nationalité : Espagne, langue : espagnol. Il est Politologue et Spécialiste de l'Espagne.

Source : Bibliothèque Nationale de France.

Dans le titre II de la Constitution de la république de **El Salvador** (1983), les constituants salvadoriens ont énoncé un catalogue des droits et garanties fondamentales de la personne. À cet égard, l'article deux précise que toute personne a droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, à la liberté, à la sécurité [...] à la propriété et à la possession, et à être protégé dans la conservation et la défense de ces droits.

De même, la République de l'**Équateur** consacre dans sa Constitution (Constitution de la République de l'Équateur du 11 août 1998, titre II intitulé « Des droits », chapitre six intitulé les « droits de liberté ») au sein de l'article 66 alinéa premier le droit à l'inviolabilité de la vie. De plus, l'alinéa trois de l'article 66 garantit le droit à l'intégrité personnelle laquelle inclut l'intégrité physique, psychique, morale et sexuelle.

En Argentine, l'article cinq (Chapitre unique : « Déclarations, droits et garanties ») de la Constitution de **la Provincia de Catamarca**⁸⁴³ donne un fondement constitutionnel au droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à la propriété. Ainsi, celui-ci énonce que tous les habitants de la Province sont par leur nature libres et indépendants et ont un droit parfait pour se défendre et être protégés dans leur vie, liberté, réputation, sécurité et propriété (alinéa premier).

En Argentine, la Constitution de la **Provincia de San Juan** du 1^{er} mai 1986 prévoit en son article tient que la vie, l'intégrité morale, physique, psychologique et socioculturels sont des droits inviolables de la personne.

La Constitution politique de la République du **Nicaragua** du 9 janvier 1987 énumère en son titre quatre les droits, devoirs et garanties du peuple nicaraguayen. La Constitution reconnaît des droits individuels. Elle consacre ainsi l'inviolabilité du droit à la vie en précisant par son article 23 (Constitution de la République de Nicaragua, titre quatre, Chapitre I intitulé « droits individuels ») que le droit à la vie est inviolable et inhérent à la personne humaine. Au Nicaragua, la peine de mort n'est pas appliquée.

La Constitution de la République nicaraguayenne inclut dans le catalogue des droits individuels les devoirs de la personne. Cette exposition des devoirs est réalisée par l'article 24 de la Constitution précitée, ce qui montre la relation d'interdépendance des droits et des devoirs ; les

⁸⁴³ En droit international public, l'État peut-être un État fédéral. Ainsi, sur le continent américain, et plus particulièrement en Amérique latine, l'Argentine revêt la forme d'un État fédéral. La République Argentine se compose d'États fédérés dénommés provinces. On peut prendre l'exemple de la Provincia de Catamarca. La Constitution de la Nation Argentine (22 août 1994) prévoit en son article premier que « la Nation Argentine adopte pour gouvernement la forme représentative, républicaine, fédérale, selon la forme établie par la présente Constitution. »

constituants ont montré, à raison de la place qu'occupe l'exposition de ces devoirs, l'importance de cette notion indissolublement liée à celle des droits humains. De cette manière, l'article 24 de la Constitution de la République nicaraguayenne prévoit que toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté, la patrie et l'humanité (alinéa premier). Les droits de chaque personne sont limités par les droits de leurs semblables⁸⁴⁴, dans le but d'assurer la sécurité de tous et pour les justes exigences du bien commun (alinéa deux). La Constitution politique de la République du Nicaragua du 9 janvier 1987.

La Constitution **mexicaine** de 1917 consacre en son article 14 le droit à la vie, la liberté, et le droit de propriété. (La Constitution de 1917 fut publiée au Journal officiel de la fédération du 5 février 1917 puis révisée en 2002).

925. D'un point de vue législatif et réglementaire, sur le continent européen, la police chypriote dans son action doit suivre des lignes directrices. Ainsi, le Code d'éthique de la police chypriote prévoit en son article 30 que la police est tenue dans toutes les opérations policières de respecter le droit à la vie de toute personne. La police chypriote a comme base légale la loi sur la police numéro 73 de 2004. Le Code d'éthique de la police chypriote est fondé sur le Code de police d'éthique européen lequel a été adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2001 durant la 765e réunion des ministres concernés au Conseil de l'Europe à Strasbourg⁸⁴⁵.

En France, le rôle de la police vise à garantir le droit à la vie de tout individu. De cette manière, le fonctionnaire actif des services de la police nationale a le devoir d'intervenir de sa propre initiative pour porter aide à toute personne en danger, pour prévenir ou réprimer tout acte de nature à troubler la sécurité et l'ordre publics et protéger l'individu et la collectivité contre les atteintes aux personnes et aux biens. (Article 19 alinéa premier du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale).

Ses obligations ne disparaissent pas après l'accomplissement des heures normales de service; il doit notamment déférer aux réquisitions qui lui sont adressées. (Article 19 alinéa deuxième du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale).

⁸⁴⁴ Conférer ici la notion de devoir dans la Déclaration révolutionnaire relative aux devoirs des hommes.

⁸⁴⁵ Le Code européen d'éthique de la police fut approuvé par décision du Conseil des ministres le 17 septembre 2003 (décision numéro 58. 578).

Dans tous les cas où le fonctionnaire intervient en dehors des heures normales de service soit de sa propre initiative, soit en vertu d'une réquisition, il est considéré comme étant en service. (Article 19 alinéa troisième du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale)⁸⁴⁶.

Dans les conditions fixées par les règlements d'emploi pris par arrêté ministériel, les fonctionnaires actifs des services de la police nationale peuvent être appelés à exercer leurs fonctions, de jour comme de nuit, au-delà des limites fixées pour la durée hebdomadaire normale du travail. (Article 22 alinéa premier du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale).

926. Le recours à la force exercé par la force publique s'est trouvé encadré par l'institution du principe de responsabilité de ses membres à raison de l'utilisation de ces moyens de contrainte, lesquels peuvent s'avérer être meurtriers. De cette manière, les membres de la force publique devant répondre de leurs actes, furent plus prudents dans l'usage de leurs armes de service. **(Chapitre premier).**

Au XXe et XXIe siècles, le recours à la force est contrôlé de manière très stricte par la juridiction judiciaire, juridiction qui veille à ce que l'usage de l'arme de service soit absolument nécessaire et proportionné **(chapitre deuxième).**

⁸⁴⁶ À l'occasion d'événements graves ou importants, lorsque les nécessités ou la continuité du service l'exigent, les fonctionnaires actifs des services de la police nationale peuvent être employés temporairement hors de leur zone habituelle d'affectation et d'emploi, selon des modalités fixées par arrêté du ministre de l'intérieur. (Article 20 alinéa troisième du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale, modifié par le Décret n° 2011-184 du 15 février 2011 - art. 55).

Chapitre premier. Le principe de responsabilité de la force publique : source de limitation effective des atteintes au droit à la vie.

927. L'établissement du principe de la responsabilité de la force publique constitue une garantie de l'intégrité personnelle. La responsabilité personnelle des fonctionnaires s'inscrit dans une histoire⁸⁴⁷. L'institution du principe de responsabilité de la force publique intervint au cours du XIXe siècle ; la responsabilité constitue ainsi une limitation effective des atteintes au droit à la vie des personnes faisant l'objet de la mesure de contrainte.

La responsabilité fut mise en place par les juridictions judiciaires et administratives. (**Section première**). Il convient ici de souligner que le principe de responsabilité procède également de l'institution de corps de contrôle interne à la force publique et d'autorités administratives indépendantes qui constituent un contrôle externe *a posteriori* de l'action de cette force publique. (**Section deuxième**).

⁸⁴⁷ WEIDENFELD (Katia), *Histoire du droit administratif, du XIVème siècle à nos jours*, collection « corpus histoire du droit », dirigée par RIGAUDIÈRE (Albert), Economica, Paris, 2010, 345 p.

Section Première. L'établissement du principe de la responsabilité de la force publique dans l'histoire du droit constitutionnel français.

928. L'instauration du principe de la responsabilité des membres de la force publique constitua une avancée en ce qui concerne la protection des droits et libertés des usagers du service public policier. Dorénavant, ces fonctionnaires d'autorité devaient répondre de leurs actes, lesquels étaient constitutifs de violations des droits et des libertés des personnes qui pouvaient désormais ester en justice (§ 1). Le fonctionnaire d'autorité doit certes bénéficier d'une protection juridique, mais cette protection ne doit pas signifier l'impunité (§ 2).

§ 1. Le système dit de la « garantie des fonctionnaires » consacré par la Constitution du 22 frimaire an VIII.

929. L'article 22 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) énonçait que : « La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée ». La responsabilité personnelle des fonctionnaires s'inscrit dans une histoire administrative qu'il convient de retracer.

930. Le système dit de la « garantie des fonctionnaires » est consacré par la Constitution du 22 frimaire an VIII. Son article 75 prévoyait en effet que « les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leur fonction, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Bien que cette disposition porte la marque du régime impérial, la garantie des fonctionnaires fut maintenue pendant la majeure partie du XIXe siècle. Le pouvoir d'autoriser les poursuites est seulement délégué, par quelques textes juridiques, aux administrations dont les agents dépendent. Il en va ainsi pour les agents dépendants de l'Administration des forêts (arrêté du 28 pluviôse an XI) ou pour les agents des douanes (arrêté du 29 thermidor an XI). Ce système dote les fonctionnaires d'un régime de responsabilité qui peut être qualifié d'exorbitant ; mais, il ne leur conféra pas pour autant l'immunité. Seuls, les actes de la fonction elle-même avec laquelle il s'identifie et dont il constitue un exercice, bien qu'abusifs sont soumis à autorisation. En effet, la garantie ne couvre le fonctionnaire que dans l'intérêt du gouvernement⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ CORMENIN (Louis-Marie de Lahaye vicomte de), *Questions de droit administratif*, Tome 2, Ridler, Paris, 1822, 532 p. ; voir spécialement p. 316 et suivantes. Et, voir *De la responsabilité des agens du gouvernement*, et

Cette garantie ne joue donc pas lorsqu'un agent prononce des amendes pour de prétendus délits dans le but de les partager avec des complices ou bien lorsqu'il prend la fuite avec des recettes. À la chute de l'Empire, l'opinion libérale s'éleva contre cette protection. Cependant, la Restauration restreignit le cercle des fonctionnaires auxquels la garantie était applicable. La loi du 8 décembre 1814 en son article 144 prévoit ainsi que les employés des contributions indirectes qui auront été prévenus de crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, seront poursuivis dans les formes communes à tous les autres citoyens et sans autorisation préalable (Conseil d'État, 20 janvier 1819, « Besson », S. 20, 2, 234).

931. La loi du 28 avril 1816 étendit la mesure aux employés des douanes. Aussi, les poursuites intentées contre les agents à raison de perceptions illégales d'impôts sont dispensées d'autorisation par toutes les lois de finances à partir de celles du 17 juillet 1819. En l'occurrence, il s'agissait de sauvegarder une prérogative fondamentale du pouvoir législatif à savoir le vote de l'impôt ; mais, c'est également, l'un des droits les plus précieux du citoyen, en d'autres termes celui de ne payer l'impôt que conformément aux lois. En revanche, pour les autres fonctionnaires, le Conseil d'État maintint sa jurisprudence. Le système de la garantie des fonctionnaires servit de filtre à la mise en œuvre d'une responsabilité pénale. Le Conseil soustrayait également au regard des tribunaux les actes d'exécution commis par les agents du gouvernement. Ceux-ci ne pouvaient, en effet, faire l'objet de poursuites pour des faits relatifs à leur fonction et qui ont été approuvés par les ministres auxquels ils sont subordonnés (Conseil d'État, 17 novembre 1819, « Cazenave contre Donnadiou et Montlivaut », *recueil*, p. 605).

932. Cette solution jurisprudentielle fut en vigueur jusqu'à l'arrêt *Langneur* du Conseil d'État en date du 10 novembre 1944. (Conseil d'État, 10 novembre 1944 « Langneur », *recueil Lebon*, p. 288). Cet arrêt consacre l'obligation des fonctionnaires à désobéir aux ordres qui présenteraient « de toute évidence un caractère illégal » et qui compromettrait « gravement le fonctionnement du service public ». En exhortant les fonctionnaires à avoir « le courage de résister à l'injonction coupable »⁸⁴⁹, les membres du Conseil paraissent se dédouaner de la modération de leur propre résistance.

933. Toutefois, les juridictions judiciaires demeurent compétentes en certains cas. En particulier, la poursuite des agents publics accusés de meurtre fut régulièrement autorisée pour permettre aux

des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État, Danicourt-Huet, Orléans, Baudouin frères, Paris, 2^{ème} édition, 1828, 41 p.

CORMENIN, Louis-Marie de Lahaye (1788-1868 ; vicomte de). Source : Bibliothèque nationale de France, département Philosophie, histoire, sciences de l'homme.

⁸⁴⁹ Voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Chenot, *D.* 1945, 87.

tribunaux d'apprécier la réalité de l'excuse de légitime défense (Conseil d'État, 10 février 1816 « Geraud », p. 6 et Conseil d'État, 18 mars 1816, « Cabaret », p. 31).

934. Ce système de garantie ne confère pas aux fonctionnaires qui en bénéficient l'immunité absolue. Échappant aux règles de la procédure contentieuse, le Conseil d'État n'est tenu ni de motiver les autorisations et surtout les refus d'autorisation des poursuites dirigées contre le fonctionnaire, ni d'instaurer un débat contradictoire (Conseil d'État, 26 février 1817, « Van-Heyden », *recueil Lebon*, p. 183).

935. En outre, le Conseil d'État ne s'interdit pas l'utilisation pragmatique de la garantie dont bénéficient les fonctionnaires publics. À cet égard, l'autorisation des poursuites pour des faits commis sous l'empire de la loi de sûreté générale du 29 octobre 1815 a été refusée car « s'il est impossible de ne pas reconnaître qu'à cette époque difficile, il a été exercé des rigueurs inutiles dans l'application de cette loi [...] il y aurait les plus graves inconvénients à perpétuer maintenant, par des poursuites de cette nature, des dissensions dont les causes ont cessé et ne doivent plus se renouveler » (Conseil d'État, 14 juillet 1819 « Aubry », *recueil*, p. 540).

936. La Charte révisée du 7 août 1830 en son article 69, alinéa deuxième, prévoyait une loi sur la responsabilité des agents du pouvoir. En 1835, un projet de loi supprimant l'article 75 de la Constitution de l'an VIII fut effectivement soumis aux Chambres ; mais, il fut repoussé au nom de la séparation des pouvoirs.

La règle fut également maintenue sous le régime de la II^{ème} République, avant d'être consacrée par le décret du 18 février 1852. Ce décret confirma que l'autorisation des poursuites relevait des attributions administratives du Conseil et échappait, à ce titre, aux formes juridictionnelles. En cas de poursuite devant un tribunal judiciaire d'un agent pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions, l'administration ne pouvait pas non plus, depuis l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 élever le conflit. L'incompétence de la juridiction judiciaire n'est sanctionnée que par la nullité de ses actes. Les juridictions de l'ordre judiciaire contribuent de cette manière à la mise en œuvre du système de la garantie⁸⁵⁰.

937. À l'instar d'une partie de la doctrine (Théodore CHEVALIER, *Jurisprudence administrative*, Paris, 1836, tome deuxième, p. 203), quelques juridictions tentèrent de limiter son usage aux poursuites pénales (Cour d'appel de Pau, 14 juillet 1831, *D.* 32, 2, 166). D'une manière générale, les

⁸⁵⁰ MESTRE (J.-L.), « Les juridictions françaises et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la Recherche juridique*, 1990, p. 77 et suivantes.

juridictions judiciaires et le Conseil d'État adoptèrent une interprétation concordante du champ d'application de la garantie.

938. La sphère des agents dont les poursuites sont subordonnées à une autorisation du Conseil s'étiolent. À cet égard, les gardes champêtres (Conseil d'État, 26 octobre 1850, « Tastet ») ou les employés des mairies, des préfectures et des ministères (Conseil d'État, 22 juillet 1862, « Sutter », *recueil Lebon*, p. 1003) ne sont pas regardés comme étant des « agents du gouvernement ». En pratique, de nombreux fonctionnaires ne bénéficient pas du système de la garantie. Toutefois, l'impression fâcheuse d'immunité produite dans l'opinion publique demeure⁸⁵¹.

§ 2. La résurrection d'une nouvelle forme de garantie des fonctionnaires (1873).

939. L'un des premiers actes du gouvernement de la Défense nationale fut d'abroger l'article 75 précité. À l'instar de l'Espagne qui l'avait précédé dans sa Constitution de 1869⁸⁵², le décret du 19 septembre 1870 supprima la garantie des agents du gouvernement et toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre.

940. La mise en jugement des fonctionnaires et agents publics au XIXe siècle. Le décret du gouvernement de la Défense nationale, en date du 19 septembre 1870, abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Toutefois, ce texte juridique n'a rien changé au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel les tribunaux civils ne peuvent connaître des actes administratifs (loi des 16-24 août 1790, titre deux, article 13 ; décret du 16 fructidor an III ; Constitution de l'an VIII, article 75 ; décret du 19 septembre 1870).

941. La jurisprudence en la matière demeure constante (Cour de Cassation, 18 décembre 1879, *Recueil Sirey* 1880, première partie, jurisprudence de la Cour de Cassation, 265). Il en va de même des décisions des juridictions judiciaires du second degré (Cour d'appel de Bourges, 10 février 1879, *Recueil Sirey* 1880, deuxième partie, 171).

⁸⁵¹ SERRIGNY (Denis), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Aug. Durand, Paris, 1865, 604 p. SERRIGNY, Denis (1800-1876). Source : Bibliothèque nationale de France.

DUCROCQ (Théophile), *Cours de droit administratif*, tome premier, Ernest Thorin, Paris, 1881, 795 p. ; voir p. 138. DUCROCQ (Théophile) (1829-1913).

⁸⁵² MESTRE (J.-L.), « La connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869 », *Annuaire européen d'administration publique*, tome huitième, Paris, 1986, p. 727.

942. C'est une question fort délicate que celle de savoir quelles sont, en ce qui touche les pouvoirs de l'autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie de poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics, les conséquences que l'on doit attacher au décret du 19 septembre 1870 lequel est venu abroger l'article 75 de la Constitution l'an VIII.

Cette question de droit fut tranchée en des termes très absolus par un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 3 juin 1872, d'après lequel le décret du 19 septembre 1870 a nécessairement pour effet de rendre les tribunaux compétents pour apprécier, qualifier les actes imputés aux agents du gouvernement et qui donnent lieu à une action en réparation. Toutefois, le Tribunal des conflits n'a pas admis cette doctrine par une décision, en date du 30 juillet 1873, « Pelletier » (*Recueil Sirey* 1874, 2, 28), qu'il a depuis, consacré de nouveau et à de nombreuses reprises ; il a, à rebours, admis en principe, que le décret du 19 septembre 1870 n'a fait que supprimer la nécessité de l'autorisation préalable, et que, nonobstant ce décret, l'autorité judiciaire n'en reste pas moins incompétente pour connaître des actes administratifs. C'est cette interprétation qui paraît prévaloir⁸⁵³.

En effet, s'adossant à la loi des 16-24 août 1790 (titre II, article 13) et au décret du 16 fructidor an III, le Tribunal des conflits dans sa décision « Pelletier » (Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, « Pelletier », *recueil Lebon*, p. 117) interdit aux juges judiciaires d'apprécier les actes d'administration. Seules, les fautes personnelles des administrateurs peuvent alors engager leur responsabilité devant les tribunaux judiciaires. De surcroît, en cas de litige, la qualification des faits pour déterminer si l'on est en présence d'une faute personnelle ou d'un acte d'administration appartient au Tribunal des conflits. Cette jurisprudence provoqua l'indignation de juristes contemporains. Elle équivalait en effet à pérenniser un système de garantie analogue à celui de l'an VIII. Le professeur Théodore DUCROCQ le qualifiait de « leurre pour le public »⁸⁵⁴. En refusant aux tribunaux judiciaires le droit de vérifier la nature administrative des actes dommageables, le Tribunal des conflits accorde même aux agents du gouvernement une situation plus entièrement protégée que par le passé.

943. La responsabilité administrative est essentiellement celle de l'administration. Parallèlement, sa spécificité se concrétise par la compétence des juridictions administratives et par l'exclusion des

⁸⁵³ Voir la note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 15 décembre 1876, *recueil Sirey* 1877, 2, p. 53.

⁸⁵⁴ DUCROCQ (Théophile), *Cours de droit administratif*, tome premier, Ernest Thorin, Paris, 1881, 795 p.

Théophile DUCROCQ (1829-1913). Pays : France, langue : français, naissance : 24-08-1829, Lille, mort : 20-10-1913, Poitiers. Il a été Professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris. Autre forme : Théophile Gabriel Auguste Ducrocq (1829-1913). Source : Bibliothèque nationale de France.

<http://data.bnf.fr/12510945/theophile_ducrocq/>

règles du Code civil. Au XIXe siècle, les dommages causés par des mesures de police administrative ne font pas l'objet d'une indemnisation. À titre d'exemple, le Conseil d'État a estimé à propos du décret du 26 octobre 1854 qui vise à interdire « la distillation des céréales et de tout autre substance farineuse servant à l'alimentation »⁸⁵⁵ qu'une telle prohibition est « une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté » ; toute responsabilité étatique est donc exclue (Conseil d'État, 26 février 1857, « Cohen », *recueil Lebon*, p. 167).

On reprochait, d'une part, à la doctrine de la Chambre des requêtes de ne pas tenir compte du administratifs et judiciaires⁸⁵⁶. On a reproché, d'autre part, à celle du Tribunal des conflits, de faire revivre, sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis, la garantie consacrée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, que ce décret a eu pour but de faire entièrement disparaître (DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, tome premier, numéro 689 et suivants). Suivant l'auteur, le décret du 19 septembre 1870 ne serait même qu'un « leurre pour le public » et deviendrait encore, pour les agents du gouvernement, l'occasion d'une situation plus entièrement protégée que par le passé, si l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII ne livrait pas aux tribunaux judiciaires l'appréciation, si dangereuse qu'elle peut être, des actes des administrateurs dont se plaignent les administrés. En effet, l'appréciation du Conseil d'État étant supprimée, il n'existerait plus dans ce système aucune autorité administrative ni judiciaire compétente pour connaître des poursuites dirigées contre les agents du gouvernement pour des faits relatifs à leurs fonctions. Des deux côtés, la critique paraît être excessive.

En effet, il n'est pas exact de dire que la doctrine de la Chambre des requêtes supprime le principe de la séparation des pouvoirs, et c'est ce qu'ont parfaitement démontré les conclusions de M. l'avocat général Reverchon, conformes à l'arrêt de la Chambre (*Recueil* 1872, première partie, 186). Cette doctrine ne consiste pas, en effet, à affirmer que le décret de 1870 permet à l'autorité judiciaire de faire obstacle aux actes administratifs. L'autorité judiciaire a seulement le droit d'apprécier ces actes au point de vue de leurs conséquences dommageables.

⁸⁵⁵ Voir supra, Première partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard des libertés individuelles, Titre Ier, Chapitre premier, Section deuxième. Les contrôles économiques opérés par la force publique : garantir les ressources fiscales de l'État et préserver la santé humaine, II. Le contrôle économique des douanes et le contrôle économique de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

⁸⁵⁶ Voir AUCOC (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, tome premier, Dunod, Paris, 1869, 681 p. ; numéro 426. Léon AUCOC (1828-1910). Pays : France, langue : français, naissance : 10-09-1828, Paris (France), mort : 16-12-1910, Paris (France). Il fut juriconsulte et administrateur, auditeur au Conseil d'État (à partir de 1852), président du conseil d'administration de l'École des sciences politiques, chargé des cours de droit administratif à l'École des Ponts-et-Chaussées, et membre de l'Institut. Ses prénoms complets sont Jean, Léon. Source : Bibliothèque nationale de France, <http://data.bnf.fr/11889462/leon_aucoc/>

Mais pour être moindre, cependant, ce pouvoir d'appréciation n'en est pas moins également contraire aux principes de la séparation des deux autorités. Or, sans doute, le décret en date du 19 septembre 1870 a eu pour effet de supprimer la fin de non-recevoir qui résultait du défaut d'autorisation, avec toutes ses conséquences légales, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leurs compétences.

Mais rien, dans son texte, ne permet de soutenir qu'il a eu également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par ce décret de connaître des actes administratifs. Telle est la doctrine du Tribunal des conflits et c'est à tort qu'on lui a reproché de faire disparaître tous les effets du décret de 1870 et de donner même aux citoyens moins de garanties qu'ils n'en avaient avant l'abrogation de l'article 75 de la Constitution l'an VIII.

944. Il existe une grande différence entre l'appréciation par la voie contentieuse de la légalité ou du sens d'un acte administratif et une autorisation qui pouvait être accordée ou refusée en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Aussi bien, la doctrine du Tribunal des conflits ne doit pas être entendue en ce sens qu'aucun fait des agents de l'administration ne peut être discuté devant l'autorité judiciaire, sans que la légalité en ait été appréciée par l'administration supérieure ou par la juridiction administrative.

Comme l'a fait remarquer le Professeur Aucoc, il convient de ne pas confondre les actes administratifs proprement dits ou plutôt les actes de l'autorité administrative avec les faits personnels des agents de l'administration. C'est bien seulement à l'égard des actes administratifs proprement dits que le Tribunal des conflits a décidé et décide encore que l'abrogation de l'article 75 de la Constitution l'an VIII n'a pas fait disparaître la compétence de l'autorité judiciaire pour apprécier la légalité de ces actes.

945. On peut toutefois s'interroger sur la question de savoir comment distinguer l'acte administratif du fait personnel de l'agent mis en cause. Si le fait à raison duquel le fonctionnaire est poursuivi, constitue un crime, un délit ou une contravention, ce fait, à raison même de sa nature, ne peut avoir le caractère d'un acte administratif, et l'autorité judiciaire peut en connaître⁸⁵⁷.

Lorsqu'il s'agit d'actions dirigées exclusivement contre des agents de l'administration et qui tendent à la réparation de dommages causés par des actes de négligence, d'imprudence ou des voies

⁸⁵⁷ Voir article reproduit en note sous l'arrêt de la Cour de Cassation, 15 décembre 1874, *Recueil Sirey* 1875, première partie, 201 ; note sous l'arrêt de la Cour de Cassation, 3 août 1874, *Recueil Sirey* 1876, première partie, 193 et arrêt de la Cour de Cassation du 8 février 1876, *Recueil Sirey*, première partie, 193.

de fait, les tribunaux de l'ordre judiciaire demeurent seuls compétents pour prononcer sur ses affaires (Tribunal des conflits, 31 juillet 1875, « Mancel », *Recueil Sirey* 1875, deuxième partie, 312). Il convient également de préciser avec cet arrêt ci-dessus que l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur l'action en dommages-intérêts laquelle est fondée sur un fait personnel distinct de l'acte administratif qui n'en a été que l'occasion.

946. Cependant, la jurisprudence connut quelques assouplissements au cours des années 1860-70. Ainsi, le Conseil d'État procéda à l'examen au fond de la demande d'indemnisation des dommages causés à un citoyen par un gendarme qui l'avait, à tort, pris pour un contrebandier (Conseil d'État, 6 avril 1870, « Mallet », *recueil Lebon*, p. 404). Au début de la IIIe République, cette évolution qui peut être qualifiée de libérale connaît un recul sensible en raison de l'application stricte de la doctrine formulée par Laferrière. Les règles relatives à la responsabilité administrative sont, à cet égard, décrites à travers le prisme de la célèbre position entre la notion d'activité de gestion et la notion d'activité de puissance publique. Ainsi, lorsqu'un acte de gestion est accompli dans l'intérêt du service public, la responsabilité de l'État peut alors être engagée en cas de litige.

Ce sera le cas des accidents provoqués par de fausses manoeuvres d'officiers de port maritime ou par la négligence d'agents ayant laissé subsister des épaves dans les bassins (Conseil d'État, 6 mai 1881 « Tysack », *recueil Lebon*, p. 469). Les exercices militaires qui blessent les personnes (Conseil d'État, 25 février 1881, « Desvoyes », *recueil Lebon*, p. 231) ou les exercices militaires qui endommagent les biens (Conseil d'État, 31 mars 1882, « Devaux », *recueil Lebon*, p. 310) ouvrent également droit à indemnités⁸⁵⁸.

947. En revanche, dès lors que les actes manifestant la souveraineté sont concernés, l'irresponsabilité de la puissance publique est de règle. Laferrière écrivit « [l]a responsabilité [de l'État] est d'autant plus restreinte que [sa] fonction est plus élevée [...]. L'État est exempt de toute responsabilité pécuniaire quand sa fonction confine à la souveraineté »⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ En matière de responsabilité de l'État à raison des tirs d'un militaire, le Conseil d'État a attribué à la juridiction administrative les litiges portant sur la demande en dommages-intérêts formés contre l'État par un particulier atteint d'une balle partie d'un détachement militaire qui s'exerçait au tir sur l'ordre et sous la direction de ses chefs (Conseil d'État, 25 février 1881, « Desvoyes », *recueil Sirey* 82. 3. 47 ; Conseil d'État, 11 mai 1883, « Duvart », *D.* 85. 3. 3).

⁸⁵⁹ LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome premier, Berger-Levrault et Cie, Paris, deuxième édition, 1896, 709 p. ; voir, Livre V intitulé « Contentieux de pleine juridiction », Chapitre II « Actions en responsabilité pour dommages et pour fautes », II « Actions en responsabilité pour fautes. », p. 184. Édouard LAFERRIÈRE (1841-1901).

Le principe de l'irresponsabilité du fait de la loi est fermement proclamée (Conseil d'État, 5 février 1875, « Moroge », *recueil Lebon*, p. 89). Les dommages causés par les décisions de police ou par le comportement imprudent des agents de la force publique ne sont pas susceptibles d'indemnisation⁸⁶⁰. Le Conseil d'État, dans son arrêt « Lepreux » (Conseil d'État, 13 janvier 1899, « Lepreux », *recueil Lebon*, p. 18), perpétue la formule de l'irresponsabilité de l'État à raison des actes de puissance publique : « Il est de principe, que l'État n'est pas, en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents. »

948. Ce fut pour cette même raison, que l'État ne pouvait engager sa responsabilité dans ses relations avec ses fonctionnaires. Dans le domaine disciplinaire, le principe d'irresponsabilité était rigoureusement appliqué. Aussi, les erreurs ou fautes commises par le supérieur hiérarchique à l'égard de son subordonné en matière disciplinaire ne donnaient lieu à aucune action en indemnité dirigée contre l'État. Le fonctionnaire victime d'une sanction irrégulière pouvait, certes, obtenir par la voie de l'excès de pouvoir l'annulation de la sanction et, le cas échéant, un rappel de solde ou la réintégration dans son droit à pension, mais il ne pouvait réclamer aucune réparation à l'État (conseil d'État 15 décembre 1899 « Adda », *recueil Lebon*, p. 731).

949. La responsabilité du fait de la puissance publique se développe ainsi hors du giron de la juridiction administrative. D'ailleurs, au cours des années du 1880, les juridictions civiles n'hésitèrent pas à condamner une commune à indemniser un particulier lequel fut blessé par les coups de feu tirés par un agent municipal dans la foule ; et, également, à engager la responsabilité de la ville pour ses carences dans le domaine du maintien de l'ordre⁸⁶¹.

950. Maurice HAURIOU invita le Conseil d'État en 1896 à « se pénétrer de cette idée que si sa compétence s'étend sur certaines affaires, c'est pour qu'il les juge [...]. Il ne faut pas qu'on puisse dire qu'étendre la compétence du Conseil d'État à des affaires nouvelles enlevées à l'autorité judiciaire, c'est, en fait, supprimer toute espèce de justice quant au fond »⁸⁶². Le Conseil d'État devança la Cour de Cassation dans la reconnaissance d'une responsabilité sans faute fondée sur le risque⁸⁶³ dans son célèbre arrêt « Cames » en date du 21 juin 1895 (*recueil Lebon*, p. 509). Suivant les conclusions de

⁸⁶⁰ Conseil d'État, 12 décembre 1881, « Puech », *recueil Lebon*, p. 894 ; et Conseil d'État, 13 janvier 1893, « Cazeaux », *recueil Lebon*, p. 4.

⁸⁶¹ TEISSIER (Georges), *La responsabilité de la puissance publique*, Paul Dupont, Paris, 1906, 301 p. TEISSIER, Georges (1862-1935). Source : Bibliothèque nationale de France.

⁸⁶² Voir la note de Maurice HAURIOU sous la décision du Tribunal des conflits du 4 juillet 1896 « Bergeon », *S.* 1897, 3, 137.

⁸⁶³ HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Collection « Quadrige », Paris, 2ème édition, 2012, 416 p.

son commissaire du gouvernement ROMIEU, la juridiction accorda l'indemnisation d'un ouvrier de l'arsenal de Tarbes qui fut blessé par un éclat de métal, au nom de l'obligation de l'État de garantir ces ouvriers contre les risques résultant des travaux qui leur fait exécuter dans le cadre du service public. Le coup d'éclat de l'arrêt « Cames » marqua le début d'une rénovation profonde du régime jurisprudentiel de la responsabilité administrative.

951. La protection des victimes de l'administration connut, dès lors, des progrès particulièrement substantiels. On assista à l'avènement d'une responsabilité du service. Fut abandonné l'irresponsabilité de la puissance publique. Gaston JÈZE écrivait en 1905 : « Il fut un temps où les actions en indemnité se heurtaient et se brisaient, devant le Conseil d'État, contre des théories affirmant en principe l'irresponsabilité des patrimoines administratifs pour la plupart les actes ou agissements des agents [...]. Mais, peu à peu, l'idée a prévalu au Conseil d'État qu'une irresponsabilité aussi absolue violait l'équité »⁸⁶⁴.

952. La concurrence avec le juge judiciaire exacerba alors ce mouvement. Alors que la Cour de Cassation fut taxée d'immobilisme, le Conseil d'État affirma sa vocation à protéger les droits individuels. L'irresponsabilité des patrimoines publics en raison des mesures de police céda du terrain à partir de 1902⁸⁶⁵.

953. Responsabilité des services de police. Relevant la difficulté de faire le départ, en la matière, entre la puissance publique et la gestion, le Conseil d'État finit par consacrer, d'une manière générale, la responsabilité de l'État du fait des accidents résultant d'une faute du service public de police⁸⁶⁶. La folie d'un taureau va déterminer le Conseil d'État à abandonner son ancienne jurisprudence, laquelle refusait toute responsabilité de l'État à raison du fonctionnement défectueux de ses services de police. Dorénavant, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Jean ROMIEU, il n'existera plus d'irresponsabilité des services de police lorsque ceux-ci auront commis une faute lourde. La jurisprudence ultérieure affina et étendra cette solution.

L'abandon du principe traditionnel d'irresponsabilité des collectivités publiques dans leurs rapports avec les fonctionnaires manifeste particulièrement l'entrée de la puissance publique dans

⁸⁶⁴ *Revue du droit public* 1905, Tome 22e, p. 563 et suivantes.

⁸⁶⁵ Conseil d'État, 17 janvier 1902, « Saffrey », p. 29 ; Conseil d'État, 31 janvier 1902, « Grossan », p. 56.

⁸⁶⁶ Conseil d'État, 10 février 1905, « TOMASO GRECCO », *recueil Lebon*, conclusions du commissaire du gouvernement ROMIEU, p. 139 ; Conseil d'État, 2 juin 1905, « Blanchard », *recueil Lebon*, p. 496.

l'ère de la responsabilité. Ainsi, les mesures disciplinaires irrégulières ouvrent désormais droit à réparation (Conseil d'État, 29 mai 1903, « Le BERRE », *recueil Lebon*, p. 414)⁸⁶⁷.

954. Parallèlement, la garantie des fonctionnaires prend une nouvelle extension au XXe siècle. Ce mouvement jurisprudentiel est, dans une large mesure, guidé par le souci d'assurer aux victimes une meilleure protection en ce sens que leur indemnisation sera mieux assurée par des personnes publiques, lesquelles sont toujours solvables, que par les agents. On peut également y voir le souci de la part de l'administration de protéger ses fonctionnaires.

955. Aussi, la théorie prétorienne du cumul des responsabilités en constitue la pierre angulaire. Le Conseil d'État admet d'abord que la victime puisse, en présence d'une double faute, à la fois une faute personnelle et également une faute de service, engager aussi bien la responsabilité du patrimoine public que la responsabilité de l'agent (Conseil d'État, 3 février 1911, « Anguet », *recueil Lebon*, p. 146). La décision du Conseil d'État en date du 3 février 1911 est importante en ce sens qu'elle opère la distinction entre la faute personnelle de la faute de service ; et, elle établit le régime juridique de leur cumul.

956. Par faute de service, le juge administratif entend soit la faute commise pendant le temps du service, soit la faute commise en dehors du service mais non dépourvue de tout lien avec celui-ci. Quelques années plus tard, il accorda la qualification de faute de service à une faute personnelle commise dans le cadre du service (Conseil d'État, 26 juillet 1918, « époux Lemmonier », *recueil Lebon*, p. 761). Cette jurisprudence autorise à identifier une faute engageant la responsabilité de l'administration même en cas de faute lourde (Conseil d'État, 20 janvier 1911, « Delpech », *Revue du droit public* 1911, p. 281), de voie de fait (Tribunal des conflits, 4 juillet 1934 « Curé de réalmont », *recueil Lebon*, p. 595), voire de faute pénale incombant aux fonctionnaires (Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, « Thépaz », *recueil Lebon*, p. 224).

957. Dans le cadre de la faute commise pendant le temps du service, la règle ne souffre que peu d'exceptions. Même personnelle, la faute sera en quelque sorte recouverte par la faute de service qu'elle présuppose nécessairement. Ainsi, la faute qui était commise par un gardien du Muséum

⁸⁶⁷ Il en va de même s'agissant des révocations de fonctionnaires à la suite d'une réorganisation régulière des services (Conseil d'État, 11 décembre 1903, « Villenave », *recueil Lebon*, p. 767). Les fréquentes transgressions par les communes des règlements statutaires au cours des années 1930 conduisent cependant le Conseil d'État à modifier les modalités d'indemnisation des fonctionnaires dont la révocation est annulée pour excès de pouvoir. Pour ne pas obérer trop lourdement les budgets locaux, il substitue au droit au rappel intégral du traitement et des indemnités accessoires l'indemnisation du seul préjudice effectivement subi (Conseil d'État, 7 avril 1933, « Deberles », *recueil Lebon*, p. 439).

d'histoire naturelle qui laisse échapper des chimpanzés dont l'un mord un passant (Conseil d'État, 11 mars 1938, « Corbière »).

958. Dans le second cas, à savoir celui où la faute commise en dehors du service n'est pas dépourvue de tout lien avec celui-ci, le lien instrumental se révèle par le fait que le service a été l'occasion ou le moyen de la commission du dommage. À titre d'exemple, on peut citer l'accident causé par un militaire au volant d'un véhicule de l'armée alors que le conducteur s'est détourné de son trajet normal : Conseil d'État, 18 novembre 1949, « Defaux, Besthelsmer et Demoiselle Mimeur ». (Trois arrêts).

959. Le champ d'application de la théorie du cumul des responsabilités était encore étendu après la Seconde Guerre mondiale. La faute personnelle est soit la faute commise complètement en dehors du service et sans aucun lien ou rapport avec celui-ci. Elle peut également être, mais plus rarement, une faute d'une particulière gravité commise pendant le service ou à propos de l'accomplissement de celui-ci. Ainsi, en va-t-il d'un gardien de prison qui organise des vols avec les détenus : Conseil d'État, 11 mai 1953, « Oumar Samba Niang Harane ». À titre d'exemple, il en va de même en ce qui concerne un officier de police ivre qui tire sur les personnes tentant de le ramener à la raison : Conseil d'État, 1er octobre 1954, « Bernard ».

960. Une faute personnelle commise en dehors même du service peut engager la responsabilité de l'État dès lors qu'elle n'est pas « dépourvue de tout lien avec le service » ; tel est le cas du militaire qui cause un accident alors qu'il utilise son véhicule militaire pour rendre visite à sa famille (Conseil d'État, 18 novembre 1949, « demoiselle Mimeur et autres », *recueil Lebon*, p. 492). Parallèlement, si le Conseil d'État a le souci d'éviter que la théorie du cumul ne conduisait à une double indemnisation, il bâtit un système qui met presque entièrement à l'abri l'agent ayant commis une faute personnelle « non détachable du service » (Conseil d'État, 18 juin 1926 « Compagnie d'assurances l'abeille », *Revue du droit public* 1926, p. 434). Lorsqu'elle a indemnisé les actes dommageables d'un agent public, l'administration n'est en effet que subrogée dans les droits de la victime. Cette technique de la subrogation ne lui permet ainsi de récupérer les fonds versés que si la victime exerce effectivement et avec succès son action contre l'agent. Cette large irresponsabilité de fait des fonctionnaires suscite la critique au sein de la doctrine⁸⁶⁸.

961. La jurisprudence la prend en compte en 1951. Elle admet alors que l'administration forme une action récursoire contre son agent (Conseil d'État, 28 juillet 1951, « Laruelle et Delville », *recueil*

⁸⁶⁸ WALINE (Marcel), « De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leur faute personnelle et des moyens y remédier », in *Revue du droit public* 1948, p. 1 et suiv.

Lebon, p. 464). Toutefois, sa mise en œuvre relève d'une question d'opportunité laissée à la discrétion de l'administration. Son caractère apparemment exceptionnel peut laisser penser qu' « incontestablement, une logique d'immunité se perpétue à l'égard des agents publics »⁸⁶⁹.

962. Le Conseil d'État multiplia les régimes jurisprudentiels de responsabilité sans faute. Après la Seconde Guerre mondiale, les hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'administration est engagée du seul fait du risque généré par son activité se multiplient. Les collaborateurs bénévoles des services publics sont indemnisés des dommages subis en dehors de toute considération pour la faute commise par le service (Conseil d'État, 22 novembre 1946 « Commune de Saint-Priest-la-Plaine », *recueil Lebon*, p. 279). Il en va de même à l'égard des victimes d'opérations de police au cours desquelles a été fait usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels (Conseil d'État, 21 juin 1949, « Consorts Lecomte », *recueil Lebon*, p. 307).

963. L'exigence de la faute lourde s'étiole au fil des années. Une fois reconnue, la responsabilité de la puissance publique pour ses actes de police administrative, cette responsabilité repose sur un système dual. En premier lieu, ce système fut fondé sur la distinction entre les préjudices causés par les opérations matérielles qui sont soumises au régime de la faute lourde ; et, ceux résultant d'actes juridiques pour lesquels suffit une faute simple⁸⁷⁰. À compter de la décennie 1970, ce système est fondé sur la difficulté de l'activité ayant causé le préjudice (Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1972, « Ville de Paris contre Marabout », *recueil Lebon*, p. 664).

Section II. La responsabilité de la puissance publique en raison de l'utilisation des armes à feu par la force publique.

964. La consécration constitutionnelle de la responsabilité de l'État. Les déclarations des droits de l'homme et du citoyen sont consacrées dans leur majeure partie à la reconnaissance des droits individuels déclarés comme étant « supérieurs et antérieurs aux lois positives ». Celles-ci contiennent également d'autres principes qui se rapportent aux droits politiques à savoir la souveraineté nationale et les conséquences qui en résultent s'agissant de la formation de la loi, de la

⁸⁶⁹ BORDIER (D.), « La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques », in *AJDA* 2008, p. 2319 et suivantes.

⁸⁷⁰ Conseil d'État, Section, 10 décembre 1937, « Deniau », *recueil*, p. 1022 ; Conseil d'État, Assemblée du contentieux, 13 février 1942, « Ville de Dôle », *recueil Lebon*, p. 48.

séparation des pouvoirs, de la responsabilité des fonctionnaires publics, ces principes étant affirmés en France dans les déclarations de 1789, 1793 et 1795.

L'article 6 de la Constitution de la **République et Canton de Neuchâtel** (Cst. NE), du 24 septembre 2000⁸⁷¹ énonce en son premier alinéa que l'État et les communes répondent des dommages que leurs agents, dans l'exercice de leurs fonctions, causent sans droit à des tiers. La loi fixe les conditions auxquelles l'État et les communes répondent des dommages que leurs agents causent de manière licite. (Second alinéa).

965. Sur le **continent américain**, au **Mexique**, la Constitution politique de l'État libre et souverain de l'**État de Basse Californie**⁸⁷² prévoit dans ses dispositions les responsabilités qu'encourent les fonctionnaires publics. (Constitution politique de l'État libre et souverain de l'État de Basse Californie, Titre huitième, Chapitre unique intitulé « Des responsabilités des fonctionnaires publics »). L'article 91 de la présente Constitution prescrit une définition des fonctionnaires publics. Sont des fonctionnaires publics, les représentants à l'élection populaire, les membres du pouvoir judiciaire, les fonctionnaires et employés ; et, en général, toute personne qui occupe un emploi, une charge une commission de quelque nature qu'elles soient au sein de l'administration publique étatique ou municipale, et qui seront à ce titre responsables pour les actes ou omissions qu'ils ont commis dans l'exercice de leurs fonctions respectives. La formulation de l'article 91 de la Constitution étudiée reprend mot pour mot la même formulation que celle prévalant dans d'autres Constitution des États fédérés qui constituent la fédération des États-Unis mexicains.

L'État de GUANAJUATO est régi par la Constitution politique du 18 octobre 1917⁸⁷³. La responsabilité des fonctionnaires publics est expressément consacrée par le titre neuf de la Constitution de l'État de Guanajuato. L'article 122 de la Constitution précitée apporte la définition des fonctionnaires publics. De cette manière, sont des fonctionnaires publics : les membres du pouvoir judiciaire, les fonctionnaires et employés de l'État et des villes et, en général, toute personne

⁸⁷¹ *Recueil systématique de la législation neuchâteloise*, RSN 2012/5. La Constitution fut adoptée par le Grand Conseil le 25 avril 2000 et par le peuple les 23 et 24 septembre 2000; garantie fédérale accordée les 17 et 20 septembre 2001. Selon décret du Grand Conseil, du 19 juin 2001 (FO 2001 No 47), l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2002. En conséquence, la nouvelle constitution en son titre VIII prescrit en son article 105 l'abrogation de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 21 novembre 1858. Source : site institutionnel de la République et Canton de Neuchâtel; <<http://rsn.ne.ch>>

⁸⁷² L'État de Basse Californie est régi par la Constitution politique de l'État libre et souverain de Basse Californie (la Constitution politique de l'État libre et souverain de Basse Californie fut publiée au *Journal officiel de l'État de Basse Californie [Periódico Oficial]* numéro 23, du 16 août 1953, tome LXVI).

⁸⁷³ Constitution publiée au *Journal officiel du gouvernement de l'État de Guanajuato* du 18 octobre 1917.

qui accomplit une charge ou qui occupent un emploi au sein de l'administration publique, administration étatique ou municipale de même qu'au sein d'organismes que la Constitution et la loi prévoit. Ces fonctionnaires publics seront responsables pour les actes ou pour les omissions qu'ils exercent dans leurs fonctions respectives. Les fonctionnaires publics ont, en tout temps, l'obligation d'agir avec impartialité. Les fonctionnaires publics sont responsables des infractions qu'ils commettent et des fautes administratives selon les termes de la loi. (Article 123 alinéa premier de la Constitution susvisée).

L'État et les municipalités sont responsables de manière directe et objective des dommages occasionnés aux particuliers dans leurs biens ou dans leurs droits par l'activité administrative irrégulière. Ces particuliers ont droit à recevoir une indemnisation déterminée conformément aux fondements juridiques et selon les procédures établies par les lois (article 123 alinéa deuxième de la Constitution susvisée, paragraphe ajouté par la révision constitutionnelle du 23 décembre 2003).

L'arme à feu employée par la force publique présente des risques d'atteinte au droit à la vie de tout être humain. Aussi, son utilisation doit respecter des règles strictes ; faute de suivre les normes de comportement qui respecte la proportionnalité dans le recours à la force, la puissance publique pourra voir sa responsabilité engagée. Cette responsabilité se situe sur le terrain pénal et sur le terrain administratif ; la dualité de contrôle juridictionnel bénéficiant aux droits des victimes de l'opération de police (I). D'un point de vue de l'usage des armes à feu, il conviendra d'étudier l'encadrement juridique de l'emploi des armes à feu par l'État, lequel est maître des règles juridiques en la matière (II).

I. Le contrôle juridictionnel du recours aux armes à feu : une dualité de contrôle au service des droits des victimes de l'opération de police.

966. La force publique ne doit pas être inerte afin d'accomplir les missions essentielles qu'elle assume pour la société humaine. Le recours à la force potentiel permet de générer l'obéissance des membres de la Communauté aux lois. Face à des membres de la société qui font montre d'un esprit criminel, autrement dit afin de rechercher les auteurs de crimes, la force publique doit être en mesure d'appréhender ces violeurs de contrat social. Aussi, la force publique est une force publique armée ; l'arme de dotation sert à protéger le membre de la force publique et celle-ci permet l'accomplissement des missions que la société assigne à sa force publique.

Le recours aux armes à feu est strictement encadré en raison de leur potentiel caractère éminemment attentatoire au droit à la vie. Cet encadrement consiste en un contrôle *a posteriori* par le juge : la puissance publique pourra voir sa responsabilité administrative engagée pour risque (§ 2). De plus, la responsabilité de la puissance publique se situe sur le terrain pénal (§ 1).

§ 1. La consistance de la responsabilité de la puissance publique en raison des armes à feu : une responsabilité pénale.

967. En matière d'usage des armes à feu, les fonctionnaires de la police nationale et de la police municipale (pour ceux qui sont armés), les militaires de la gendarmerie nationale, les fonctionnaires des douanes sont soumis à un régime de responsabilité pour faute. De plus, il convient de mentionner que la responsabilité pour faute s'exerce sur le terrain de la faute lourde, à laquelle la juridiction administrative mit fin.

Il convient ici de relever que les membres de la force publique agissent dans le cadre d'opérations de police judiciaire. Aussi, relativement aux dommages qui résultent du fonctionnement du service de la justice judiciaire, il y aura lieu de prendre en considération l'évolution jurisprudentielle, la loi à savoir la loi datée du 5 juillet 1972 en son article 11 ainsi que d'autres dispositions législatives qui limitent la portée de cette loi.

968. Pour ce qui concerne l'évolution prétorienne, il convient de préciser qu'à l'origine, les tribunaux judiciaires estimèrent que la responsabilité de l'État ne pouvait être admise en matière de justice que si une loi en avait institué la possibilité. Cette possibilité ainsi conditionnée était ouverte que dans deux cas bien délimités. En premier lieu, il s'agit du cas institué par la loi de 1895, à savoir celui où il existe une erreur judiciaire, en matière criminelle ou correctionnelle, l'erreur devant ressortir d'un arrêt de révision qui reconnaît l'innocence du condamné et arrêt rendu conformément aux dispositions des articles 122 et suivants du Code de procédure pénale modifiés par les lois du 23 juin 1989, du 23 juin 1999 en son article 25 et du 30 décembre 2000. Le second cas réside dans celui de la prise à partie d'un magistrat coupable de dol, concussion et déni de justice, ou coupable de faute lourde professionnelle sur le fondement du Code de procédure civile de 1806 sans son article 505. Hors ces deux cas bien précis, les juridictions judiciaires opposaient aux demandeurs le principe de l'irresponsabilité de l'État du fait de la justice fondée sur la conception du XIXe siècle qui associe la puissance publique et l'irresponsabilité.

969. L'affaire du Docteur Giry donna au Tribunal de la Seine (28 novembre 1952) ainsi qu'à la Cour de Cassation (Cour de Cassation, deuxième chambre civile, 23 novembre 1956) l'occasion de poser le principe qu'en dehors des cas déterminés par la loi, il appartient aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur la responsabilité encourue par l'État en faisant application des règles de la

responsabilité de la puissance publique. Dans l'affaire du Docteur Giry, il s'agissait d'un médecin qui avait été blessé, celui-ci ayant apporté son concours à une opération de police judiciaire. L'application de ces règles était de nature à le faire bénéficier de la responsabilité sans faute instituée par la jurisprudence administrative au profit des collaborateurs occasionnels des services publics. Réaffirmant sa jurisprudence, la Cour de Cassation a eu matière à imposer ou rappeler, « vu les principes régissant la responsabilité de la puissance publique », l'obligation pour les juges judiciaires de statuer sur le fondement de ses principes instituant la responsabilité sans faute des personnes publiques en cas soit de dommages causés par l'emploi d'armes ou d'engins dangereux, soit comme dans l'affaire Giry de dommages subis par les collaborateurs occasionnels des services publics.

970. Pour ce qui concerne l'usage d'une arme à feu, qui a provoqué le décès d'une personne au cours d'une opération policière⁸⁷⁴, la Cour de cassation se prononça sur la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice, en l'espèce d'une opération de police judiciaire suite au dommage subi par un tiers. Il résulte de la combinaison de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, des principes régissant la responsabilité de la puissance publique, et, notamment, du principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques, que si la responsabilité de l'État à raison des dommages survenus à l'occasion de l'exécution d'une opération de police judiciaire n'est engagée qu'en cas de faute lourde des agents de la force publique, cette responsabilité se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, lorsque la victime n'était pas concernée par l'opération de police judiciaire et que cette opération, du fait de l'usage d'armes par le personnel de la police ou par la personne recherchée, comporte des risques et provoque des dommages excédant par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire.

Dès lors, en l'état d'une opération de police judiciaire engagée contre un individu suspecté d'avoir commis une infraction à la loi pénale, et cet individu ayant fait usage de l'arme à feu dont il était porteur, tuant une personne et en blessant une autre, qui étaient étrangères à l'opération, encourt la cassation l'arrêt qui déboute les victimes de leur action dirigée contre l'État au seul motif que les forces de police n'avaient pas commis de faute lourde.

En l'espèce, le 20 mai 1974, vers dix-sept heures trente, M. X..., exploitant d'un café, a remarqué qu'un homme faisant partie d'un groupe de quatre consommateurs, était porteur d'une

⁸⁷⁴ S'agissant de l'usage d'armes à feu, voir en ce sens Cour de Cassation, première chambre civile, 10 juin 1986, « Consort Pourcel », *JCP* 1986, numéro 20 683, *Revue française de droit administratif* 1987, page 92 et suivantes, note J. Buisson. Cour de cassation, chambre civile 1, 10 juin 1986, N° de pourvoi: 84-15740 ; publié au *Bulletin* 1986 I N° 160 p. 161 ; Cassation ; M. Joubrel, président ; M. Sargos, conseiller rapporteur ; M. Charbonnier, avocat général.

arme à feu. M. X... qui avait également reconnu parmi ces quatre personnes certaines de celles qui, quelques semaines avant, avaient provoqué du désordre dans son café, a averti un brigadier de police se trouvant au même moment dans le débit de boissons, lequel a prévenu le commissariat de police local. Un inspecteur, M. Y..., accompagné d'agents de police, s'est rendu dans le café où il a procédé sans incident à l'interpellation et à la fouille à corps de trois des consommateurs suspects, mais le quatrième a fait usage de l'arme à feu dont il était porteur, tuant M. Jean-Pierre Z... et blessant son père, M. Jean Z..., qui se trouvaient dans le café.

Les conjoints Z... ont engagé une action en réparation de leur préjudice contre l'État devant le Tribunal de grande instance, mais l'arrêt confirmatif attaqué les a déboutés au motif qu'aucune faute lourde n'avait été commise par les policiers. Les conjoints Z... reprochent à la Cour d'appel d'avoir ainsi statué alors qu'en égard à l'absence de précautions prises pour l'interpellation d'un malfaiteur connu et armé, notamment en ce qui concerne les autres consommateurs tiers à l'opération de police, cette absence de précautions serait constitutive d'une faute lourde, de sorte que l'arrêt serait dépourvu de base légale.

Mais, la Cour d'appel, qui n'a pas dit que l'auteur des coups de feu était un malfaiteur connu, a relevé que les renseignements fournis à la police, même s'ils faisaient état de l'existence probable d'une arme, n'étaient pas de nature à faire suspecter la dangerosité particulière des hommes qui devaient être interpellés, lesquels ne faisaient l'objet d'aucun ordre de recherche et avaient un comportement apparemment normal, l'incident antérieur signalé par le patron du café n'ayant pas présenté une gravité suffisante pour faire présumer que l'un des quatre suspects était un dangereux bandit.

La juridiction du second degré a encore ajouté qu'en l'absence d'élément apparent de dangerosité, le défaut d'évacuation du café n'était pas une imprudence grave, mais s'expliquait par le désir de ne pas attirer l'attention et que rien ne permettait d'envisager raisonnablement la réaction du meurtrier. De ces éléments, la Cour d'appel a pu déduire que les agents de la force publique n'avaient pas commis de faute lourde.

Mais, vu l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, et les principes régissant la responsabilité de la puissance publique et, notamment, le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques, il résulte de la combinaison du texte et des principes précités que si la responsabilité de l'État à raison des dommages survenus à l'occasion de l'exécution d'une opération de police judiciaire n'est engagée qu'en cas de faute lourde des agents de la force publique, cette responsabilité se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, lorsque la victime n'était pas concernée par l'opération de police judiciaire et que cette opération, du fait de l'usage d'armes par le personnel de la police ou par la personne recherchée comporte des risques et provoque des dommages excédant par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les

particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire.

En l'espèce, les victimes étaient étrangères à l'opération de police judiciaire engagée contre une personne suspectée d'avoir commis une infraction à la loi pénale et leur dommage résultait de l'usage d'une arme au cours de cette opération. La Cour d'appel, en statuant sur le fondement de la faute lourde, a violé le texte et les principes susvisés.

971. C'est surtout en matière de dommages imputables à la police judiciaire que les tribunaux ont l'occasion de statuer sur le fondement des principes institués par la jurisprudence administrative. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Lyon, le 20 novembre 1961, statua sur une blessure mortelle causée par les coups de feu tirés par un inspecteur de police⁸⁷⁵. Et, la Cour de Cassation, (deuxième chambre civile), le 24 novembre 1965 se prononça sur le décès d'un individu mortellement blessé par les gendarmes alors qu'il s'enfuyait en dépit des sommations⁸⁷⁶.

972. La responsabilité de l'État du fait de la justice judiciaire : l'apport de la loi du 5 juillet 1972.

C'est alors que cette importante évolution prétorienne se réalisait que les pouvoirs publics se sont préoccupés d'organiser la responsabilité de l'État du fait de la justice judiciaire. C'est ainsi que fut voté l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 relative à la réforme de la procédure civile. Cet article repris dans le Code de l'organisation judiciaire en son article L. 781-1 comprend deux énonciations importantes. En premier lieu, « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ». En deuxième lieu, et précisant cette formule générale, sa responsabilité « n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». La loi paraît donc ici entrer en conflit avec la jurisprudence « Docteur Giry », qui ouvre des possibilités non négligeables que les victimes du service de la justice bénéficient des régimes de responsabilité sans faute au profit des collaborateurs occasionnels du service public, en cas d'usage par la police d'armes ou d'engins dangereux, ou de responsabilité pour faute simple.

973. Tout d'abord, de façon à ce que les victimes ne soient pas entièrement privées du bénéfice des régimes de droit public de responsabilité sans faute ou pour faute simple, il convient de considérer que le service de la justice mentionnée par la loi se définit comme étant celui dont l'exécution se traduit par l'activité des tribunaux et, ainsi que par les actes qui n'en sont pas

⁸⁷⁵ Voir le jugement du Tribunal de grande instance de Lyon, 20 novembre 1961, « Baud », *JCP* 1962, numéro 12560, deuxième espèce, confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 28 novembre 1962, *Gazette du palais*, 1963, deuxième partie. 195.

⁸⁷⁶ Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, deuxième chambre civile, 24 novembre 1965, « Polès », *Dalloz* 1966, sommaire, page 61 et *Gazette du palais* 1966. Première partie. 195.

détachables. C'est dire notamment que celle de la police judiciaire n'est en général au moins comprise dans cette activité comme le manifeste bien la jurisprudence mentionnée précédemment. S'agissant du champ d'application de l'article L. 781-1, celui-ci s'étend au cas où la faute alléguée a été commise par des « agents investis sous le contrôle et l'autorité d'un magistrat du siège ou du parquet, de pouvoirs de police judiciaire à l'effet de constater et réprimer les infractions à la loi ». En l'occurrence, était invoqué le comportement préjudiciable à une personne mise en cause dans l'enquête d'agents de la Répression des Fraudes investis de pouvoirs de police judiciaire. (Cour de Cassation, première chambre civile, 9 mars 1999, « Malaurie », *Dalloz* 2000, page 398).

§ 2. Une responsabilité administrative pour risque.

974. Dans le domaine de l'utilisation d'armes à feu ou d'explosifs, l'action de la force publique s'inscrivant dans le cadre du principe de légalité, se trouve être régi en droit administratif français par la jurisprudence administrative qui prévoit la responsabilité pour risque. Ainsi, la responsabilité de l'État sans faute en raison d'un « risque spécial » de dommages peut être engagée. Le fait qu'existe, selon l'expression prétorienne, un « risque spécial » de dommages est de nature à justifier aussi pleinement que possible que la réalisation du risque engendre une responsabilité sans faute. Les solutions jurisprudentielles se rapportent ainsi aux dommages qui trouvent leur origine dans des choses, des méthodes ou des situations dangereuses.

975. Concernant les choses dangereuses, s'il est excessif de penser qu'une chose est dangereuse par la seule circonstance qu'elle est susceptible de causer ou qu'elle a causé un dommage, il est vrai qu'il existe des degrés dans la dangerosité des choses dangereuses. Pour la certitude de l'État de droit, il faut donc qu'une liste soit établie de choses considérées comme étant suffisamment dangereuses pour que la réparation des dommages qu'elle cause soit assurée même en l'absence de faute du responsable. La liste prétorienne des choses dangereuses comprend tant des biens mobiliers que des ouvrages publics.

Concernant les explosifs, le Conseil d'État a eu l'occasion d'inaugurer en 1919 sa jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses dangereuses⁸⁷⁷. Il s'agissait en l'espèce de l'explosion au cours de l'année 1918 d'un stock de munitions de guerre entreposées dans un fort à la Courneuve. L'on peut également se reporter avec profit à l'arrêt du Conseil d'État d'assemblée :

⁸⁷⁷ Voir en ce sens l'arrêt classique dit « du Fort de la Double Couronne », CE, 28 mars 1919, « Regnault-Desroziers », *RD* 1919, page 239, conclusions Corneille et recueil Sirey 1919. Troisième partie. 25, note de Maurice HAURIU.

Conseil d'État, Assemblée, 21 octobre 1966, « SNCF », p. 157⁸⁷⁸. Il s'agissait en l'espèce de l'explosion d'un wagon de munitions en gare de Sézanne.

En dernier lieu, il convient de préciser que s'agissant des fusées utilisées pour les tirs des feux d'artifices, le Conseil d'État n'a pas suivi certains tribunaux administratifs qui les avait jugés suffisamment dangereux pour justifier une responsabilité sans faute⁸⁷⁹. Dans le domaine de la pyrotechnie, il convient ici de se référer à l'histoire de l'invention du feu d'artifice par les chinois au II^e siècle avant Jésus-Christ. Effectivement, la beauté des feux d'artifices ne doit pas laisser oublier que ceux-ci peuvent être utilisés à des fins dommageables. De cette manière, la position jurisprudentielle adoptée par le Conseil d'État est critiquable.

976. Les engins dangereux et les armes. Ce fut en 1949 que le Conseil d'État jugea que l'utilisation dommageable par la police d'armes et d'engins « comportant des risques exceptionnels pour les personnes et pour les biens » devait être à l'origine d'une responsabilité sans faute⁸⁸⁰. Il s'agissait en l'espèce d'un patron de café mortellement blessé, alors qu'il était assis devant son établissement, par un coup de feu tiré par un gardien de la paix au cours d'une opération destinée à arrêter un véhicule suspect (première affaire) ; dans la deuxième affaire, il s'agissait en l'occurrence d'une passante mortellement blessée par un coup de feu tiré par un agent de police en vue d'arrêter la fuite de l'auteur d'une agression.

L'état du droit appelle quelques précisions. En premier lieu, seules les armes à feu, sans distinction entre les simples revolvers ou pistolets et les mitraillettes, ont été jusqu'à présent considérées comme constituant des sources de responsabilité sans faute. À cet égard, aucun engin n'a donc été jugé comme présentant des « risques exceptionnels »⁸⁸¹.

En second lieu, le régime de responsabilité sans faute ne bénéficie pas à toutes les victimes. En 1951, le Conseil d'État a en effet aménagé la solution de 1949 en distinguant selon que les dommages sont ou non subis « par des personnes ou des biens étrangers aux opérations de police ».

⁸⁷⁸ Conseil d'État, Assemblée, 21 octobre 1966, « SNCF », p. 157, *Actualité juridique du droit administratif* 1967, page 37, chronique J.-P. LECAT et J. MASSOT, *Dalloz* 1967, page 164, conclusions J. Beaudoin et *JCP* 1967, numéro 15 198, note C. BLAEVOET.

⁸⁷⁹ Voir Conseil d'État, 30 mars 1979, « Moisan », *recueil* page 143, *Actualité juridique* 1979, numéro 12, page 29, et *Dalloz* 1979, p. 552 note Laurent RICHER.

⁸⁸⁰ Voir, l'arrêt du Conseil d'État, Conseil d'État, Assemblée du contentieux, 24 juin 1949, « consorts Lecomte et Franquette et Daramy », deux arrêts, *recueil* page 307, *JCP* 1949 numéro 5092, conclusions M. Barbet, note G. H. GEORGES, *Revue du droit public* 1949, p. 183, note M. WALINE, *recueil Sirey* 1949. III. 61.

⁸⁸¹ Voir en ce sens négatif, s'agissant des grenades lacrymogènes, l'arrêt du Conseil d'État, 16 mars 1956, « Époux Domenech », *recueil* page 124, conclusions C. MOSSET, *Actualité juridique du droit administratif* 1956, 2, page 226, chronique J. FOURNIER et Guy BRAIBANT.

C'est alors uniquement (ce qui était le cas dans les affaires de 1949) si les coups de feu ont atteint des personnes ou des biens non visés à l'opération de police qu'il y aura responsabilité sans faute. Dans le cas contraire, l'on passe sur le terrain de la responsabilité pour faute, mais il convient de préciser que cette faute est une faute simple, faute simple des personnels de police qui suffira, « en raison des dangers inhérents à l'usage des armes »⁸⁸².

Il s'agissait en l'occurrence d'un automobiliste atteint par les coups de feu tirés par un gardien CRS, alors qu'il venait de franchir un barrage de police. La faute simple fut reconnue, car le barrage n'était pas suffisamment signalé.

977. Le Conseil d'État considéra le 29 novembre 1963, que s'agissant d'un soldat ayant irrégulièrement quitté son corps et qui fut tué par le coup de feu d'un gendarme alors qu'il s'enfuyait pour ne pas être appréhendé aucune faute ne pouvait être reconnue⁸⁸³. De même, dans son arrêt « Berrandou »⁸⁸⁴, le Conseil d'État ne retint pas de faute. Il s'agissait en l'espèce d'un fonctionnaire de police qui avait fait usage de son pistolet, après les sommations réglementaires et en tirant vers le sol, afin de se protéger contre l'agression armée d'une trentaine d'individus, dont l'un a été blessé. En l'occurrence, la juridiction ne releva pas de faute.

978. En dernier lieu, les arrêts de 1949 limitent le bénéfice de la responsabilité sans faute aux cas où les dommages causés « excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence » du service public de la police. Cependant, il ne semble pas que cette restriction ait des conséquences. D'autre part, si son maintien était jugé nécessaire, il serait normal que la jurisprudence précise qu'une faute simple suffit en cas de dommages insuffisamment graves. La Cour de Cassation fait application de la jurisprudence étudiée dans une affaire où le coup de feu dommageable pour les tiers avait été tiré, non par les personnels de police, mais par la personne qu'il recherchait (Cour de Cassation, première chambre civile, 10 juin 1986, « Consorts Pourcel », précité).

979. L'on peut considérer qu'il est justifié de ne pas distinguer selon l'origine du risque spécial auquel expose une opération de police au cours de laquelle des armes sont utilisées. C'est une telle opération qui, en définitive, est créatrice de risque.

⁸⁸² Voir en ce sens, Conseil d'État, Section, 27 juillet 1951, « Dame Auberger et Dumont », *recueil* page 447, *Dalloz* 1952, page 108, conclusions F. GAZIER, note Georges MORANGE.

⁸⁸³ Voir, Conseil d'État, 29 novembre 1963, « Époux Marchon », *recueil* page 581, *Actualité juridique* 1964, page 27, chronique J. FOURRÉ et M. PUYBASSET.

⁸⁸⁴ Voir, l'arrêt du Conseil d'État, 13 octobre 1982, « Berrandou », *recueil* p. 340.

II. L'encadrement juridique de l'emploi des armes à feu.

980. L'arme à feu constitue un instrument qui sert à tuer, blesser ou à mettre un ennemi dans l'impossibilité de se défendre. Eu égard aux atteintes gravissimes qu'elles peuvent engendrer vis-à-vis du droit à l'intégrité physique et du droit à la vie, l'État vient encadrer la détention et le port des armes à feu (**§1**). L'encadrement juridique de l'emploi des armes à feu est donc un encadrement *a priori* par la figure étatique ; et s'agissant de l'emploi des armes à feu par la force publique, il convient de mettre en exergue un encadrement *a posteriori* non juridictionnel réalisé soit en interne par le corps d'inspection de la police, soit par des instances de contrôle externe (**§2**).

§ 1. L'État, maître de la réglementation des armes à feu.

981. En raison de leur caractère létal, les armes à feu doivent faire l'objet d'un encadrement *a priori* de la part des autorités étatiques lesquelles doivent veiller à la meilleure garantie du droit à la vie des êtres humains qui composent la société. Aussi, il incombe à l'État d'élaborer une réglementation juridique appropriée du port des armes à feu (**A**). Cette réglementation s'applique de manière générale à toute personne qui souhaiterait se pourvoir d'une arme à feu ; et la figure étatique à travers le monde dote sa force publique de l'armement nécessaire à l'accomplissement de ses missions qui visent la préservation de la paix sociale.

L'usage des armes à feu en appréhendant ses éventuelles conséquences funestes est si important dans le domaine des droits et libertés que celui-ci est encadré à l'échelon international dans le cadre des Nations Unies. Par ailleurs, en se plaçant dans une optique similaire, le recours aux armes à feu fait l'objet d'un encadrement *a priori* par l'édition de codes de déontologie, laquelle permet une prévention des atteintes au droit à la vie (**B**).

A. La réglementation juridique du port des armes à feu.

982. Eu égard à la dangerosité qu'elles représentent pour l'être humain, les armes à feu sont soumises à un régime juridique très strict quant à l'autorisation de leur port (**1**). Pour ce qui concerne l'armement de la force publique, l'étude de la dotation d'une arme de service au bénéfice de la force

publique réalisée à l'échelon mondial permet de viser le but de cet armement : la préservation de la paix publique et de l'ordre public (2).

1. Les autorisations du port d'armes à feu : le respect de procédures strictes.

983. L'État est maître de la réglementation des armes à feu. Aussi, il incombe à l'État, outre les membres de la force publique civile ou militaire, d'autoriser le port d'armes à feu. C'est ainsi que le ministre de l'Intérieur autorisa le port d'armes aux magistrats de l'ordre judiciaire, par la voie d'un arrêté⁸⁸⁵. Cet arrêté fut édicté sur le fondement de l'arrêté daté du 14 février 1947, arrêté qui autorise les magistrats de l'ordre judiciaire ayant la qualité d'officier de police judiciaire à porter des armes, et sur le fondement de l'arrêté du 11 février 1949 autorisant les procureurs généraux, leurs substituts et les avocats généraux près les cours d'appel à porter des armes. Aussi, l'arrêté de 1963 prescrit en son article premier que les magistrats de l'ordre judiciaire en service dans les juridictions ou à l'administration centrale du ministère de la Justice sont autorisés à acquérir et à détenir des armes des première et quatrième catégories ainsi qu'à porter dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions des armes de la première ou quatrième catégorie. En outre, ces magistrats devront être munis d'attestations établissant leur droit à l'acquisition, à la détention et au port d'une arme (article de l'arrêté étudié).

S'agissant de la délivrance du visa des attestations nominatives d'autorisation de port d'armes, l'arrêté en date du 19 octobre 1953 prévoit, sur le fondement du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, que « dans tous les cas où les arrêtés portant autorisation de port d'armes prévoient que les bénéficiaires de l'autorisation seront munis d'une attestation revêtue du visa du préfet du département où ils exercent leurs fonctions, ledit visa sera dorénavant délivré par le sous-préfet dans les arrondissements autres que l'arrondissement chef-lieu⁸⁸⁶. »

984. Eu égard aux risques encourus par certains fonctionnaires et agents publics, l'État délivre donc des autorisations de port d'armes sur le fondement du décret-loi du 18 avril 1939 précité. De cette manière, le ministre de l'Intérieur autorisa les gardes des promenades et jardins publics de la préfecture de la Seine à acquérir, à détenir et à porter une arme de quatrième catégorie, dans l'exercice ou à l'occasion de leur fonction. Toutefois, le ministre de l'Intérieur précise que le nombre

⁸⁸⁵ Publié au *Journal officiel de la République française* du 25 mai 1963, voir la page 4730.

⁸⁸⁶ Cet arrêté fut publié au *Journal officiel de la République française* du 24 octobre 1953, page 9522.

total des autorisations accordées ne pourra en aucun cas être supérieur à 150 (article premier de l'arrêté du 9 novembre 1966)⁸⁸⁷. Et, de la même manière que pour les magistrats judiciaires, il convient que les agents autorisés à porter une arme en application de l'article premier de l'arrêté étudié, devront être munis d'une attestation nominative se référant au présent arrêté, délivrée par le préfet chargé des fonctions de préfet de la Seine (article deux).

Eu égard aux risques que présente leur profession, le ministre l'Intérieur et le ministre de l'Économie et des Finances autorisèrent les agents des caisses d'épargne et succursale chargés des transports de fonds à porter, dans l'exercice ou à l'occasion de leur fonction, des armes des catégories un et quatre. (Article premier de l'arrêté du 26 mars 1968, arrêté publié au *Journal officiel de la République française* du 28 mars 1968, page 3200). En ce cas, les agents autorisés à porter une arme devront dans les conditions fixées ci-dessus être munis d'une attestation nominative délivrée par le trésorier-payeur général se référant au présent arrêté.

Il en va de même des fonctionnaires et agents du ministère de l'Économie et des Finances et des administrations ou services rattachés à l'instar du greffier chef du service de la comptabilité de la Cour des Comptes, des fonctionnaires de l'agence comptable chargés de transporter périodiquement des sommes importantes du Service des alcools, des régisseurs d'avance ou transporteurs de fonds de la direction générale, de l'établissement central et des directions régionales de l'Institut national de la statistique et des études économiques, des comptables publics et agents des Services du Trésor chargés de la garde, du maniement, du transfert de fonds ou de valeurs fiscales des Services extérieurs du Trésor. (Arrêté du ministre de l'Intérieur et du ministre de l'Économie et des Finances, arrêté du 20 mars 1968)⁸⁸⁸.

985. Concernant la sécurité des armes et matériels de guerre, l'État veille à l'édiction des mesures réglementaires idoines. Ainsi, l'arrêté du 16 juillet 1984 fixe les mesures de sécurité des armes et éléments d'armes de la 1ère et de la 4ème catégorie lors de leur séjour dans les gares, les ports et les aéroports⁸⁸⁹.

986. Concernant l'intensité du contrôle opéré par le juge administratif sur les appréciations opérées par l'administration dans le domaine de la police spéciale d'autorisation de port d'arme à

⁸⁸⁷ Cet arrêté fut publié au *Journal officiel de la République française*, du 18 novembre 1966, page 10 030.

⁸⁸⁸ Publié au *Journal officiel de la République française* du 6 avril 1968, page 3561.

⁸⁸⁹ *JORF* du 25 août 1984, page 7758. Voir aussi, le décret n° 64-407 du 5 mai 1964 réglementant l'importation, la vente, le transport, la cession, le port, la détention et l'exportation des armes, articles d'armement, munitions et matériels de guerre en côte française des Somalis. *JORF* du 10 mai 1964, page 3979.

feu, il convient de relever que la détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel des appréciations portées par les autorités administratives varie dans le domaine des libertés publiques comme dans les autres matières administratives. Le juge fixe le degré de contrôle opéré selon la nature de la compétence conférée à l'autorité qu'il contrôle. Si la compétence est discrétionnaire, l'appréciation à laquelle s'est livrée l'autorité administrative ne fera l'objet dès lors d'aucun contrôle. Si la compétence est liée, un contrôle entier de l'appréciation s'opérera. Dans le domaine des libertés publiques, l'hypothèse de la compétence entièrement discrétionnaire est incompatible avec la reconnaissance de libertés. Le juge laisse l'administration apprécier les faits de manière souveraine et, dans cette hypothèse, il n'existera donc pas de droit invocable par les administrés.

Les hypothèses d'absence totale de contrôle des appréciations s'avèrent être de nos jours fort peu nombreuses. Elles sont relayées par l'exercice d'un contrôle restreint, comme l'illustre de manière topique, l'exemple des décisions de refus d'autorisation et de détention d'armes, où le Conseil d'État est passé de l'absence de contrôle des motifs (Conseil d'État, 14 janvier 1976 « Guéril », *RDP* 1976, p. 1063, note Marcel WALINE) à l'exercice d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Conseil d'État, 1er juillet 1987 « Melki », *Revue de droit public* 1988, p. 581). Cet exemple montre de manière significative que le contrôle restreint à savoir le contrôle où le juge ne censure l'appréciation portée par l'autorité contrôlée que si elle est entachée d'une erreur manifeste, a connu une extension remarquable depuis son apparition au début des années 60. Ce contrôle s'applique ainsi à des hypothèses dans lesquelles les administrés ne peuvent se prévaloir d'un droit en ce sens que la compétence de l'administration demeure discrétionnaire.

Dans l'arrêt précité « Melki », le Conseil d'État précise que le requérant « n'est pas fondé à invoquer un droit général des citoyens à détenir une arme de défense », tandis qu'un arrêt du même jour assujettit les décisions de refus pris en la matière à une obligation de motivation, nonobstant le fait qu'il s'agit d'une police spéciale et que les mesures prises à ce titre « ne peuvent être regardées comme restreignant l'exercice des libertés publiques » (Conseil d'État, 1er juillet 1987 « Corbel », *Revue droit public* 1988, p. 564).

987. Au Grand-Duché de Luxembourg, le contrôle est également un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, le Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, le 6 janvier 2003, dans son arrêt « Monsieur ..., contre ministre de la Justice »⁸⁹⁰ examine la légalité d'un refus de renouvellement de port d'armes par l'autorité compétente, à savoir le ministre de la Justice.

⁸⁹⁰ Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, 6 janvier 2003, « Monsieur ..., contre ministre de la Justice » ; M. Schockweiler, vice-président ; M. Campill, premier juge ; M. Schroeder, juge.

En matière d'armes prohibées, la requête tendait à l'annulation d'un arrêté du ministre de la Justice du 7 août 2002 portant refus de renouvellement de son autorisation de port d'armes de sport par arrêté du 26 août 2002. L'enquête administrative menée relativement à la demande de renouvellement de l'autorisation de port d'armes pour tir sportif, a révélé que le requérant avait fait l'objet de deux condamnations récentes prononcées par le Tribunal correctionnel de Luxembourg, à savoir le 26 juin 2000 pour détournement d'objets saisis et le 19 février 2002 pour émission de chèque sans provision. Même si ces condamnations sont sans relation directe avec la matière des armes prohibées, toujours est-il que ces faits, tels qu'ils résultent des jugements précités, s'opposent à la délivrance de l'autorisation sollicitée, alors qu'ils témoignent d'un comportement peu respectueux envers la loi et dénotent le défaut des qualités morales nécessaires au maniement d'armes à feu. Par conséquent, l'autorisation sollicitée est refusée en application de l'article 16 alinéa 2 de la loi du 15 mars 1983 sur les armes et munitions.

Au fond, le demandeur soulève un moyen d'annulation unique basé sur une erreur manifeste d'appréciation des circonstances de fait, au motif que les deux condamnations qui ont été prononcées à son encontre ne justifieraient pas le refus du renouvellement de son autorisation de port d'armes de sport pour être « sans relation directe avec la matière des armes prohibées », de sorte que, selon le demandeur, le ministre ne saurait en dégager un défaut de qualités morales nécessaires au maniement d'armes à feu.

D'après l'article 16 de la loi modifiée du 15 mars 1983 précitée, « l'autorisation (...) de porter (...) des armes et munitions est délivrée par le ministre de la Justice ou son délégué, si les motifs invoqués à l'appui de la demande sont reconnus valables. L'autorisation peut être refusée lorsqu'il est à craindre que le requérant, compte tenu de son comportement, de son état mental et de ses antécédents ne fasse un mauvais usage de l'arme ». L'article 19 de la même loi dispose que « la durée de validité des autorisations est fixée par règlement grand-ducal, les autorisations périmées sont renouvelables ».

L'article 16 de la loi précitée du 15 mars 1983 revêt deux volets en ce qu'en son premier alinéa, il se réfère à un critère positif comportant les motifs valables à invoquer par un demandeur à l'appui de sa demande en vue d'obtenir le permis ministériel de port d'armes, tandis qu'en son second alinéa, il énonce des motifs de refus ayant trait à des aspects inhérents à la personne du demandeur. En outre, ledit article 16 s'applique tant pour une première autorisation que pour une autorisation renouvelée sur base de l'article 19 précité.

Il convient encore de relever que le refus de renouvellement d'une autorisation de porter des armes est possible sur base de considérations fondées sur le comportement, l'état mental, les antécédents ou le risque que l'intéressé fasse un mauvais usage de l'arme⁸⁹¹.

Le ministre de la Justice est juge de l'opportunité d'octroyer ou de refuser l'autorisation de port d'armes à condition que son appréciation repose sur des critères objectifs et s'opère d'une manière non arbitraire⁸⁹². De surcroît, dans le cadre d'un recours en annulation, le juge administratif est appelé à vérifier si les faits à la base de la décision sont établis et si la mesure prise est proportionnelle par rapport aux faits établis, seule une erreur manifeste d'appréciation de l'autorité ayant pris la décision déferée étant à sanctionner en conséquence⁸⁹³.

En l'espèce, il se dégage des éléments du dossier administratif librement discutés en cause que, d'une part, suivant jugement définitif du tribunal correctionnel de Luxembourg du 26 juin 2000, Monsieur ... est retenu dans les liens de l'infraction d'avoir détourné des objets saisis, la date des faits remontant au 29 avril 1999, sa peine ayant été fixée à une amende de 100.000.- francs et, d'autre part, suivant jugement définitif du susdit tribunal correctionnel du 19 février 2002, l'intéressé a été jugé coupable d'avoir émis un chèque sans provision, la date des faits remontant au 22 novembre 2000, sa peine ayant été une amende de 1.500 euros.

Au regard de ces éléments et d'une attitude, révélée dans le chef du demandeur, peu respectueuse de la législation du Grand-Duché de Luxembourg, même si les infractions ne relèvent pas de la matière des armes et munitions, force est de constater que le ministre, qui, au moment de l'octroi ou du renouvellement d'une autorisation de porter une arme, doit faire application de critères très restrictifs pour la reconnaissance de motifs valables y relatifs⁸⁹⁴, tout comme il est appelé à apprécier rigoureusement les considérations fondées sur le comportement, l'état mental et les antécédents de l'intéressé, n'a pas excédé les limites de son pouvoir d'appréciation dans le cadre des attributions lui conférées par la loi précitée du 15 mars 1983 et il a donc légalement pu refuser le renouvellement de l'autorisation de port d'armes sollicitée sur base d'un risque que Monsieur ... fasse un mauvais usage de ses armes.

⁸⁹¹ Cf. Tribunal administratif, 8 décembre 1999, n° 11122 du rôle, confirmé par Cour administrative, 23 mars 2000, n° 11787C du rôle, *Pasinomie administrative* 2002.

⁸⁹² Tribunal administratif, 27 mars 1997, n° 9597 du rôle, *Pasinomie administrative* 2002, V° Armes prohibées, n° 1.

⁸⁹³ Tribunal administratif, 7 décembre 1998, n° 10807 du rôle, *Pasinomie administrative* 2002, V° Recours en annulation, n° 10.

⁸⁹⁴ Cf. Cour administrative, 22 octobre 1998, n° 10746C du rôle.

2. L'armement de la force publique au service des missions de préservation de la paix publique et de l'ordre public.

988. La force publique doit être une force publique armée afin de satisfaire aux missions primordiales que celle-ci doit remplir : le maintien du droit et *in fine* la paix sociale indispensable à la garantie des droits et libertés. La nécessité de l'armement de la force publique en vue d'accomplir les buts fondamentaux que la société lui assigne, présente un caractère évident lorsque nous étudions les différents textes juridiques qui fondent le caractère armé de la force publique sur plusieurs continents (a).

S'agissant de la force publique intérieure, un débat a pu éclater relativement à la question de l'armement des polices municipales. Face à la criminalité qui peut sévir et puisque le criminel n'opère aucune différence entre la police nationale et la police municipale, la question de l'armement des polices municipales ne devrait plus soulever de difficultés. À condition qu'elles reçoivent la formation idoine au maniement des armes à feu, les polices municipales devraient être armées (b).

a. La force publique : une force publique armée.

989. À Hong Kong, l'institution d'une force de police est prévue par le Chapitre 232, section 11 intitulée « Constitution de la force de police », de la loi sur la force de police (Cap 232 Police force ordinance). Ainsi, la force de police de Hong Kong est constituée de « gazetted police officers », « inspectors », « non-commissioned officers » et de « constables ».

La force de police de Hong Kong a pour mission de préserver la paix publique, de prévenir les infractions contre la vie et la propriété, de prévenir et de constater les crimes et les délits, d'appréhender toute personne coupable de telles infractions, de préserver l'ordre public dans les lieux et places publics. (Chapitre 232, section 10 « Les devoirs de la force de police »). Dans le but d'accomplir leur devoir, chaque officier de police est doté d'un uniforme et d'un équipement approprié (Chapitre 232, section 22)⁸⁹⁵.

De la même manière, s'agissant de l'armement de la force publique, la loi sur la force de police de **Singapour** (Police force Act, Cap. 235, du 12 octobre 2004) prévoit expressément, en sa

⁸⁹⁵ Source : Asian Legal Information Institute, site d'informations juridiques sur le droit asiatique des Facultés de Droit de l'Université de Technologie de Sydney [University of Technology, Sydney, Australia] et de l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud (Australie) [University of New South Wales, Sydney, Australia]. Site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.asianlii.org/>>

troisième partie relative aux devoirs et à la discipline des officiers de police, Division numéro 1 « Les devoirs des officiers de police » que chaque officier de police sera doté des armes, munitions et autres équipements nécessaires à l'exercice effectif de leurs devoirs (article 22). Ces devoirs consistent à maintenir l'ordre, préserver la paix publique, prévenir et constater les crimes, appréhender les auteurs d'infractions⁸⁹⁶.

990. En adoptant le même raisonnement, **au Québec**, les corps de police reçoivent de la même manière pour mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime. (Loi sur la police, titre deuxième « organisation policière », chapitre premier « corps de police », section première « mission », article 48). Les policiers sont agents de la paix sur tout le territoire du Québec. (Article 49).

Concernant la Sûreté du Québec, ce corps de police national, agit sous l'autorité du ministre de la Sécurité publique, et a compétence pour prévenir et réprimer les infractions aux lois sur l'ensemble du territoire du Québec. (Section deuxième « sûreté du Québec », §1 compétence, article 50). Aussi, pour remplir ses missions, les membres de la sûreté du Québec sont dotés d'un armement. Et, cet armement qui est la propriété exclusive de l'État nécessite d'être restitué dès lors que le policier de la sûreté du Québec ne jouit plus de cette qualité. « Tout membre de la Sûreté du Québec qui désire quitter son emploi doit donner au directeur général un préavis de 30 jours. Avant son départ, il remet au directeur général les uniformes, insignes, armes, pièces d'identité et les autres effets appartenant la Sûreté ». (Article 61).

991. En **France**, la gendarmerie nationale et la police nationale constituent des forces publiques armées. Ainsi, l'article L. 421-1 du Code de la sécurité intérieure⁸⁹⁷ énonce que la « gendarmerie nationale est une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois. La police judiciaire constitue l'une de ses missions essentielles. La gendarmerie nationale est destinée à assurer la sécurité publique et l'ordre public, particulièrement dans les zones rurales et périurbaines, ainsi que sur les voies de communication. Elle contribue à la mission de renseignement et d'information des autorités publiques, à la lutte contre le terrorisme, ainsi qu'à la protection des populations.

⁸⁹⁶ Loi sur la police de Singapour, deuxième partie « Constitution et administration de la force de police », fonctions et devoirs de la force de police, article quatre, premier alinéa. Source : Asian Legal Information Institute, site d'informations juridiques sur le droit asiatique des Facultés de Droit de l'Université de Technologie de Sydney [University of Technology, Sydney, Australia] et de l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud (Australie) [University of New South Wales, Sydney, Australia]. Site officiel à l'adresse suivante : <<http://www.asianlii.org/>>

⁸⁹⁷ Créé par Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 Livre IV : police nationale et gendarmerie nationale, Titre II : gendarmerie nationale, Chapitre Ier : missions et personnels de la gendarmerie nationale, Section 1 : Missions.

L'ensemble de ses missions civiles s'exécute sur toute l'étendue du territoire national, hors de celui-ci en application des engagements internationaux de la France ».

992. Coopération. Il convient de relever que deux États peuvent prévoir une coopération transfrontalière en matière policière et douanière, laquelle nécessite l'armement des membres de la force publique.⁸⁹⁸ Les deux États conscients des rapports amicaux existant entre les deux pays, animés de l'intention d'élargir la coopération des unités territoriales chargées de missions de police et de douane, engagée ces dernières années dans leurs zones frontalières respectives, et souhaitant mettre pleinement en œuvre la liberté de circulation prévue par l'accord de Schengen du 14 juin 1985, dans le respect des besoins de sécurité de leurs ressortissants sont convenus des dispositions suivantes.

Dans le domaine de la coopération policière et douanière franco-italienne, sur la base de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière signé à Chambéry le 3 octobre 1997, les agents d'une des deux parties peuvent circuler, si le réseau des voies de communication l'impose, sur le territoire national de l'État voisin afin de rejoindre une partie enclavée de leur territoire ou bien jusqu'à ce qu'ils aient la possibilité de faire demi-tour sur l'axe sur lequel ils sont engagés afin de regagner leur territoire.

Par ailleurs, lors d'accidents graves mettant en cause des personnes ou des biens et nécessitant une intervention rapide des forces de police, l'intervention de la patrouille la plus proche du lieu, quelle que soit sa Partie d'origine, est permise, afin d'assurer les premiers secours et de sécuriser le site avant l'arrivée de l'unité territorialement compétente.

Lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'État de l'autre Partie, ces agents n'exercent pas leurs pouvoirs de police et respectent les règles relatives à la circulation routière en vigueur. Ils peuvent porter leur uniforme et leur arme de service réglementaire à la seule fin d'assurer, le cas échéant, leur légitime défense. Les agents de chacun des États seront soumis, sur le territoire de l'autre État, aux dispositions de l'article 9, paragraphes 4 et 5, de l'accord précité. Des arrangements

⁸⁹⁸ Décret n° 2000-923 du 18 septembre 2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière, signé à Chambéry le 3 octobre 1997, NOR: MAEJ0030072D, *JORF* n°221 du 23 septembre 2000, page 14964, texte n° 24. Le présent accord est entré en vigueur le 1er avril 2000.

Voir aussi, le décret n° 65-584 du 15 juillet 1965 portant publication de la convention entre la France et l'Italie relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés et aux contrôles en cours de route du 11 octobre 1963. Il convient de souligner que la ratification des engagements internationaux s'effectue sur le fondement du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 modifié relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France.

administratifs pris par les différents services compétents des deux Parties précisent les voies de communication concernées par ces dispositions.

Les services compétents aux fins de l'accord sont, chacun pour ce qui le concerne : pour la République française, la police nationale, la gendarmerie nationale, la douane ; pour la République italienne, la polizia di stato, l'arma dei carabinieri, il corpo della guardia di finanza, il dipartimento delle dogane del ministero delle finanze. (Article 2).

Les Parties engagent, dans le respect de leur souveraineté nationale et du rôle de leurs autorités administratives et judiciaires territorialement compétentes, une coopération transfrontalière en matière policière et douanière. À cet effet, elles instituent des centres de coopération policière et douanière et indiquent les unités territoriales qui, en vertu du titre III du présent accord, peuvent établir des rapports de collaboration directe. (Article 3).

Des centres de coopération policière et douanière, ci-après dénommés centres de coopération, sont installés à proximité de la frontière commune. Les centres de coopération sont implantés : a) À Vintimille, sur le territoire de la République italienne ; b) À Modane, sur le territoire de la République française.

Aux fins de la prévention des menaces à l'ordre et à la sécurité publics, ainsi qu'en vue d'une lutte plus efficace contre la criminalité, notamment dans le domaine de l'immigration irrégulière et des trafics illicites, les centres de coopération fournissent aux services compétents chargés de missions de police et de douane, dans le respect des dispositions nationales en vigueur, toute information utile, ainsi que, sur demande de ces derniers, l'assistance nécessaire.

Concernant la coopération directe dans les zones frontalières, sont considérées comme zones frontalières : 1. Pour la République française : les territoires des départements des Alpes-Maritimes, Alpes-de-Haute-Provence, Hautes-Alpes, Savoie, Haute-Savoie ; 2. Pour la République italienne : les territoires des provinces d'Aoste, Cuneo, Imperia, Turin. (Article 10).

Afin de mettre en œuvre dans les zones frontalières la coopération policière et douanière, les unités territoriales, dans le respect des compétences spécifiques et des dispositions nationales, communautaires et internationales, ont pour mission de coordonner leurs actions communes dans la zone frontalière, notamment pour lutter contre la délinquance frontalière et prévenir les menaces à l'ordre et à la sécurité publics ; et recueillir et échanger des informations en matière policière et douanière. (Article 12).

Chaque Partie peut détacher, pour une durée déterminée ou indéterminée, auprès des unités territoriales de l'autre Partie, un ou plusieurs fonctionnaires de liaison pour atteindre les objectifs prévus par l'article 47 de la convention d'application. Ces fonctionnaires sont choisis, dans la

mesure du possible, parmi les agents qui servent ou ont déjà servi dans les unités territoriales correspondant à celles auxquelles ils sont destinés. L'acte de détachement à convenir avec l'autre Partie, dans le respect des législations nationales respectives, indique les missions que les fonctionnaires pourront accomplir.

L'acte de détachement du fonctionnaire de liaison peut prévoir qu'il peut se rendre auprès de son unité de détachement et effectuer son service en portant son uniforme national ou un signe distinctif apparent, ainsi que ses armes réglementaires à la seule fin de garantir, le cas échéant, sa légitime défense. (Article 13, 4).

b) La question de l'armement des polices municipales.

993. La question de l'armement des polices municipales est une question qui suscite beaucoup de débats. En 1998, le projet de loi numéro 414 (1997-1998) visait à mieux préciser le cadre légal des interventions des polices municipales. En effet, les problèmes liés à la délinquance ne connaissent pas de frontières territoriales. Aussi, les polices municipales se sont développées ; en 1998 l'on dénombrait 3030 communes dotées d'une telle police. Toutefois, ce développement des corps de police municipale s'est inscrit dans un cadre juridique marqué une très forte ambiguïté qui souligne les réticents étatiques à reconnaître le rôle de ces polices dans un domaine qui relève de sa compétence exclusive.

En outre, on relève de nombreuses réflexions afin de parvenir à une définition claire et précise du statut des polices municipales. On pourra citer par exemple les rapports de Louis Lalanne en 1987 et de Jean Clauzel en 1990.

994. En raison de l'inexistence d'un cadre juridique général qui régit les polices municipales, la république française se distingue de manière négative des États voisins, qui ont des polices municipales comparables. Tous, en effet, ce sont dotés d'un tel cadre pour ce qui concerne leur police municipale. À titre d'exemple, l'on se référera à la loi organique de 1986 sur les forces et corps de sécurité en Espagne (voir *supra*). En France, une première clarification fut réalisée grâce à la loi du 13 juillet 1987 relative à la fonction publique territoriale. En effet, pour la première fois, les compétences des agents de police municipale reçurent une définition générale par rapport au pouvoir de police municipale du maire en ce qui concerne le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Une deuxième clarification fut apportée par la loi du 21 janvier 1995, loi dite d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Outre la reconnaissance du rôle des maires dans l'exercice des missions de sécurité publique et la définition des conditions d'établissement du

régime de la police d'État dans une commune, cette loi précisa les compétences dévolues aux officiers municipaux. Elle a en outre prévu, dans son annexe, le dépôt d'un projet de loi relative aux polices municipales.

995. Le projet de loi numéro 414 (1997-1998) adopté par l'Assemblée nationale le 30 avril 1998, projet de loi relative aux polices municipales, fut examiné par la Commission des lois du Sénat, sur le rapport de M. Jean-Paul Delevoye, le 27 mai 1998. Ce projet de loi prévoit un encadrement et un contrôle étatique de l'activité et de l'organisation des polices municipales⁸⁹⁹.

Le projet de loi prévoit un renforcement très important du rôle de l'État concernant tant l'encadrement de l'activité des polices municipales que le contrôle de leur organisation. L'article 6 du projet de loi prévoit, en plus de l'agrément par le procureur de la République existant actuellement, l'agrément par le préfet des agents de police municipale nommés par le maire, ainsi que leur assermentation. L'agrément pourra être retiré par le préfet ou le procureur de la République, le maire ayant alors la faculté de proposer un reclassement dans un autre cadre d'emploi, dans les conditions prévues en cas d'inaptitude physique reconnue d'un agent de la fonction publique territoriale. Les policiers municipaux actuellement en fonctions devront faire l'objet d'un nouvel agrément. Ils conserveront leurs compétences antérieures jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur agrément. En cas de refus d'agrément, ils pourront être reclassés dans les conditions indiquées ci-dessus (article 20).

996. L'autorisation de porter une arme. L'article 7 pose le principe du *non-armement* des polices municipales. Toutefois des autorisations nominatives pourront être accordées aux agents par le préfet, sur demande motivée du maire, si les circonstances et les conditions d'exercice de leurs fonctions le justifient et sous réserve qu'un règlement de coordination ait été établi. Les circonstances et les conditions dans lesquelles un agent pourra porter une arme, de même que la catégorie et le type d'armes qui seront autorisées, ainsi que les conditions de leur acquisition et de leur détention par les communes seront déterminés par décret en Conseil d'État.

997. Une harmonisation de l'identification et des équipements. L'article 8 prévoit l'uniformisation de la carte professionnelle, de la tenue, de la signalisation des véhicules et des équipements dont sont dotés les agents de police municipale de l'ensemble des communes et exigent qu'ils soient distincts de ceux adoptés par la police et la gendarmerie nationales. Les caractéristiques et les normes techniques de ces éléments seront fixées par décret en Conseil d'État après avis de la commission consultative des polices municipales instituée par le texte. Les communes devront procéder à cette harmonisation dans un délai de six mois après la publication de

⁸⁹⁹ DELEVOYE (Jean-Paul), Rapport 455 (97-98) - Commission des lois du Sénat.

ce décret (article 19). Le port de la carte professionnelle et de la tenue seront obligatoires pendant le service.

998. Une reconnaissance et une amélioration du statut des agents : la reconnaissance législative de la qualité d'agent de la fonction publique territoriale. L'article 6 mentionne explicitement que les agents de police municipale sont des fonctionnaires territoriaux recrutés dans le cadre d'un statut particulier, ce qui avait été jusqu'à présent admis implicitement.

L'article 16 prévoit qu'en cas de décès d'un agent de police municipale au cours d'une opération de police, ses conjoints et orphelins pourront toucher une pension de réversion égale au montant cumulé de la pension et des rentes viagères d'invalidité auxquelles l'intéressé aurait pu prétendre.

999. L'article L. 412-51 du Code des communes prévoyait l'armement des agents de police municipale. Ces conditions sont actuellement prévues au plan réglementaire par le décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions. L'article 25 du décret du 6 mai 1995 prévoit que les fonctionnaires et agents des administrations publiques chargés d'un service de police ou de répression sont autorisés, après simple visa du préfet, à détenir et à acquérir la plus grande partie des armes individuelles de première catégorie, (armes de guerre), les armes de quatrième catégorie (armes à feu d'autodéfense et leurs munitions), et de sixième catégorie (armes blanches), catégorie d'armes dont la détention est libre d'une manière générale. En outre, les administrations ou services publics peuvent acquérir ces mêmes armes en vue de leur remise aux agents précités. Quant à l'article 58 de ce décret, il autorise ces mêmes fonctionnaires à porter ces catégories d'armes dans l'exercice de leurs fonctions.

Il revient néanmoins au maire de décider d'armer ou non les agents placés sous son autorité en fonction des missions qu'il leur confie. Dans la majeure partie des cas, les maires opèrent ce choix lorsqu'ils assignent aux policiers municipaux des missions les exposant à des risques (filotages, rondes nocturnes sur la voie publique, notamment). Cette liberté laissée aux maires a pour contrepartie la responsabilité applicable à la commune dans le cas où les policiers municipaux disposent d'un armement. Le procureur de la République peut, par ailleurs, à tout moment retirer son agrément à des agents de police municipale, leur interdisant ainsi d'exercer leurs fonctions et donc d'être dotés d'une arme.

Il faut observer que les maires ont, dans l'ensemble, usé avec discernement de cette prérogative. Seulement 37,7 % (soit 4 946 agents en avril 1998) sont armés. Certaines grandes villes (Lyon, par exemple) n'ont pas jugé nécessaire d'armer leur police municipale. D'autres n'ont prévu

l'armement que d'une petite partie de leurs policiers municipaux (10 sur 205 agents à Marseille). Cette question peut donc être abordée sereinement. Comme les maires concernés l'ont eux-mêmes décidé, elle doit être envisagée en fonction de la nature des missions confiées aux agents de police municipale ou des circonstances auxquelles ils sont exposés. Le port d'une arme paraît ainsi utile pour des rondes de nuit. L'exposition à un danger justifie alors que les agents soient en mesure de se protéger. Le port d'une arme peut, dans ces circonstances, constituer un attribut de la force publique appréciable et ayant un effet dissuasif pour certains comportements.

1000. Il serait en outre paradoxal d'affirmer un principe de non armement des polices municipales alors même que d'autres catégories d'agents moins formés que les policiers municipaux sont elles mêmes dotées d'un armement. Ainsi les adjoints de sécurité, « emplois jeunes » recrutés par voie contractuelle pour une durée de cinq ans, sont autorisés à porter un armement compte tenu de leurs missions, après une formation de moins de deux mois. Certains agents de la SNCF sont en raison de la nature de leurs fonctions (surveillance générale ou locale, convoyage de fonds ou valeurs) autorisés à porter des armes.

1001. De manière pragmatique, l'article 3 du projet de loi adopté par le Sénat, le 20 décembre 1987, prévoyait que « lorsque les circonstances l'exigent tout agent de police municipale peut être armé sur demande motivé du maire au représentant de l'État dans le département, conformément aux dispositions du décret du 18 avril 1939 ». Le projet de loi, présenté en 1995 par M. Charles Pasqua, avait prévu dans son article 5, que « lorsque la nature des missions et les circonstances le justifient, les agents de police municipale peuvent être autorisés par le préfet, sur demande motivée du maire, à détenir et à porter des armes de 4^{ème} ou de 6^{ème} catégorie dans l'exercice de leurs fonctions. Les agents de police municipale ne peuvent, à titre individuel, acquérir des armes pour l'exercice de leurs fonctions ».

La délivrance de cette autorisation était néanmoins subordonnée à l'existence d'un règlement de coordination prévu par l'article 2 du projet de loi. Or ce règlement n'est obligatoire que pour les communes ayant au moins cinq agents de police municipale (trois dans la rédaction de l'Assemblée nationale). Il pourrait en résulter qu'en-deçà de ce seuil les agents ne pourraient être armés. Néanmoins, si l'article 2 du projet de loi crée une obligation d'établir un règlement de coordination au-delà d'un certain effectif de policiers municipaux, il ne prohibe pas que le même document soit établi dans les communes ayant un petit effectif de police municipale.

1002. À l'heure actuelle, il n'y a aucune uniformisation, chaque commune décidant librement de la tenue de ses agents. Nombre d'entre elles ont adopté des tenues bleues que des personnes non

averties peuvent avoir du mal à distinguer de celles de la police nationale. Le projet de loi tend à faire adopter une tenue et une signalétique qui soit à la fois identique pour l'ensemble des polices municipales et de nature à n'entraîner aucune confusion avec celles utilisées par la police nationale.

1003. L'article L. 2212-5 du Code général des collectivités territoriales précise que les missions des agents de police municipale et l'organisation des services de police municipale sont régies par les dispositions du titre premier du livre cinq du Code de la sécurité intérieure. L'article L. 511-5 du Code de la sécurité intérieure⁹⁰⁰ prévoit que lorsque la nature de leurs interventions et les circonstances le justifient, les agents de police municipale peuvent être autorisés nominativement par le représentant de l'État dans le département, sur demande motivée du maire, à porter une arme, sous réserve de l'existence d'une convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État, prévue par la section 2 du chapitre II du présent titre.

Lorsque l'agent est employé par un établissement public de coopération intercommunale et mis à disposition de plusieurs communes dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 512-2, cette demande est établie conjointement par l'ensemble des maires des communes où il est affecté. Un décret en Conseil d'État précise, par type de mission, les circonstances et les conditions dans lesquelles les agents de police municipale peuvent porter une arme. Il détermine, en outre, les catégories et les types d'armes susceptibles d'être autorisés, leurs conditions d'acquisition et de conservation par la commune ou par l'établissement public de coopération intercommunale et les conditions de leur utilisation par les agents. Il précise les modalités de la formation que ces derniers reçoivent à cet effet.

A. L'encadrement en droit international et par les codes de déontologie de l'emploi des armes à feu.

1004. L'emploi des armes à feu présente une telle potentialité d'atteinte à l'égard du droit à l'intégrité physique et du droit à la vie de l'individu que l'Organisation des Nations Unies a élaboré des textes à destination des membres de la force publique **(1)**. Par ailleurs et pour les mêmes motifs, les États peuvent encadrer l'emploi des armes à feu par la force publique grâce aux Codes de déontologie professionnelle (*Code of professional conduct*) **(2)**.

⁹⁰⁰ Créé par Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 Livre V : polices municipales, Titre Ier : agents de police municipale, Chapitre Ier : Missions, recrutement et modalités d'exercice, Section 4 : Port d'armes.

1). L'encadrement en droit international de l'utilisation des armes à feu par la force publique.

1005. Concernant le recours à la force, il convient ici de se référer au Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169).

Le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169) prescrit en son *article premier que* « Les responsables de l'application des lois doivent s'acquitter en tout temps du devoir que leur impose la loi en servant la collectivité et en protégeant toutes les personnes contre les actes illégaux, conformément au haut degré de responsabilité qu'exige leur profession ». L'expression « responsables de l'application des lois » englobe tous les représentants de la loi, qu'ils soient désignés ou élus, qui exercent des pouvoirs de police et en particulier des pouvoirs d'arrestation ou de détention.

1006. Dans les pays où des pouvoirs de police sont exercés par des autorités militaires, en uniforme ou en civil, ou par des forces de sécurité de l'État, la définition des responsables de l'application de la loi s'étend également aux agents de ces services. Le service de la collectivité désigne en particulier l'assistance fournie aux membres de la collectivité qui, dans des situations d'urgence, d'ordre personnel, économique, social ou autre, ont besoin d'une aide immédiate. La présente disposition vise non seulement tous les actes de violence et de déprédation et autres actes préjudiciables, mais également la totalité des actes interdits par la législation pénale. Elle est également applicable aux actes commis par des personnes non susceptibles d'encourir une responsabilité pénale. En outre, dans l'accomplissement de leur devoir, les responsables de l'application des lois doivent respecter et protéger la dignité humaine et défendre et protéger les droits fondamentaux de toute personne. (Article 2).

1007. Les droits fondamentaux en question sont définis et protégés par le droit national et le droit international. Les instruments internationaux pertinents comprennent notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention internationale sur l'élimination de toutes

les formes de discrimination raciale, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

1008. Dans le domaine du déploiement de la force, les responsables de l'application des lois peuvent recourir à la force seulement lorsque cela est strictement nécessaire et dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions. (Article 3). Cette disposition souligne que les responsables de l'application des lois ne doivent qu'exceptionnellement avoir recours à la force ; quoique cette disposition implique que les responsables de l'application des lois peuvent être autorisés à recourir à la force, dans la mesure où cela est raisonnablement considéré comme nécessaire vu les circonstances, pour empêcher un crime, ou pour arrêter ou aider à arrêter légalement des délinquants ou des suspects, il ne peut être recouru à la force au-delà de cette limite.

Le droit national restreint généralement le recours à la force par les responsables de l'application de la loi, conformément à un principe de proportionnalité. Il est entendu que l'interprétation de la présente disposition doit tenir compte de ces principes nationaux de proportionnalité. La présente disposition ne doit en aucun cas être interprétée comme autorisant un usage de la force hors de proportion avec le but légitime poursuivi.

L'emploi d'armes à feu est considéré comme un moyen extrême. Tout devrait être entrepris pour exclure l'emploi d'armes à feu, spécialement contre des enfants. D'une manière générale, il ne faut pas avoir recours aux armes à feu, si ce n'est lorsqu'un délinquant présumé oppose une résistance armée ou, de toute autre manière, met en danger la vie d'autrui, et lorsque des moyens moins radicaux ne suffisent pas pour maîtriser ou appréhender le délinquant présumé. Chaque fois qu'une arme à feu a été utilisée, le cas doit être signalé promptement aux autorités compétentes.

1009. Les responsables de l'application des lois qui ont des raisons de penser qu'une violation du présent Code s'est produite ou est sur le point de se produire signalent le cas à leurs supérieurs et, au besoin, à d'autres autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes. Le présent Code doit être observé chaque fois qu'il a été incorporé dans la législation ou dans la pratique nationale. Si la législation ou la pratique contient des dispositions plus strictes que celles du présent Code, ces dispositions plus strictes seront observées. Il vise à maintenir l'équilibre entre la discipline nécessaire au sein du service dont dépend dans une large mesure la sécurité publique, d'une part, et la nécessité de prendre des mesures en cas de violation des droits fondamentaux de la personne humaine, d'autre part.

Les responsables de l'application des lois doivent signaler les violations par la voie hiérarchique et ne prendre d'autres mesures licites que s'il n'y a pas d'autres recours ou si les recours sont inefficaces. Il est entendu que les responsables de l'application des lois ne sont pas passibles de sanctions administratives ou autres pour avoir signalé qu'une violation du présent Code s'est produite ou est sur le point de se produire. L'expression « autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes » désigne toute autorité ou toute instance créée conformément à la législation nationale, qu'elle relève du service responsable de l'application des lois ou en soit indépendante, et dotée du pouvoir statutaire, coutumier ou autre de connaître des plaintes et griefs relatifs à une violation des règles visées dans le présent Code.

1010. Les responsables de l'application des lois qui se conforment aux dispositions du présent Code méritent le respect, le soutien moral actif et le concours de la collectivité dans laquelle ils exercent leurs fonctions ainsi que ceux du service auquel ils appartiennent et de leurs pairs.

1011. De plus, il convient de se référer aux **Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants** qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

Le travail des responsables de l'application des lois représente un service social de grande importance et il faut donc maintenir et le cas échéant améliorer leurs conditions de travail et leur statut. Une menace à la vie et à la sécurité des responsables de l'application des lois doit être tenue pour une menace à la stabilité de la société dans son ensemble. Ainsi, les responsables de l'application des lois ont un rôle essentiel dans la protection du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garantie dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et réaffirmé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

1012. Dans le domaine pénitentiaire, l'ensemble de règles minima pour le traitement des détenus prévoit les circonstances dans lesquelles les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire peuvent avoir recours à la force dans l'accomplissement de leurs fonctions. L'article 3 du Code de conduite pour les responsables de l'application des lois dispose que ces responsables ne peuvent recourir à la force que lorsque cela est strictement nécessaire et seulement dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions. La réunion préparatoire interrégionale du septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui s'est tenue à Varenna (Italie), a arrêté les éléments qui devraient être examinés au cours des travaux ultérieurs sur les restrictions à l'utilisation de la force et des armes à feu par les responsables de l'application des lois.

1013. De plus, le septième Congrès, dans sa résolution 14, souligne notamment que le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois devraient être conciliés avec le respect approprié des droits de l'homme. Le Conseil économique et social, à la section IX de sa résolution 1986/10, en date du 21 mai 1986, invite les États Membres à accorder une attention particulière, lors de l'application du Code, à l'usage de la force et des armes à feu par les responsables de l'application des lois.

Il convient donc de tenir compte, sous réserve des exigences de leur sécurité personnelle, du rôle des responsables de l'application des lois dans l'exercice de la justice, de la protection du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes, de la responsabilité qui incombe à ces responsables de maintenir la sécurité publique et la paix sociale et de l'importance de leurs qualifications, de leur formation et de leur conduite.

Les pouvoirs publics doivent tenir compte des Principes de base ci-après, qui ont été formulés en vue d'aider les États Membres à assurer et à promouvoir le véritable rôle des responsables de l'application des lois, à les respecter dans le cadre de leur législation et de leur pratique nationale et à les porter à l'attention des responsables de l'application des lois ainsi que d'autres personnes telles que les juges, les membres du parquet, les avocats, les représentants du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif et le public.

Aussi, les pouvoirs publics et les autorités de police adopteront et appliqueront des réglementations sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu contre les personnes par les responsables de l'application des lois. En élaborant ces réglementations, les gouvernements et les services de répression garderont constamment à l'examen les questions d'éthique liées au recours à la force et à l'utilisation des armes à feu.

1014. En outre, les gouvernements et les autorités de police mettront en place un éventail de moyens aussi large que possible et muniront les responsables de l'application des lois de divers types d'armes et de munitions qui permettront un usage différencié de la force et des armes à feu. Il conviendrait à cette fin de mettre au point des armes non meurtrières neutralisantes à utiliser dans les situations appropriées, en vue de limiter de plus en plus le recours aux moyens propres à causer la mort ou des blessures. Il devrait également être possible, dans ce même but, de munir les responsables de l'application des lois d'équipements défensifs tels que pare-balles, casques ou gilets anti-balles et véhicules blindés afin qu'il soit de moins en moins nécessaire d'utiliser des armes de tout genre. La mise au point et l'utilisation d'armes non meurtrières neutralisantes devraient faire l'objet d'une évaluation attentive afin de réduire au minimum les risques à l'égard des tiers et l'utilisation de telles armes devrait être soumise à un contrôle strict.

1015. Par ailleurs, les responsables de l'application des lois, dans l'accomplissement de leurs fonctions, auront recours autant que possible à des moyens non violents avant de faire usage de la force ou d'armes à feu. Ils ne peuvent faire usage de la force ou d'armes à feu que si les autres moyens restent sans effet ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré.

1016. Lorsque l'usage légitime de la force ou des armes à feu est inévitable, les responsables de l'application des lois en useront avec modération et leur action sera proportionnelle à la gravité de l'infraction et à l'objectif légitime à atteindre ; s'efforceront de ne causer que le minimum de dommages et d'atteintes à l'intégrité physique et de respecter et de préserver la vie humaine ; veilleront à ce qu'une assistance et des secours médicaux soient fournis aussi rapidement que possible à toute personne blessée ou autrement affectée ; veilleront à ce que la famille ou des proches de la personne blessée ou autrement affectée soient avertis le plus rapidement possible.

Lorsque l'usage de la force ou des armes à feu par les responsables de l'application des lois entraîne une blessure ou un décès, ces responsables présenteront sans délai à leurs supérieurs un rapport sur l'incident. Les gouvernements feront en sorte que l'usage arbitraire ou abusif de la force ou des armes à feu par les responsables de l'application des lois soit puni comme une infraction pénale, en application de la législation nationale. Aucune circonstance exceptionnelle, comme l'instabilité de la situation politique intérieure ou un état d'urgence, ne peut être invoquée pour justifier une dérogation à ces Principes de base.

Les responsables de l'application des lois ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper, et seulement lorsque des mesures moins extrêmes sont insuffisantes pour atteindre ces objectifs. Quoi qu'il en soit, ils ne recourront intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines.

1017. Les responsables de l'application des lois doivent se faire connaître en tant que tels et donner un avertissement clair de leur intention d'utiliser des armes à feu, en laissant un délai suffisant pour que l'avertissement puisse être suivi d'effet, à moins qu'une telle façon de procéder ne compromette indûment la sécurité des responsables de l'application des lois, qu'elle ne présente un danger de mort ou d'accident grave pour d'autres personnes ou qu'elle ne soit manifestement inappropriée ou inutile vu les circonstances de l'incident.

1018. Une réglementation régissant l'usage des armes à feu par les responsables de l'application

des lois doit comprendre des directives aux fins ci-après : spécifier les circonstances dans lesquelles les responsables de l'application des lois sont autorisés à porter des armes à feu et prescrire les types d'armes à feu et de munitions autorisés ; s'assurer que les armes à feu ne sont utilisées que dans des circonstances appropriées et de manière à minimiser le risque de dommages inutiles ; interdire l'utilisation des armes à feu et des munitions qui provoquent des blessures inutiles ou présentent un risque injustifié ; réglementer le contrôle, l'entreposage et la délivrance d'armes à feu et prévoir notamment des procédures conformément auxquelles les responsables de l'application des lois doivent rendre compte de toutes les armes et munitions qui leur sont délivrées ; prévoir que des sommations doivent être faites, le cas échéant, en cas d'utilisation d'armes à feu ; prévoir un système de rapports en cas d'utilisation d'armes à feu par des responsables de l'application des lois dans l'exercice de leurs fonctions.

1019. Maintien de l'ordre en cas de rassemblements illégaux. Comme chacun a le droit de participer à des réunions licites et pacifiques, conformément aux principes énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les pouvoirs publics et les services et agents responsables de l'application des lois doivent reconnaître que la force et les armes à feu ne peuvent être employées que conformément aux principes suivants.

Les responsables de l'application des lois doivent s'efforcer de disperser les rassemblements illégaux mais non violents sans recourir à la force et, lorsque cela n'est pas possible, limiter l'emploi de la force au minimum nécessaire. Les responsables de l'application des lois ne peuvent utiliser des armes à feu pour disperser les rassemblements violents que s'il n'est pas possible d'avoir recours à des moyens moins dangereux, et seulement dans les limites du minimum nécessaire. Les responsables de l'application des lois ne doivent pas utiliser d'armes à feu en pareils cas.

1020. Maintien de l'ordre parmi les prévenus et condamnés incarcérés. Les responsables de l'application des lois ne doivent pas, dans leurs relations avec des prévenus ou condamnés incarcérés, avoir recours à la force sauf lorsque cela est indispensable au maintien de la sécurité et de l'ordre dans les établissements pénitentiaires, ou lorsque la sécurité des personnes est menacée. Les responsables de l'application des lois ne doivent pas, dans leurs relations avec les prévenus ou condamnés incarcérés, avoir recours aux armes à feu, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace immédiate de mort ou de blessure grave, ou lorsque ce recours est indispensable pour prévenir l'évasion d'un prévenu. Les principes qui précèdent

s'entendent sans préjudice des droits, devoirs et responsabilités des agents de l'administration pénitentiaire, tels qu'ils sont énoncés dans l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, en particulier aux règles 33, 34 et 54.

1021. Aptitudes, formation et conseils. De surcroît, les pouvoirs publics et les autorités de police doivent s'assurer que tous les responsables de l'application des lois sont sélectionnés par des procédures appropriées, qu'ils présentent les qualités morales et les aptitudes psychologiques et physiques requises pour le bon exercice de leurs fonctions et qu'ils reçoivent une formation professionnelle permanente et complète. Il convient de vérifier périodiquement s'ils demeurent aptes à remplir ces fonctions.

Les pouvoirs publics et les autorités de police doivent s'assurer que tous les responsables de l'application des lois reçoivent une formation et sont soumis à des tests selon des normes d'aptitude appropriées sur l'emploi de la force. Les responsables de l'application des lois qui sont tenus de porter des armes à feu ne doivent être autorisés à en porter qu'après avoir été spécialement formés à leur utilisation.

Pour la formation des responsables de l'application des lois, les pouvoirs publics et les autorités de police accorderont une attention particulière aux questions d'éthique policière et de respect des droits de l'homme, en particulier dans le cadre des enquêtes, et aux moyens d'éviter l'usage de la force ou des armes à feu, y compris le règlement pacifique des conflits, la connaissance du comportement des foules et les méthodes de persuasion, de négociation et de médiation, ainsi que les moyens techniques, en vue de limiter le recours à la force ou aux armes à feu. Les autorités de police devraient revoir leur programme de formation et leurs méthodes d'action en fonction d'incidents particuliers.

Les pouvoirs publics et les autorités de police doivent assurer une aide psychologique aux responsables de l'application des lois impliqués dans des situations où la force et les armes à feu sont utilisées.

1022. Procédures d'établissement de rapport et d'enquête. Les pouvoirs publics et les autorités de police doivent établir des procédures appropriées de rapport et d'enquête pour tous les incidents. Pour les incidents faisant l'objet d'un rapport en vertu des présents Principes, les pouvoirs publics et les autorités de police doivent s'assurer qu'une procédure d'enquête effective puisse être engagée et que, dans l'administration ou le parquet, des autorités indépendantes soient en mesure d'exercer leur juridiction dans des conditions appropriées. En cas de décès ou de blessure grave, ou autre conséquence grave, un rapport détaillé sera envoyé immédiatement aux autorités compétentes chargées de l'enquête administrative ou de l'information judiciaire.

Les personnes contre qui il est fait usage de la force ou d'armes à feu ou leurs représentants autorisés ont accès à une procédure indépendante, en particulier à une procédure judiciaire. En cas de décès de ces personnes, la présente disposition s'applique à leurs personnes à charge.

Les pouvoirs publics et les autorités de police doivent faire en sorte que les supérieurs hiérarchiques soient tenus pour responsables si, sachant ou étant censés savoir que des agents chargés de l'application des lois placés sous leurs ordres ont ou ont eu recours à l'emploi illicite de la force ou des armes à feu, ils n'ont pas pris toutes les mesures en leur pouvoir pour empêcher, faire cesser ou signaler cet abus.

1023. Les pouvoirs publics et les autorités de police doivent faire en sorte qu'aucune sanction pénale ou disciplinaire ne soit prise à l'encontre de responsables de l'application des lois qui, conformément au Code de conduite pour les responsables de l'application des lois et aux présents Principes de base, refusent d'exécuter un ordre de recourir à la force ou aux armes à feu ou qui dénoncent le recours à la force ou aux armes à feu par d'autres responsables de l'application des lois.

L'obéissance aux ordres ne pourra être invoquée comme moyen de défense si les responsables de l'application des lois savaient qu'un ordre de recourir à la force ou aux armes à feu ayant entraîné la mort ou des blessures graves était manifestement illicite et s'ils avaient une possibilité raisonnable de refuser de l'exécuter. De toute façon, la responsabilité du supérieur qui a donné l'ordre illicite est également engagée.

Les États peuvent également s'autolimiter en édictant des codes de déontologie professionnelle qui prescrivent des normes de comportement pour leur force publique.

2. L'encadrement de l'emploi des armes à feu par le Code de déontologie professionnelle (*Code of professional conduct*).

1024. Le code de déontologie vise à arrêter les principes généraux dans lesquels s'inscrit l'action de la police et fixe le contexte éthique de l'activité de la police. Bras armé de l'État, la police agit, soit en fonction de compétences originelles, soit en concours avec les autorités compétentes de par la loi. En axant son action sur le respect des normes juridiques démocratiquement acceptées, la police contribue à l'affirmation de la souveraineté de l'État et au respect des libertés et droits fondamentaux des citoyens. Par là même, elle est la gardienne des valeurs intemporelles et universelles de l'État.

1025. Au Canada, le règlement du **Nouveau-Brunswick** 2007-81 pris en vertu de la loi sur la police (d.c. 2007-503) du 21 décembre 2007 (New Brunswick regulation 2007-81 under the police act (o.c. 2007-503), december 21, 2007) édicte un Code de déontologie professionnelle. Le Code de déontologie professionnelle (*Code of professional conduct*) des Normes ou Standards. Il incombe ainsi à tout membre d'un corps de police de faire ce qui suit : a) respecter les droits de toute personne; b) maintenir l'intégrité du droit et de son application ainsi que de l'administration de la justice; c) remplir ses fonctions avec promptitude, impartialité et diligence, conformément au droit et sans abuser de son autorité; d) éviter les conflits d'intérêts, qu'ils soient réels, apparents ou potentiels; e) veiller à ce que l'inconduite d'un membre d'un corps de police n'est pas cachée ou ne se répète pas; f) ne pas rechercher ni accepter des avantages particuliers dans l'exercice de ses fonctions et ne jamais contracter une obligation qui puisse entraver l'exécution de ses fonctions; g) se conduire, en tout temps, d'une manière à ne pas jeter le discrédit sur son rôle de membre d'un corps de police; h) traiter également toute personne ou classe de personnes sans distinction de race, de couleur, de croyance, d'origine nationale, d'ascendance, de lieu d'origine, d'âge, d'incapacité physique, d'incapacité mentale, d'état matrimonial, d'orientation sexuelle, de sexe, de condition sociale ou de convictions ou d'activité politiques. (34).

Aussi, commet une infraction au code le membre d'un corps de police qui : g) utilise et entretient son arme à feu de façon inappropriée au sens de l'article 42 ; h) endommage les biens appartenant au corps de police au sens de l'article 43 ; i) fait un mauvais usage de boissons alcooliques ou de drogues de manière préjudiciable à ses fonctions au sens de l'article 44. (35).

En ce qui concerne l'utilisation et entretien inapproprié des armes à feu, un membre d'un corps de police utilise et entretient son arme à feu de façon inappropriée dans les cas suivants : a)

lorsqu'il est de service, il transporte une arme à feu autre que celle qui lui a été délivrée par le corps de police ; b) lorsqu'il est de service, autre que pour un exercice d'entraînement d'arme à feu, il décharge son arme à feu intentionnellement ou par accident et omet de déposer un rapport de l'incident le plus tôt possible ; c) il omet d'exercer un bon jugement et de réserve concernant l'utilisation et l'entretien de son arme à feu. (42).

1026. Au Québec, le Code de déontologie des policiers du Québec appliqué⁹⁰¹ précise en son article 11 : « Le policier doit utiliser une arme et toute autre pièce d'équipement avec prudence et discernement. Notamment, le policier ne doit pas : exhiber, manipuler ou pointer une arme sans justification ; négliger de prendre les moyens nécessaires pour empêcher l'usage d'une arme de service par une personne autre qu'un policier. »

En ce qui concerne l'usage de l'arme de service, la justice québécoise est venue encadrer le recours à la force publique potentiellement meurtrière. « Dans une société libre et démocratique comme celle dans laquelle nous vivons, le fait d'être autorisé à porter, et éventuellement à utiliser, une arme à feu constitue un redoutable privilège, et cela est aussi vrai dans le cas des policiers. ». [...] « En décidant, somme toute, que le recours à l'arme à feu n'est justifié qu'en dernier ressort, quand toutes les autres alternatives ont été épuisées, et que même en pareil cas, le policier qui fait feu ne doit pas utiliser son arme à l'aveuglette, le Comité a dès lors défini un standard déontologique qui est non seulement raisonnable, mais encore socialement souhaitable [...] ». [...] « L'obligation d'agir avec discernement et prudence » doit s'apprécier dans les circonstances relatées et non dans des conditions idéales hors contexte. Bien qu'il puisse arriver que les circonstances leur laissent peu de temps pour analyser la situation et prendre les meilleures décisions. "Les policiers ne sont pas pour autant dispensés de faire preuve de sang-froid et de discernement quand ils ont à affronter des événements qui provoquent une forte montée d'adrénaline [...] ». (Arrêt de la Cour de Québec, *Potvin et Lemay c. C.D.P.*, C.Q. 550-02-011848-991, 20 juin 2003).

Le Comité est d'avis que l'agent n'utilise pas avec prudence et discernement son arme de service lorsqu'il décide de dégainer pour se mettre à la poursuite des individus. Le policier n'a aucun motif valable de dégainer son arme de service. Il en est de même de son coéquipier qui, à sa sortie du bar, et selon son propre témoignage, n'a rien vu qui le justifiait de dégainer son arme, si ce n'est que son coéquipier l'avait déjà fait. La preuve des policiers révèle que les agents ne devaient poser un tel geste car ces individus, bien qu'un ait été armé d'un bâton de baseball, ne représentaient pas de danger à leur sécurité. Par ailleurs, la procédure opérationnelle du corps de police concerné

⁹⁰¹ Pour l'exposition de la consistance de l'encadrement déontologique de l'action policière dans l'État du Québec, il convient de voir *supra* les notes 905-906.

justifie l'utilisation d'une arme de service en cas de légitime défense ou lorsqu'une vie humaine est en danger et que les autres moyens ont été épuisés ou qu'ils s'avèrent inadéquats, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. (C.D.P. c. Poirier, 20 mai 1993).

Dans le cas d'un policier cité pour avoir dégainé son arme sans justification dans le but de dissuader des adolescents de quitter les lieux, la sortie de l'arme constituait une utilisation imprudente et sans discernement lorsque la preuve a démontré qu'il ne pouvait sérieusement croire, à cet instant même, que l'un ou plusieurs des jeunes pouvaient avoir sur eux une arme, ou même des balles, et avoir l'intention de s'en servir contre lui ou contre d'autres. En conséquence, l'explication du policier à l'effet qu'il voulait se protéger et protéger les autres jeunes d'une attaque armée possible au moment où il a dégainé n'est pas convaincante. (Fleurant c. C.D.P., C.Q. 500-02-100282-016, 18 octobre 2002).

1027. En **France**, le Code de déontologie de la police nationale, dans son Titre préliminaire prévoit que la police nationale concourt, sur l'ensemble du territoire, à la garantie des libertés et à la défense des institutions de la République, au maintien de la paix et de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens. (Article 1)⁹⁰². La police nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la Constitution, des conventions internationales et des lois. (Article 2).

Placé au service du public, le fonctionnaire de police se comporte envers celui-ci d'une manière exemplaire. Il a le respect absolu des personnes, quelles que soient leur nationalité ou leur origine, leur condition sociale ou leurs convictions politiques, religieuses ou philosophiques. (Article 7, Titre Ier : Devoirs généraux des fonctionnaires de la police nationale).

Lorsqu'il est autorisé par la loi à utiliser la force et, en particulier, à se servir de ses armes, le fonctionnaire de police ne peut en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre. (Article 9).

Le fonctionnaire de police ayant la garde d'une personne dont l'état nécessite des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et, le cas échéant, prendre des mesures pour protéger la vie et la santé de cette personne. (Article 10).

⁹⁰² PAOLI (C.), PORRA (S.), *Code annoté de déontologie policière*, L.G.D.J, Paris, 1991, 202 pages.

Paoli, Claude *forme internationale*, nationalité : France, langue : français. Commissaire divisionnaire, ancien chargé d'enseignement des facultés de droit, ancien major de l'École Nationale Supérieure de Police (ENSP), professeur associé à l'ENSP. Source : Bibliothèque Nationale de France.

1028. Le Code de déontologie de la police nationale français a servi de modèle au **Code de déontologie de la police nationale de Madagascar**. Il convient de mettre en lumière une différence concernant le texte juridique fondamental dans le domaine des droits de l'homme : à savoir, en France, il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; alors qu'à Madagascar, c'est la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies de 1948 qui est visée.

Sur le continent africain, à Madagascar, le décret n° 96-174 portant Code de déontologie de la police nationale édicté sur le fondement de la Constitution du 18 septembre 1992, de la Loi n° 81-018 du 30 juillet 1981 portant ratification de l'Ordonnance n° 81-013 du 11 avril 1981 relative au Statut des Personnels de la Police Nationale, et du Décret n°93.506 du 10 septembre 1993 fixant les attributions du Ministre de la Police Nationale ainsi que l'organisation générale de son Ministère prescrit que le présent Décret s'applique aux Fonctionnaires de la Police Nationale, aux assimilés et à toute personne appelée à participer à ses missions à titre temporaire ou permanent ou y collaborant occasionnellement. (Titre premier « Dispositions générales », article premier).

La Police Nationale qui est un Corps civil de l'État investi de missions de Police Administrative et de Police Judiciaire concourt, sur toute l'étendue du Territoire National, à l'application des Lois et Règlements, à la garantie des libertés constitutionnelles individuelles et collectives, à la défense des Institutions de la République, au maintien de la paix sociale et l'ordre ainsi qu'à la protection des personnes et des biens.

La Police Nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration Universelle de Droit de l'Homme des Nations Unies, de la Charte Africaine des Droits de l'Homme, de la Constitution, des Conventions Internationales et des Lois. (Article 4).

Le Fonctionnaire de la Police Nationale est intègre et impartial. Il fait face aux devoirs de ses charges sans haine, ni crainte, ni complaisance, avec toujours à l'esprit le sens de l'honneur et ne se départit de sa dignité en toutes circonstances. Placé au service du public, il se comporte avec celui-ci d'une manière exemplaire. Il a le respect absolu des personnes quelle qu'en soient la nationalité, l'origine, la condition sociale ou les convictions politique, religieuse ou philosophique.

Il est le protecteur des faibles et opprimés, le rempart de la justice contre l'injustice, de l'ordre contre l'anarchie. (Titre II « Des devoirs généraux des fonctionnaires de la police nationale », article 6). Lorsqu'il est autorisé par la Loi à utiliser la force, et en particulier à se servir de ses armes, le Fonctionnaire de la Police Nationale ne peut en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre, après les autres moyens réglementaires aient échoué. (Article 8 Titre II « Des devoirs généraux des fonctionnaires de la police nationale »).

Pour l'application des dispositions des Articles 4 et 6 du présent Décret : **1°** Toute personne appréhendée par un service de la Police Nationale, pour quelque motif que ce soit, est placée sous sa responsabilité et sa protection ; Elle ne doit subir, de la part des Fonctionnaires de la Police Nationale ou de quiconque, aucune violence ni aucun traitement inhumain ou dégradant ; **2°** Toute personne se trouvant dans les locaux et enceintes d'un Service de la Police Nationale, quels que soient les motifs de cette présence, est placée sous la protection des Fonctionnaires de la Police Nationale et particulièrement si elle y a cherché refuge pour échapper à un danger ; **3°** Le Fonctionnaire de la Police Nationale avant la garde d'une personne dont l'état nécessite une attention particulière ou des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et le cas échéant, prendre toutes mesures utiles pour sauvegarder la vie de cette personne. (Article 9).

L'article 21 prescrit donc que « Tout manquement à l'une quelconque des obligations définies par le présent Décret expose son auteur à une sanction disciplinaire, sa préjudice s'il y échec, de poursuites pénales ou / et civiles.

Tombe également sous le coup de disposition de l'Aliéna précédent le Fonctionnaire de la Police Nationale qui, étant témoin d'agissements prohibés par l'Article 9 n'entreprend rien pour les faire cesser ou négliger de les porter à la connaissance de l'autorité supérieure ». (Titre III « Des droits et obligations respectifs des fonctionnaires de police »).

§ 2. L'encadrement *a posteriori* non juridictionnel : le corps d'inspection de la police et les instances de contrôle externe.

1029. Le parangon de l'encadrement *a posteriori* réside dans la figure du juge qui constitue le gardien des libertés individuelles à l'aune de l'article 66 de la Constitution du 04 octobre 1958. Du point de vue du contrôle *a posteriori* non juridictionnel lequel concourt de manière significative au rayonnement de la vérité dans les cas d'usage des armes à feu, il convient d'étudier l'institution de corps d'inspection au sein de la force publique qui représente un contrôle interne du comportement policier **(A)**.

De plus, il convient de mettre en lumière pour appréhender le contrôle non juridictionnel du recours légal à la force, l'institution d'autorités administratives indépendantes lesquelles exercent un contrôle remarquable et qui pourraient servir de modèle **(B)**.

A. L'institution de corps d'inspection au sein de la force publique : un contrôle interne du comportement policier.

1030. L'excès du recours à la force au moyen de son arme de service engendre la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire du membre de la force publique mis en cause. Ainsi, s'agissant de l'exercice du pouvoir disciplinaire en matière policière, la Commission du service de la police d'**Antigua et Barbuda**, composée d'un président et de pas moins de deux membres et plus de six membres, lesquels sont nommés par le Gouverneur-général et qui a pour mission de nommer les personnes qui intégreront la force de police d'Antigua et Barbuda, exercera également les pouvoirs disciplinaires et de contrôle sur les personnes qui exercent leurs fonctions au sein de la police⁹⁰³.

1031. En **France**, l'inspection générale de la police nationale (IGPN) est le service à compétence nationale chargé du contrôle des directions et des services de la direction générale de la police nationale et de la préfecture de police. A ce titre, elle exerce des missions de trois ordres : des audits points-clé et, depuis 2007, des contrôles inopinés des services de police sur des thématiques ciblées comme par exemple l'accueil du public ; des études et des recommandations visant à l'amélioration du fonctionnement des services. Enfin, l'IGPN est chargée de veiller au respect, par les fonctionnaires de police, des lois et des règlements et du Code de déontologie de la police nationale. Dans ce cadre, elle effectue les enquêtes qui lui sont confiées par les autorités administratives et judiciaires qui seules peuvent la saisir.

L'IGPN est régi par l'arrêté du 28 août 2013 relatif à l'organisation de l'inspection générale de la police nationale⁹⁰⁴. Le directeur, chef de l'inspection générale de la police nationale, est assisté de deux directeurs adjoints, dont l'un exerce les fonctions de chef de la délégation de Paris. (Article 1)

L'inspection générale de la police nationale comprend : un secrétariat général ; une unité de coordination des enquêtes ; une division nationale des enquêtes intégrant une cellule de lutte contre la corruption ; un cabinet de l'analyse, de la déontologie et de la règle ; un cabinet des inspections et des audits ; un cabinet des études ; et une mission de soutien et de conseil.

Elle dispose d'implantations portant le nom de délégation de l'inspection générale de la police nationale à Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Metz, Paris et Rennes. Elle dispose d'une implantation portant le nom de bureau de l'inspection générale de la police nationale à Nice. Ces

⁹⁰³ Constitution d'Antigua et Barbuda, CAP. 23, Order 1981, numéro 1106, 31 juillet 1981, entré en vigueur le 31 octobre 1981, Chapitre sept intitulé « Le Service public », deuxième partie, « La Commission du service de police », 104 ; 105). Source : World Intellectual Property Organization (WIPO), site institutionnel : <<http://www.wipo.int/>>

⁹⁰⁴ NOR: INTC1320185A, *JORF* n°0201 du 30 août 2013, texte n° 33.

délégations et ce bureau diligent des enquêtes judiciaires et administratives. La délégation de Paris est organisée en cabinets d'enquête. Bien que le nombre des implantations de l'IGPN ait été doublé, il a cependant été jugé nécessaire de mettre en place un nouveau mode d'accès à l'inspection en créant une plate-forme internet ouverte à toute personne victime ou témoin d'un comportement susceptible de mettre en cause un agent de la police nationale. Il s'agit ainsi de recueillir les signalements de manière rigoureuse et cohérente, de les analyser et d'en tirer toutes les conséquences, que ce soit en termes d'attente des citoyens, de modifications des pratiques ou, le cas échéant, d'enquêtes judiciaires ou administratives⁹⁰⁵.

D'un point de vue organique, il convient de se référer au décret n° 2007-315 du 7 mars 2007 relatif aux conditions de nomination et d'avancement dans les emplois d'inspecteur général et de contrôleur général des services actifs de la police nationale⁹⁰⁶. Dans les services actifs de la police nationale, les emplois d'inspecteur général et de contrôleur général sont pourvus par voie de détachement. Les nominations aux emplois d'inspecteur général et de contrôleur général sont prononcées par décret sur le rapport du ministre de l'Intérieur. (Article 1, Chapitre Ier : Dispositions permanentes).

Les inspecteurs généraux des services actifs de la police nationale assurent notamment des missions de direction comportant des responsabilités supérieures d'encadrement ou des missions d'expertise de haut niveau. Ils peuvent être chargés d'inspections, d'études, de missions spéciales ou générales à caractère international, national ou local concourant à l'élaboration, à la coordination de la mise en œuvre et à l'évaluation des politiques publiques dans le domaine de la sécurité intérieure.

Les contrôleurs généraux des services actifs de la police nationale assurent notamment, en matière de sécurité intérieure, des missions de contrôle et d'audit. (Article 3). Peuvent être nommés dans l'emploi de contrôleur général des services actifs de la police nationale, les commissaires divisionnaires ayant atteint le 5e échelon de leur grade et, dans la limite de 5 % des emplois considérés, les magistrats de l'ordre judiciaire et les fonctionnaires appartenant à l'un des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration ou de l'École polytechnique qui justifient de huit années au moins de services effectifs accomplis dans un ou plusieurs de ces corps ou en position

⁹⁰⁵ La réforme est entrée en vigueur au 2 septembre 2013.

<<http://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Organisation/Inspection-Generale-de-la-Police-Nationale/Signalement-IGPN>>

⁹⁰⁶ NOR: INTC0700027D. Ce décret édicté par Premier ministre a pour fondement juridique la loi n° 66-492 du 9 juillet 1966 portant organisation de la police nationale, le décret n° 55-1226 du 19 septembre 1955 modifié relatif aux conditions de nomination et d'avancement dans les emplois de chef de service, de directeur adjoint et de sous-directeur des administrations centrales de l'État et le décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale, modifié par le décret n° 97-640 du 31 mai 1997.

de détachement dans un emploi fonctionnel.

Peuvent être nommés dans l'emploi d'inspecteur général des services actifs de la police nationale, les commissaires divisionnaires ayant occupé un emploi de contrôleur général depuis un an au moins et, dans la limite de 5 % des emplois considérés, les magistrats de l'ordre judiciaire et les fonctionnaires appartenant à l'un des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration ou de l'École polytechnique qui justifient de neuf années au moins de services effectifs accomplis dans un ou plusieurs de ces corps ou en position de détachement dans un emploi fonctionnel. (Article 5).

1032. Le corps d'inspection de la police est une institution répandue à travers le monde. Sur le **continent américain**, au **Canada**, et plus précisément au **Québec**, le contrôle administratif de la police est caractérisé par la multiplicité des instances devant lesquelles le policier est redevable, à divers titres, de son comportement. Ainsi, le policier québécois est redevable de son comportement devant la Commission de police (voir notamment l'article 21 de la Loi de police, L.R.Q., c. P-13)⁹⁰⁷, le directeur du corps policier concerné ou officier de direction à l'instar du directeur général de la Sûreté du Québec ou du directeur général de chaque corps policier municipal.

S'agissant de la force publique de nature militaire, l'on pourra également se référer à la Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada, à l'échelon fédéral en son article cinq⁹⁰⁸. Le commissaire de la Gendarmerie Royale du Canada est ainsi « investi de l'autorité sur la gendarmerie et de la gestion de toutes les matières s'y rattachant. »

1033. L'on relèvera un exemple hybride de contrôle administratif de la force publique. **Au Grand-Duché de Luxembourg**, l'inspection générale de la police est intégrée dans un système externe de contrôle formel de la police. L'inspection générale de la police se trouve placée sous l'autorité hiérarchique et/ou fonctionnelle de certaines autorités du pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Elle est indépendante vis-à-vis du corps même de la police.

Il faut mentionner que le rapport annuel de l'inspection générale de la police est publié sous les auspices du ministère de la justice. L'Inspection Générale de la Police est instituée en vertu des dispositions prévues à la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection Générale de la Police pour contrôler le fonctionnement de la Police. Ce texte de loi détermine les tâches générales, l'origine du personnel ainsi que les autorités hiérarchique et fonctionnelles de l'Inspection Générale de la Police.

⁹⁰⁷ « L.R.Q. » désigne le *Recueil des lois et règlements du Québec*.

⁹⁰⁸ Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada, S. R. C. 1970, c. R-9, article 5.

L'IGP est intégrée dans un système externe de contrôle formel de la Police. Il y a lieu de souligner que le contrôle exercé par cet organe s'ajoute respectivement s'exerce sans préjudice des contrôles existant déjà, à savoir : le contrôle administratif, exercé par les Ministres et les autorités administratives, le contrôle judiciaire, exercé par les autorités judiciaires, le contrôle parlementaire, exercé par la Chambre des Députés et les commissions parlementaires. À côté de ces trois piliers, il existe aussi d'autres formes de contrôle tels que le contrôle hiérarchique interne de la Police ainsi que le contrôle informel par les syndicats policiers, la presse, les citoyens en général.

L'IGP est placée sous l'autorité hiérarchique et/ou fonctionnelle de certaines autorités du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. L'Inspection Générale de la Police est placée sous la seule autorité hiérarchique directe du Ministre de la Justice et sous l'autorité fonctionnelle du Ministre de la Justice, du Procureur Général d'État et des autres autorités judiciaires.

L'IGP est indépendante vis-à-vis du Corps de la Police. Indépendance signifie neutralité et égalité, objectifs facilités par les faits suivants : l'IGP et la Police sont placées à niveau égal mais séparées organiquement et fonctionnellement ; l'IGP dispose de son organisation particulière. Le Ministre de la Justice exerce l'autorité hiérarchique directe sur l'IGP, le pouvoir disciplinaire est exercé par l'Inspecteur Général à l'égard du personnel de l'IGP.

Fonctions, attributions. La mission légale de l'Inspection Générale de la Police consiste à contrôler le fonctionnement de la Police (article 72 de la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection Générale de la Police). Les fonctions de l'Inspection Générale de la Police peuvent être schématisées comme suit : contrôle – légalité (article 74) avec mission de rapporter au Ministre de la Justice, avec comme objectif le contrôle de la légalité de l'exécution du service et avec un droit d'inspection général et permanent, exercé au besoin d'office ; contrôle – qualité (article 75) avec mission d'étude et d'avis confiés par le Ministre de la Justice ainsi que le Procureur Général d'État, avec comme objectif l'amélioration du service de la Police auxiliaire des autorités judiciaires (article 76) avec mission d'enquête sur requête de celles-ci, avec les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers de police judiciaire.

À côté de ces fonctions prévues par la loi, l'Inspection Générale de la Police assure également une mission permanente de conseil du Ministre de la Justice dans l'exercice de ses responsabilités soit en matière de sécurité intérieure, soit en relation avec d'autres missions concernant la Police. Par ailleurs, il est important de souligner que la loi oblige le Directeur Général de la Police d'informer l'Inspecteur Général de la Police de tout projet de disposition légale ou réglementaire relatif au statut du personnel de la Police qu'il soumet au Ministre ou dont il est saisi pour avis ainsi que de la politique générale qu'il suit en vue de préparer la Police aux diverses missions qui lui sont confiées

(article 77 de la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'IGP).

Elle participe également régulièrement à l'instruction de base et à la formation continue du personnel policier afin de transposer les valeurs poursuivies par l'Inspection Générale de la Police dans l'instruction du personnel de la Police.

Limites d'action. L'Inspection Générale de la Police ne peut en aucun cas, par une intervention inquisitoriale, priver les services de police et les policiers de toute forme de créativité, d'initiative ou de motivation, ou, à travers ses rapports transmis aux autorités compétentes, exercer une critique négative systématique. Elle ne peut fonctionner si elle est ressentie essentiellement comme hostile par les policiers ou si elle donne l'impression de se mettre à la place des responsables policiers dans l'exercice de leurs tâches de gestion.

C'est ainsi que l'Inspection Générale de la Police est uniquement compétente à l'égard de la Police et vise le fonctionnement des services de celle-ci ou bien les activités de son personnel, n'exerce pas le pouvoir disciplinaire vis-à-vis de la Police, ne prend pas de décision à la place de la Direction Générale de la Police, ne met pas en œuvre les recommandations qu'elle formule, mais assure le suivi de l'implémentation de celles retenues par le Ministre de la Justice.

Organisation. Le personnel de l'Inspection Générale de la Police se compose : un Inspecteur Général de la Police, deux Premiers Commissaires Divisionnaires de Police, une Commissaire Principale de Police, deux Attachées de Direction, six Commissaires en Chefs de Police, une Employée, une personne sous contrat auxiliaire temporaire. L'Inspection Générale de la Police est instituée en vertu des dispositions prévues à la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection Générale de la Police pour contrôler le fonctionnement de la Police. Ce texte de loi détermine les tâches générales, l'origine du personnel ainsi que les autorités hiérarchique et fonctionnelles de l'Inspection Générale de la Police.

B. L'institution d'autorités administratives indépendantes dans le domaine de la force publique

1034. Il convient d'étudier le mécanisme juridique de l'autorité administrative indépendante en matière policière en France et dans le monde (1). Au Canada, le Parlement a décidé d'instaurer un examen du recours à la force meurtrière par la Commission des plaintes du public contre la gendarmerie royale du Canada laquelle exerce un contrôle remarquable de l'action de la gendarmerie, constituant un modèle dont la France pourrait s'inspirer (2).

1) Le mécanisme juridique de l'autorité administrative indépendante en matière policière.

1035. Le concept d'autorité indépendante qui examine la conduite des membres de la force publique est un concept que l'on retrouve à travers le monde. Ainsi, en **Nouvelle-Zélande**, l'autorité indépendante sur la conduite de la police est prévue par la loi 1988, numéro deux, en date du 10 mars 1988 (« Independent Police Conduct Authority Act 1988 »). L'autorité indépendante sur la conduite de la police fut instituée par la section 4 de la loi de 1988 précitée, (modifiée par la section 7 de l'amendement à la loi sur l'autorité indépendante de la conduite de la police, cet amendement ayant été voté en 2007 (Amendment Act 2007 numéro 38)⁹⁰⁹.

L'autorité est composée de cinq membres nommés par le Gouverneur-général sur la recommandation de la Chambre des représentants (section cinq). Il convient de préciser que le président de l'autorité doit être un juge ou un juge à la retraite (voir la section 5A). L'autorité indépendante a pour fonction de recevoir les plaintes qui allèguent n'importe quelle mauvaise conduite ou négligence au regard du devoir dont se serait rendu fautif un membre de la police (voir la section 12, 1, a, i.).

L'autorité peut enquêter sur n'importe quelle mauvaise conduite apparente ou négligence au regard du devoir dont se serait rendu coupable un policier, mais également sur n'importe quelle pratique policière, politique ou procédure, qui apparaît à l'autorité en relation avec la plainte (voir la section 12, 2). La plainte peut être effectuée soit oralement soit par écrit (section 14, 1).

L'autorité indépendante peut en tout temps décider d'enquêter sur une plainte lui-même (voir la section 19, b) ; lorsqu'elle supervise une enquête de police, l'autorité peut donner des directives à la police s'agissant de l'enquête comme elle pense que cette dernière devrait agir (voir la section 19, c) ; et, elle peut ordonner à la police de réouvrir une enquête (voir la section 19, d). Enfin, l'autorité a le pouvoir, dans l'intérêt public et dans les intérêts de toute personne, de publier des rapports concernant l'exercice général de sa fonction ou bien encore concernant n'importe quel cas en relation avec sa fonction (voir la section 34, 1).

Ainsi, s'agissant d'une très grave atteinte à l'intégrité physique des usagers du domaine public routier autoroutier, il convient de mettre en lumière le très grand caractère démocratique de

⁹⁰⁹ Source : site institutionnel du Bureau du conseil parlementaire de Nouvelle-Zélande (Parliamentary Counsel Office, Te Tari Tohutohu Paremata) qui certifie et publie la législation de Nouvelle-Zélande, <<http://www.legislation.govt.nz>>

l'État de Nouvelle-Zélande qui, à travers l'autorité indépendante sur la conduite de la police, conduisit à la condamnation de policiers chargés de l'escorte du Premier Ministre. De cette manière, l'autorité indépendante fut saisie de nombreuses plaintes de la part de personnes suite à l'excès de vitesse du cortège officiel transportant le premier ministre et le ministre l'agriculture, dans l'après-midi du 14 juillet 2004, cortège qui se rendait à l'aéroport de Christchurch.

La police initia une enquête qui aboutit à établir des charges entre quelques membres du cortège officiel. L'autorité indépendante publie un rapport qui décrivait les événements qui eurent lieu qui eurent lieu avant et durant le cortège primo-ministériel ; et, l'autorité rendue publique les détails de l'enquête ordonnée par la police ainsi que la procédure à laquelle la décision prise de poursuivre certains des membres de la police de l'escorte.

1036. L'encadrement *a posteriori* non juridictionnel consiste à ce que l'État met en place des instances non juridictionnelles afin d'encadrer l'action de sa force publique. De cette manière, le gouvernement écossais a prévu un système de plaintes ouvert au public. En premier lieu, une personne qui s'estime avoir été lésée par l'action d'un membre de la force publique pourra écrire au Chief Constable du service de la police d'Écosse⁹¹⁰. Ensuite, le Chef de la police d'Écosse appréciera la plainte. Le « Commissaire aux investigations policières » (« Police Investigations and Review Commissioner (PIRC) ») lequel a remplacé l'ancien « Police Complaints Commissioner for Scotland » (PCCS) (« Commissaire aux plaintes à l'égard de la police pour l'Écosse ») depuis le 1er avril 2013 a l'autorité d'instruire les plaintes relatives aux forces de police. Cette autorité a le pouvoir d'établir des plaintes contre la police et de décider si la police doit être poursuivie.

Comme partie de la réforme des services de police d'Écosse, réforme qui eut lieu en avril 2013, le Commissaire aux investigations de la police fut établi. La loi étend le rôle et les responsabilités de ce Commissaire en incluant la conduite d'investigations indépendantes, pour ce qui concerne les incidents les plus sérieux dans l'action de la police.

Ainsi, le Commissaire fut chargé d'apprécier l'utilisation du pistolet à impulsion électrique contre une personne âgée de 15 ans porteur d'un couteau. Le commissaire estima que la police pouvait légitimement user d'un bâton de défense et d'un pistolet à impulsion électrique dans le but de désarmer le garçon de 15 ans, lequel menaçait les officiers de police. (18 juin 2013). En ce qui concerne l'utilisation des pistolets à impulsions électriques, le Commissaire justifiait également son

⁹¹⁰ Police Service of Scotland, PO Box 21184, Alloa, FK10 9DE.

utilisation de la part des policiers en vue de contrôler et de désarmer un homme de 32 ans qui menaçait le public et les officiers de police dans le centre-ville d'Édimbourg. (27 août 2013)⁹¹¹.

1037. En France, le Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante. Unique en son genre, elle est chargée de veiller à la protection des droits et des libertés et de promouvoir l'égalité. Inscrite dans la Constitution depuis le 23 juillet 2008⁹¹² et instituée par la loi organique⁹¹³ et la loi ordinaire du 29 mars 2011, elle regroupe les missions du Médiateur de la République, et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS)⁹¹⁴.

Le Défenseur des droits est nommé par décret en Conseil des ministres pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. (Article 1^{er} de la Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits). Afin de garantir son indépendance, le Défenseur des droits, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction⁹¹⁵. Le Défenseur des droits et ses adjoints ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. (Article 2).

La compétence du Défenseur des droits s'exerce à l'égard de la force publique ; il est chargé « : [...] 4° De veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité

⁹¹¹ Source : site institutionnel, <<http://pirc.scotland.gov.uk>>

⁹¹² L'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, Titre XI bis : Le Défenseur des droits (créé par Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 en son article 41), prévoit que le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut se saisir d'office. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement.

⁹¹³ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, NOR: JUSX0918101L, *JORF* n°0075 du 30 mars 2011, page 5497, texte n° 1. Conseil constitutionnel : Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011 publiée au *Journal officiel* du 30 mars 2011, p. 5507 et *Recueil*, p. 165. VERPEAUX (Michel), « Il est né le Défenseur des droits », *La Semaine juridique*, Édition générale, 25 avril 2011, n° 17, pp. 823-828.

⁹¹⁴ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, NOR: JUSX0918102L, *JORF* n°0075 du 30 mars 2011, page 5504, texte n° 2. L'article 22 précise que sont abrogés la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République et la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité.

⁹¹⁵ Il convient de souligner que, d'un point de vue budgétaire, la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits prévoit que l'autonomie budgétaire du Défenseur des droits est assurée dans les conditions déterminées par une loi de finances. Le Défenseur des droits est ordonnateur des crédits qui lui sont affectés, et la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées n'est pas applicable. Mais, l'indépendance ne signifie pas une exonération de tout contrôle. Ainsi, le Défenseur des droits présente ses comptes au contrôle de la Cour des comptes. (Article 10).

sur le territoire de la République⁹¹⁶. » Toute personne « qui a été victime ou témoin de faits dont elle estime qu'ils constituent un manquement aux règles de déontologie dans le domaine de la sécurité⁹¹⁷ » a la possibilité de saisir le Défenseur des droits. En outre, il peut se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la personne dont les droits et libertés sont en cause.

Pour ne pas faire obstacle à la bonne marche de l'encadrement juridique *a posteriori* non juridictionnel, le législateur a prévu la gratuité de la saisine du Défenseur des droits ; mais, elle est précédée de démarches préalables auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause. Et, d'un point de vue contentieux, il convient de souligner que la saisine n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux.

Lorsqu'il intervient en matière de déontologie de la sécurité, le Défenseur des droits consulte, sur toute question nouvelle, un collège qu'il préside et qui comprend, outre son adjoint, vice-président : trois personnalités qualifiées désignées par le président du Sénat ; trois personnalités qualifiées désignées par le président de l'Assemblée nationale ; un membre ou ancien membre du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État ; un membre ou ancien membre de la Cour de cassation désigné conjointement par le premier président de la Cour de cassation et par le procureur général près ladite cour.

Concernant **l'intervention du Défenseur des droits**, celui-ci peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. À cet effet, il peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile. Les personnes physiques ou morales mises en cause doivent faciliter l'accomplissement de sa mission. Elles sont tenues d'autoriser leurs agents et préposés à répondre à ses demandes. Ceux-ci sont tenus de répondre aux demandes d'explications qu'il leur adresse et de déférer à ses convocations.

Enfin, s'agissant des relations entre les corps de contrôle internes de la force publique et la

⁹¹⁶ Article 4, Titre II : Dispositions relatives aux compétences et à la saisine du Défenseur des droits

⁹¹⁷ Pour une étude sur l'institution du Défenseur des droits, nouvelle autorité constitutionnelle indépendante, il est particulièrement fructueux de laisser la parole à des universitaires étrangers, lesquels disposent de l'extranéité du regard. Ainsi, nous pouvons nous fonder sur l'article du Professeur Marc CARILLO, titulaire de la Chaire de Droit constitutionnel à l'Université Pompeu Fabra (Espagne, Barcelone) [Universidad Pompeu Fabra, Barcelona/Universitat Pompeu Fabra, Barcelona] : CARILLO (Marc), « Une nouvelle phase dans la constitutionnalisation des droits sous la Ve République », les *Cahiers de Droit Public* de l'Institut National d'Administration Publique (Ministère de l'Intérieur et des Administrations Publiques d'Espagne), pp. 53 – 77 ; titre original : « Una nueva fase en la constitucionalización de los derechos en la V República », *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Gobierno de España, pp. 53 – 77. L'article peut être consulté par la voie électronique sur le site institutionnel de l'Institut National d'Administration Publique d'Espagne, site officiel à l'adresse suivante : <<http://revistasonline.inap.es/>>

nouvelle autorité constitutionnelle indépendante, il convient de préciser que si le Défenseur des droits en fait la demande, les ministres donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes. Ils l'informent des suites données à ces demandes⁹¹⁸.

S'agissant des pouvoirs dont dispose le Défenseur des droits pour encadrer l'action de la force publique, celui-ci peut procéder à des vérifications sur place dans les locaux administratifs ou privés des personnes mises en cause, à des vérifications sur place dans les lieux, locaux, moyens de transport accessibles au public et dans les locaux professionnels exclusivement consacrés à cet usage. Lors de ses vérifications sur place, le Défenseur des droits peut entendre toute personne susceptible de fournir des informations (Article 22 de la loi étudiée).

Le Défenseur des droits peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi. Les autorités ou personnes intéressées informent le Défenseur des droits, dans le délai qu'il fixe, des suites données à ses recommandations. A défaut d'information dans ce délai ou s'il estime, au vu des informations reçues, qu'une recommandation n'a pas été suivie d'effet, le Défenseur des droits peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires.

L'intervention du Défenseur des droits dans le cadre de sa mission qui vise à améliorer le comportement de la force publique, ne fait pas obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires à l'encontre du membre de la force publique ; ainsi, le Défenseur peut saisir l'autorité investie du pouvoir disciplinaire concernant des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction. Et, cette autorité devra informer le Défenseur des droits des suites réservées à sa saisine et, si elle n'a pas engagé de procédure disciplinaire, des motifs de sa décision.

Il est particulièrement notable que le Défenseur des droits peut recommander de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles, contribuant ainsi à améliorer l'état des droits et libertés. En outre, le Défenseur des droits peut, après en avoir informé la personne mise en cause, décider de rendre publics ses avis, recommandations ou décisions avec, le cas échéant, la réponse faite par la personne mise en cause. Il présente chaque année au Président de la République, au Président de l'Assemblée nationale et au Président du Sénat un rapport qui rend compte de son activité générale. Ce rapport est publié et peut faire l'objet d'une communication du Défenseur des droits devant chacune des deux assemblées. Ce rapport est publié. (Article 36).

⁹¹⁸ Article 18, Chapitre II : Dispositions relatives aux moyens d'information du Défenseur des droits.

Le Canada a développé depuis plusieurs années un système particulièrement performant d'encadrement *a posteriori* de l'action de sa force publique et qui en la matière constitue un modèle remarquable.

1038. Le modèle d'autorité administrative indépendante : le modèle canadien. Il convient de traiter de manière principale de la supervision de la police aux fins d'assurer l'exécution de son obligation de rendre compte pleinement de ses actes. Ainsi, le contrôle administratif de l'action policière vise la défense et la promotion des droits et des libertés des citoyens. La supervision constitue ainsi un mode particulier de contrôle de la police qui permet un meilleur assujettissement de l'institution à la loi et partant, un meilleur respect de la légalité. De cette manière, le contrôle administratif de police est constitué par des mécanismes simples, démocratiques et efficaces par lesquels les citoyens peuvent se plaindre du comportement de certains policiers. Ces mécanismes nouveaux furent inspirés à la fois par le modèle de l'ombudsman suédois ainsi que par les « police commissions » du droit municipal américain. Ils permettent à chaque citoyen de présenter à des commissions, bureaux ou agences municipaux ou provinciaux des plaintes contre les agissements spécifiques de la police afin que leurs auteurs soient punis de manière disciplinaire ou rappelés à l'ordre. Il convient de mettre en lumière que l'une des principales caractéristiques de ce nouveau mode de supervision civile de la police réside dans la place qu'il accorde aux citoyens dans le processus de formulation des plaintes ainsi que de leur réception ou traitement. Il convient bien entendu de préciser que les modes de contrôle de la police que l'on pourrait qualifier de traditionnels (le contrôle hiérarchique, le contrôle politique et le contrôle juridictionnel) n'ont pas été et ne seront pas rejetés en raison de la mise en place de ces nouveaux modes qui viennent se superposer.

Au Canada, les agences civiles de supervision de la police trouvent leur raison d'être dans une certaine forme d'insuffisance des contrôles traditionnels qui ne garantissent pas aux citoyens que ceux-ci se comporteront conformément à la loi⁹¹⁹. Aussi, il faut instituer en plus de ces contrôles traditionnels, des contrôles externes à la police, disponibles aux citoyens et qui leur permettent de faire sanctionner au stade disciplinaire les policiers qui agissent à l'encontre de la loi, de la déontologie et de la discipline. Eu égard aux missions cardinales assignées à la force publique, une société démocratique ne peut laisser ses forces policières à l'abri d'un contrôle véritable qui porte sur son comportement. En effet, les policiers garantissent les droits des citoyens, et plus

⁹¹⁹ Voir l'article de TREMBLAY (André), « Pourquoi des agences civiles de supervision de la police ? » in *Droits de l'individu et police*, Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988, les éditions thémis et Litec, Paris, 272 p. ; voir les pages 105-114. L'auteur est Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et Avocat au Barreau de Montréal.

généralement des êtres humains qui vivent sur le territoire étatique, et ceux-ci peuvent également participer à la violation de ses droits en raison de leur pouvoir de contrainte. Autrement dit, la qualité de l'action policière influence de manière directe la garantie des droits et libertés de la personne.

Si la société démocratique encadre le travail policier par le droit, par la discipline et par la déontologie, les libertés publiques seront ainsi mieux assurées. Si la fonction de supervision du travail policier se rattache directement à l'état des droits et libertés dans une société, il convient corrélativement de tenir compte des droits des policiers, lesquels sont des citoyens à part entière. De cette manière, l'exercice de la fonction disciplinaire ou déontologique en milieu policier doit être rigoureusement juste et équitable. Autrement dit, il doit être à la fois respectueux des droits des citoyens mais également de ce policier. Les avantages d'un régime disciplinaire au sein de la force publique policière, lequel sanctionne de manière équitable les comportements illégaux ou irréguliers des policiers, ne visent pas uniquement les intérêts des citoyens mais favorise le professionnalisme policier lequel est indispensable dans une société démocratique qui vise la garantie des droits et libertés. Aussi ce régime disciplinaire vise à identifier les différentes lacunes dans des procédures opérationnelles qui peuvent être ainsi comblées. Il encourage donc les membres de la force publique à se comporter conformément aux lois et à leur code déontologique.

Au Canada, la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada Royal (Canadian Mounted Police Act) R.S.C., 1985, c. R-10 L.R.C. (1985), ch. R-10 institue le **Comité externe d'examen de la gendarmerie royale du Canada (royal canadian mounted police external review committee)**⁹²⁰. L'article 25. (1) prévoit qu'« [e]st constitué le Comité externe d'examen de la Gendarmerie royale du Canada, composé d'au plus cinq membres, dont le président et un vice-président, nommés par décret du gouverneur en conseil ». (Partie II « constitution et organisation du comité »). Le président est membre à plein temps du Comité. Les autres membres peuvent être nommés à temps plein ou à temps partiel. Les membres du Comité sont nommés, à titre inamovible, pour un mandat de cinq ans au maximum, sous réserve de révocation par décret du gouverneur en conseil pour motif valable.

Afin de garantir l'impartialité du Comité, la loi dispose qu'aucun membre de la Gendarmerie ne peut faire partie du Comité. Le président du Comité présente au ministre, dans les trois premiers mois de chaque exercice, le rapport d'activité du Comité pour l'exercice précédent, et y joint ses recommandations, le cas échéant. Le ministre le fait déposer devant chaque chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.

⁹²⁰ Publié par le ministre de la Justice (CANADA) : <<http://lois-laws.justice.gc.ca>>

Concernant la présentation des griefs, le commissaire constitue le dernier niveau de la procédure applicable aux griefs; sa décision est définitive et exécutoire et, sous réserve du contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales*, n'est pas susceptible d'appel ou de révision en justice. De plus, le commissaire n'est pas lié par les conclusions ou les recommandations contenues dans un rapport portant sur un grief renvoyé devant le Comité conformément à l'article 33 ; s'il choisit de s'en écarter, il doit toutefois motiver son choix dans sa décision. Le président du Comité examine tous les griefs qui sont renvoyés devant le Comité. Après examen du grief, le président du Comité, s'il est d'accord avec la décision de la Gendarmerie, rédige et transmet un rapport écrit à cet effet au commissaire et au membre qui a présenté ce grief. Après examen du grief, le président du Comité, s'il n'est pas d'accord avec la décision de la Gendarmerie ou s'il estime qu'une enquête plus approfondie est indiquée, peut soit rédiger et transmettre au commissaire et au membre qui a présenté ce grief un rapport exposant ses conclusions et recommandations; soit ordonner la tenue d'une audience pour enquêter sur le grief.

Lorsqu'une partie désire comparaître devant le Comité, celui-ci siège à la date, à l'heure et à l'endroit au Canada qu'il détermine eu égard à la situation des parties. Le Comité dispose, relativement au grief dont il est saisi, des pouvoirs dont jouit une commission d'enquête.

2) L'examen du recours à la force meurtrière par la Commission des plaintes du public contre la gendarmerie royale du Canada : un contrôle remarquable.

1039. La Commission des plaintes du public contre la gendarmerie royale du Canada peut être amenée à étudier le recours à la force ultime, autrement dit le recours à la force meurtrière, employée par un membre de la gendarmerie royale du Canada. Son contrôle est remarquable dans la démarche utilisée. L'on examinera ainsi trois cas topiques de recours à la force publique meurtrière ; la mort ayant été donnée par l'utilisation d'arme à feu (**a et b**) ou par l'emploi d'arme à impulsion électrique (**c**)⁹²¹.

La Commission des plaintes du public contre la GRC constitue un organisme indépendant créé par le Parlement pour s'assurer que les plaintes déposées par le public au sujet de la conduite des membres de la GRC sont examinées de façon équitable et objective. La Commission ne fait pas partie de la GRC, assurant ainsi un contrôle indépendant. L'objectif de la Commission est d'offrir

⁹²¹ Pour éviter d'employer une antonomase, l'appellation québécoise qui sert à désigner le « Taser » est « l'arme à impulsion électrique » (AI).

l'excellence des services de police grâce à la notion de redevabilité. Cet éminent objectif qui marque la volonté du Canada d'être servi par une force publique de la meilleure qualité nécessite une surveillance civile de la conduite des membres de la GRC dans l'exercice de leurs fonctions cardinales au sein de la société : la GRC est redevable au public⁹²².

a) L'examen minutieux du recours à la force publique meurtrière : la mort par balle de Dennis St. Paul.

1040. L'on étudiera la plainte déposée par le Président de la Commission des plaintes du public contre la GRC concernant la mort par balle de Dennis St. Paul. (Rapport final, du 16 août 2006, N° de dossier : PC-2005-0016)⁹²³. Afin de comprendre l'affaire traitée, il convient tout d'abord de brosser de manière compendieuse le contexte. Le 3 janvier 2005, le gendarme Darcy Muth du détachement de la GRC à Norway House, au Manitoba, a arrêté M. Dennis St. Paul à son lieu de travail, en vertu d'un mandat d'arrêt décerné parce qu'il avait enfreint les conditions de sa libération. Voyant que M. St. Paul acceptait de coopérer, le gendarme Muth ne lui a pas passé les menottes. Mais M. St. Paul s'est enfui lorsque le gendarme Muth a voulu le faire monter à bord de l'auto-patrouille. Le gendarme Muth a donc demandé des renforts, après quoi il s'est lancé à la poursuite de M. St. Paul. L'ayant rattrapé, le gendarme Muth a tenté de lui passer les menottes, mais M. St. Paul s'est enfui de nouveau, dans un champ enneigé. Le gendarme Muth est retourné à sa voiture et a patrouillé les environs pour y retrouver M. St. Paul.

Le gendarme Muth a repéré M. St. Paul peu de temps après. Il s'est à nouveau lancé à sa poursuite et l'a rattrapé. Le gendarme Muth a aspergé M. St. Paul de gaz poivré, mais en vain. C'est alors que le gendarme Muth et M. St. Paul se sont débattus. Le policier s'est servi de son bâton télescopique pour frapper M. St. Paul à la cuisse, à la suite de quoi M. St. Paul a poussé le gendarme au sol et a arraché le bâton au policier pour frapper ce dernier à la tête. Craignant pour sa vie, le gendarme Muth a abattu M. St. Paul, qui a succombé à ses blessures. D'après le rapport d'autopsie, M. St. Paul est mort d'une balle en pleine poitrine et d'un hémithorax instantané.

1041. Le 6 janvier 2005, la présidente de la Commission des plaintes du public contre la GRC à l'époque, M^{me} Shirley Heafey, a déposé une plainte en vertu du paragraphe 45.37(1) de la *Loi sur la GRC*. Madame Heafey allègue essentiellement qu'un membre non identifié de la GRC, identifié par la

⁹²² Nous retrouvons dans l'idée de redevabilité l'esprit de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 puisque la force publique « est [...] instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

⁹²³ Le président, Paul E. Kennedy déposa son rapport final conformément au paragraphe 45.42(2) de la *Loi sur la GRC*.

suite comme étant le gendarme Muth, a abattu M. St. Paul et que ce geste, qui a causé la mort de M. St. Paul, n'était aucunement justifiable. Selon la GRC, le gendarme Muth craignait pour sa vie; il était ainsi en droit de recourir à la force qu'il a employée.

1042. Conformément au paragraphe 45.42(1) de la *Loi sur la GRC*, la Commission doit examiner toute plainte déposée en vertu du paragraphe 45.37(1) de la Loi. L'examen de la preuve documentaire amène à conclure que le gendarme Muth avait raison de recourir à la force létale lorsqu'il a abattu M. St. Paul.

Il importe de mentionner que la Commission des plaintes du public contre la GRC est un organisme fédéral indépendant de la GRC. Quand elle enquête sur une plainte, la Commission n'agit pas en qualité d'avocat du plaignant ni de membres de la GRC. Son rôle consiste à enquêter de façon indépendante et à tirer des conclusions à l'issue d'un examen objectif des renseignements dont elle dispose.

1043. Le président fonda sa conclusion sur un examen soigné des documents relatifs à l'enquête exhaustive que la GRC a menée sur la mort de M. St. Paul, du rapport d'enquête de la GRC sur la plainte du public. Celui-ci examina également les documents relatifs à l'enquête administrative faite sur la première enquête, ainsi que le rapport d'enquête du médecin légiste daté du 19 juillet 2006.

La personne qui enfreint les conditions de la libération présente, de prime abord, un risque de fuite. Le gendarme Muth reconnaît franchement qu'il ne se souvenait pas des détails du casier judiciaire de M. St. Paul lorsqu'il s'est rendu au restaurant York Boat. S'il s'était rappelé les antécédents de M. St. Paul avant d'essayer d'arrêter ce dernier, il s'y serait peut-être pris différemment pour l'arrêter. Quoi qu'il en soit, le gendarme Muth a décidé d'arrêter lui-même M. St. Paul sans l'aide d'un autre policier et de ne pas lui passer les menottes. Malgré que le gendarme n'ait pas pris la meilleure décision qui soit, celle-ci n'allait pas à l'encontre de la politique de la GRC et ne tenait pas compte du contexte global de la situation. (Il n'existe aucune politique quant à l'obligation pour un policier de recourir à de l'aide lorsqu'il doit arrêter un contrevenant violent ou une personne qui présente, de prime abord, un risque de fuite. La politique de la GRC prévoit que l'emploi des menottes est laissé à la discrétion du policier.)

Lorsque M. St. Paul a pris la fuite, le gendarme Muth n'avait d'autre choix que de se lancer à sa poursuite. Il aurait manqué à son devoir s'il l'avait laissé s'enfuir tout bonnement. Quand il a parlé au caporal Knight, le gendarme Muth lui a relaté les circonstances de la situation. Le caporal Knight s'est dès lors empressé d'aller rejoindre le gendarme Muth. Lorsque M. St. Paul s'est enfui, le gendarme Muth s'est rendu compte qu'il aurait sans doute recours à la force pour de nouveau maîtriser M. St. Paul.

1044. La GRC se sert du Modèle d'intervention pour la gestion des incidents (guide MIGI) pour former ses policiers en ce qui concerne le recours à la force, promouvoir l'évaluation du risque et illustrer diverses catégories de résistance ou de comportements et les bonnes méthodes d'intervention. Selon le guide MIGI, la meilleure stratégie consiste à intervenir le moins possible pour gérer le risque, et la meilleure intervention est celle qui cause le moins de mal et de dommages.

Le guide encourage l'intervention verbale si possible pour maîtriser la situation afin de favoriser le professionnalisme, la politesse, et le respect à l'égard de la personne. Le guide oblige les policiers à considérer des facteurs conjoncturels tels que la taille des policiers et celle du suspect ainsi que le nombre de policiers présents et le nombre de suspects. Le gendarme Muth a appliqué la règle du recours progressif à la force du guide MIGI, qui dicte le niveau de force convenant à chaque situation. Selon le guide MIGI, il faut d'abord intervenir verbalement et se mouvoir d'une position tactique vers une autre. À mesure qu'une personne modifie son comportement peu coopératif et qu'elle devient combative, le guide MIGI autorise des méthodes d'intervention plus prononcées, de la maîtrise à mains nues à l'emploi du gaz poivré à la maîtrise à mains fermées. L'emploi d'une arme à impact telle que le bâton télescopique est autorisé si la personne devient de plus en plus combative.

1045. Le gendarme Muth a tenté d'intervenir verbalement à plusieurs reprises en ordonnant à M. St. Paul de s'arrêter et de se coucher au sol parce qu'il était en état d'arrestation. Le gendarme Muth a d'abord employé la technique de maîtrise à mains nues pour tenter de subjuguier M. St. Paul près du restaurant York Boat et lorsqu'ils se sont débattus plus tard sur la route. Le gendarme s'est servi du gaz poivré quand M. St. Paul a refusé de coopérer et qu'il résistait à l'arrestation.

1046. Le gendarme Muth a brandi son pistolet lorsque M. St. Paul a mis la main dans sa poche car il croyait que l'homme allait peut-être y sortir une arme. Il a ensuite rengainé son pistolet en constatant que M. St. Paul n'avait sorti que des gants de sa poche. Le gendarme Muth a tenté de ne pas intervenir auprès de M. St. Paul et de garder ses distances jusqu'à ce que le caporal Knight arrive, mais M. St. Paul a fait volte-face et s'est dirigé vers le gendarme et c'est alors que les deux hommes se sont retrouvés face à face et qu'ils se sont bagarrés.

Croyant que M. St. Paul allait le frapper, le gendarme Muth l'a frappé à coups de pied, mais M. St. Paul l'a aussitôt mordu à la main. Le gendarme Muth a employé d'autres types de techniques de maîtrise à mains fermées, dont l'emploi du bâton télescopique, afin que l'homme lâche prise. Étant donné qu'il tenait toujours M. St. Paul d'une main, le gendarme a difficilement tenté de frapper M. St. Paul avec son bâton.

Le gendarme Muth a frappé M. St. Paul à la cuisse avec son bâton télescopique comme il se doit selon la formation donnée par la GRC. Monsieur St. Paul a cependant saisi le bâton et s'est mis à

frapper sans arrêt le gendarme Muth.

Le gendarme affirme qu'il commençait à s'évanouir, ce qui correspond aux blessures qu'il a reçues, lesquelles ont été photographiées et documentées dans les rapports médicaux. Les propos du gendarme concordent aussi avec les témoignages des personnes qui ont assisté à la dernière bataille. Le gendarme déclare qu'il craignait pour sa vie, crainte tout à fait raisonnable étant donné les coups que M. St. Paul lui donnait.

C'est à ce moment que le gendarme Muth a employé la force létale et qu'il a tiré deux coups dans le torse de M. St. Paul, comme on le lui a appris lors de sa formation au tir. Étant donné que le gendarme Muth risquait de mourir ou de recevoir de graves blessures, l'emploi de la force létale était autorisé conformément au guide MIGI. Ce recours à la force létale est également conforme aux principes d'auto défense et de protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi énoncés dans le *Code criminel du Canada* (voir les paragraphes 25(1), 25(3) et 34(2) du *Code criminel*) étant donné que le gendarme Muth appréhendait M. St. Paul en toute légalité pour l'arrêter en vertu du mandat d'arrêt délivré contre M. St. Paul et que le gendarme Muth craignait pour sa vie et qu'il risquait de recevoir de graves blessures.

Il va sans dire que les circonstances entourant la mort de M. St. Paul sont tragiques, non seulement pour la famille du défunt mais aussi pour la collectivité et le gendarme Muth. En dépit de cet incident regrettable, la Commission doit examiner la preuve en toute objectivité afin de déterminer si le gendarme Muth a employé une force excessive en abattant M. St. Paul. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le gendarme Muth avait raison d'employer la force létale lorsqu'il a abattu M. St. Paul. Le gendarme Muth était en droit de recourir à la force létale en abattant M. St. Paul.

b) L'examen précis du recours à la force publique meurtrière : la mort par balle de John Simon.

1047. L'on se réfèrera également à une autre affaire qui concerne le recours à la force publique meurtrière. La Commission des plaintes du public déposa plainte contre la GRC dans son rapport final du président après l'avis du commissaire *loi sur la gendarmerie royale du canada* paragraphe 45.46(3) No de dossier : PC-2010-0861

1048. Dans la soirée du 2 décembre 2008, la famille de M. John Simon, de Wagmatcook, en Nouvelle-Écosse, se souciait du bien-être de ce dernier et a légitimement communiqué avec la police pour obtenir de l'aide. La GRC est intervenue en réponse à cette demande urgente. M. Simon avait bu, avait menacé de se suicider et avait accès à des armes à feu. L'un des membres en cause est entré dans la résidence de M. Simon, même s'il n'en avait pas reçu l'autorisation de son supérieur.

M. Simon, après avoir pointé une carabine sur le membre, a été touché trois fois par balle et a subi des blessures mortelles.

L'Integrated Critical Incident Team (ICIT), menée par la police régionale de Halifax, mais comptant aussi des membres de la GRC, a enquêté sur les circonstances de la fusillade. Le rapport de l'ICIT, produit le 9 décembre 2009, soit un an et une semaine après l'incident, a révélé qu'aucune accusation criminelle ne devait être portée contre les personnes en cause. La GRC n'a pas pris de mesures disciplinaires à l'égard des membres impliqués. Le 16 mars 2010, en tant que président intérimaire de la Commission des plaintes du public contre la GRC (la Commission), j'ai exercé au nom du public mon pouvoir d'examiner les faits à l'origine des préoccupations du public, et j'ai déposé une plainte et ouvert une enquête d'intérêt public sur l'incident.

1049. Les critères officiels de l'enquête d'intérêt public de la Commission étaient les suivants : il convenait de savoir si les membres de la GRC ou les autres personnes nommées ou employées sous le régime de la *Loi sur la GRC* impliqués dans les événements du 2 décembre 2008, depuis l'appel à l'aide fait à la GRC jusqu'à la mort de M. John Andrew Simon, ont agi conformément aux cours de formation, aux politiques, aux procédures, aux lignes directrices et aux exigences obligatoires appropriés en ce qui concerne l'intervention auprès de personnes que l'on croit suicidaires ou à risque potentiellement élevé ou qui se barricadent dans un lieu.

Il convenait également de savoir si les politiques, les procédures et les lignes directrices de la GRC établies à l'échelle du pays, de la division et du détachement, concernant la façon dont la GRC intervient auprès de personnes que l'on croit suicidaires ou à risque potentiellement élevé ou qui se barricadent dans un lieu étaient adéquates.

Enfin, il fallait déterminer si les membres de la GRC qui ont participé à l'enquête sur l'incident ont fait un travail adéquat et s'ils ont réagi de façon appropriée et en fonction de la gravité de l'incident, s'ils sont intervenus rapidement et si leur conduite est conforme aux normes établies à l'article 37 de la *Loi sur la GRC*.

1050. La Commission a présenté son rapport provisoire sur l'enquête d'intérêt public au commissaire de la GRC et au ministre de la Sécurité publique le 15 décembre 2010 ; dans ce rapport, la Commission a formulé 12 conclusions et 11 recommandations concernant les changements à apporter. Dans l'ensemble, la Commission a recensé un certain nombre de lacunes dans la conduite des membres en cause et en ce qui a trait aux mesures subséquentes qui ont été prises par les membres supérieurs ou à l'absence de telles mesures. La Commission a conclu que, en se positionnant aussi près qu'ils l'ont fait de la résidence de M. Simon avant l'arrivée des renforts alors que M. Simon avait répété plusieurs fois qu'il ne voulait pas que la police s'approche de chez lui, les

membres se sont inutilement exposés à un risque.

La Commission a déterminé que cette erreur tenait au fait que le membre supérieur présent sur les lieux n'avait pas veillé à mettre en place un plan opérationnel adéquat. En outre, le membre supérieur n'a pas ordonné aux deux autres membres de se positionner à un endroit convenable et, par la suite, de s'éloigner de la résidence.

Par ailleurs, la Commission a constaté que le membre qui était entré dans la résidence de M. Simon l'avait fait sans en avoir reçu l'ordre exprès, sans avoir eu une idée du plan à suivre et sans en informer les autres membres. Néanmoins, la Commission a conclu que, une fois qu'il s'est retrouvé à l'intérieur de la résidence et devant une situation qui mettait sa vie en danger, le membre a eu recours de façon appropriée à la force mortelle dans les circonstances.

La Commission a également déterminé que l'enquête criminelle menée à la suite de la mort par balle de M. Simon était exempte de partialité ou de subjectivité, bien qu'il eût fallu que la GRC organise une réunion après l'incident critique pour cerner les lacunes de l'intervention. La Commission a souscrit à toutes les recommandations formulées par l'Integrated Critical Incident Team (ICIT) après son enquête, qui comprenait un examen de la politique de la GRC à l'égard des personnes qui se barricadent dans un lieu et de la procédure d'intervention à suivre en cas d'incident critique. L'ICIT a aussi recommandé que les normes de formation de la GRC concernant certains aspects de l'intervention en cas d'incident grave soient revues et qu'une formation précise soit offerte aux experts du recours à la force. La Commission adhère à ces recommandations et a également formulé la recommandation selon laquelle les membres en cause suivent une formation de rattrapage.

1051. Pour ce qui est des mesures disciplinaires prises après l'incident ou de l'absence de celles-ci, la Commission a recommandé qu'un processus officiel soit mis en place pour veiller à ce que les mesures appropriées soient prises et à ce que les décisions à cet égard soient consignées. En outre, la Commission a commenté la stratégie médiatique de la GRC dans cette affaire, et elle a conclu que les réponses fournies aux médias n'étaient pas suffisamment complètes et étaient susceptibles d'induire le public en erreur.

1052. Enfin, étant donné que la gestion lacunaire de cet incident par la GRC a eu des conséquences négatives sur la famille de M. Simon, sur ses amis et sur sa collectivité, la Commission a recommandé que la GRC présente ses excuses relativement à l'incident.

1053. L'avis du commissaire de la GRC. Conformément au paragraphe 45.46(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (la *Loi sur la GRC*), le commissaire de la GRC doit présenter un avis écrit faisant état de toute nouvelle mesure prise ou prévue à la lumière des conclusions et des recommandations contenues dans le rapport intérimaire. Le 14 mars 2011, la Commission a reçu l'avis du commissaire de la GRC, daté du 10 mars 2011 (annexe 2). Le commissaire de la GRC était entièrement d'accord avec toutes les conclusions de la Commission, sauf deux.

Tel qu'il est énoncé ci-dessus, la Commission a formulé 12 conclusions concernant la conduite des membres de la GRC en cause dans cet incident et ses conséquences. Le commissaire a réfuté la conclusion selon laquelle le gendarme Bernard aurait dû attendre les renforts avant de s'approcher de la résidence de M. Simon. Il a indiqué qu'il n'était pas déraisonnable que le membre s'approche de la résidence pour évaluer la situation et déterminer si un danger était imminent.

L'importance d'une intervention en temps opportun dans les situations où il y a imminence d'un danger, le gendarme Bernard ne s'est pas simplement présenté à la résidence, il s'en est approché et a parlé à M. Simon à travers une fenêtre, une position qui l'a placé dans une situation de risque inacceptable étant donné qu'on savait que M. Simon était en possession d'armes à feu et que son état émotionnel était incertain. Le gendarme Bernard a indiqué qu'il craignait la possibilité d'une altercation s'il transigeait seul avec M. Simon. Il avait déjà parlé au téléphone à M. Simon, et celui-ci lui avait dit qu'il se sentait « bien ». Il avait aussi parlé à la tante et à l'épouse de M. Simon. Ces mesures lui auraient permis d'évaluer la situation. Je réitère que, selon moi, si l'on tient compte des circonstances existantes, notamment le fait que le gendarme Bernard craignait une altercation possible, qu'il a demandé des renforts auprès des membres locaux et qu'il a eu des conversations téléphoniques préalables avec plusieurs personnes, y compris M. Simon, son approche immédiate de la résidence était déraisonnable compte tenu de la politique de la GRC sur les renforts, tel qu'elle est énoncée dans le bulletin MO-479.

Le commissaire est aussi en désaccord sur le fait que le sergent d'état-major Thompson savait ou aurait dû savoir que le gendarme Frenette allait entrer dans la résidence. Le commissaire fait référence à une section du rapport intérimaire qui, selon moi, a été sortie de son contexte. Le sergent d'état-major Thompson ne savait pas avec certitude que le gendarme Frenette envisageait d'entrer dans la résidence et qu'il n'a pas été avisé immédiatement au moment où cela s'est produit.

Cependant, le rapport fait ressortir un certain nombre de facteurs qui, précisément, tiennent compte du fait que le gendarme Frenette avait l'intention de prendre cette mesure. Le gendarme Frenette a demandé s'il devait entrer dans la résidence, et plus tard il a proposé, [TRADUCTION] « C'est maintenant ou jamais ». Après quelque temps, le sergent d'état-major Thompson a demandé

au gendarme Frenette, [TRADUCTION] « Il est grand comment ce gars? ».

L'élément de preuve énoncé dans le rapport, précise que le sergent d'état-major Thompson savait ou aurait dû savoir que le gendarme Frenette avait l'intention d'entrer dans la résidence.

1054. Le commissaire s'est également penché sur les 12 recommandations de la Commission et les a toutes reconnues en principe. Il a souligné les différentes mesures prises par la GRC en réponse à ces recommandations. Il a d'abord fait remarquer qu'à l'échelle nationale, la GRC a adopté des mesures pour traiter les incidents critiques, y compris ceux touchant les personnes barricadées ou perturbées sur le plan affectif. De plus, la division H de la GRC a déjà pris certaines mesures, notamment la mise en œuvre d'une politique et la révision des normes de formation, pour améliorer la réponse de la GRC dans ce genre d'incidents.

Le commissaire a souligné plusieurs examens qui sont en cours ou déjà terminés de la politique nationale entourant ce genre d'incidents, y compris les examens liés à l'exigence d'un compte rendu après incident. Ces comptes rendus sont établis après les incidents critiques et une orientation est donnée aux groupes tactiques d'intervention et aux autres membres en cause. Dans la pratique, la division H de la GRC établit déjà ce genre de comptes rendus. Dans le même ordre d'idée, la division H a déjà mis en œuvre une politique à l'égard du traitement des personnes barricadées, et elle a mis en place une feuille de contrôle de l'évaluation du risque, accessible à partir des postes de travail mobiles.

Le commissaire a déclaré qu'un examen de la politique entourant le processus de notification et de prise de décision à l'égard des enquêtes selon le code de déontologie aura lieu. Cet examen reposera sur une directive récente qui exige qu'on informe l'agent de l'intégrité professionnelle et qu'on présente, dans ce genre d'enquêtes, des documents pertinents sur les raisons des décisions prises.

De plus, le commissaire s'est engagé à l'élaboration d'une directive concernant le besoin des commandants opérationnels d'examiner le contenu des communiqués de presse afin d'en assurer l'exactitude avant leur publication.

Enfin, le commissaire de la GRC a abordé la recommandation de la Commission selon laquelle la GRC devrait s'excuser à la famille de M. Simon et à la Première Nation de Wagmatcook à l'égard de cet incident. Le commissaire a fait remarquer que la GRC a reconnu ses erreurs et qu'elle a affirmé son intention de faire des efforts continus pour coopérer avec la famille de M. Simon et la collectivité. Selon moi, ce genre d'efforts de la part de la GRC est indispensable pour restaurer la confiance du public dans la police. C'est seulement grâce à la prise de mesures positives que la GRC

pourra guérir les blessures causées par cet incident. En dernier ressort, la collectivité et la famille de M. Simon tireront leur propre conclusion, à savoir s'ils seront satisfaits de ces efforts à venir.

1055. Les conclusions et recommandations de la commission. À la suite de l'enquête menée par la Commission, un certain nombre de conclusions et de recommandations furent formulées qui pourraient aider la GRC à examiner et à modifier ses politiques et à améliorer la formation qu'elle offre à ses membres pour faire en sorte qu'un événement tragique semblable ne se reproduise pas. Conclusions : Le gendarme Bernard s'est placé inutilement dans une situation à risque en n'attendant pas les renforts qui avaient été appelés avant de s'approcher de la résidence de M. Simon.

Le sergent d'état-major Thompson n'a pas défini un plan opérationnel adéquat et ne s'est pas assuré qu'il était bien compris par les membres impliqués avant leur déploiement. Le sergent d'état-major Thompson a permis aux membres de la GRC de mettre M. Simon et de se mettre eux-mêmes inutilement dans une situation à risque en les autorisant à se positionner et à rester trop près de la résidence de M. Simon. Le sergent d'état-major Thompson a omis d'ordonner au gendarme Frenette de s'éloigner de la résidence quand il a su ou aurait dû savoir que le gendarme Frenette envisageait d'entrer dans la maison pour appréhender M. Simon.

Le gendarme Frenette a agi de façon inappropriée en décidant d'entrer dans la maison de M. Simon sans ordre explicite à cet effet, sans en informer les autres membres, sans renfort et sans possibilité de fuite ni plan opérationnel. Le gendarme Frenette avait des motifs suffisants de croire que sa vie était en danger, et sa décision de recourir à la force meurtrière en utilisant son arme de service et en faisant feu sur M. Simon était appropriée vu la situation.

Rien n'indique que l'enquête du GCG de la GRC a été menée de façon partielle ou subjective. Dans les circonstances, il était raisonnable pour la GRC de limiter l'accès au corps de M. Simon. Les membres de la GRC qui ont participé à l'enquête liée à l'incident en question ont agi de façon appropriée, professionnelle et impartiale, conformément à l'article 37 de la *Loi sur la GRC*.

Conformément aux bonnes pratiques de gestion policière, la GRC aurait dû organiser une réunion après l'incident critique pour tirer des leçons de l'événement. On n'a cerné aucune déficience en matière de formation qui aurait pu contribuer à l'incident.

1056. Recommandations. À la suite de tout incident critique où un autre organisme enquête sur les actes d'un membre de la GRC, il convient d'organiser une séance d'information après l'incident à laquelle participeront l'organisme externe et la GRC pour cerner les leçons apprises et les lacunes.

La GRC doit entreprendre un examen de sa politique liée aux personnes barricadées. Un guide/une liste de vérification doit être élaboré et installé dans tous les postes de travail mobiles des véhicules de police pour qu'on suive et respecte l'ensemble des procédures opérationnelles en cas

d'incident critique. La GRC doit examiner le programme de formation qu'elle offre au sujet du processus d'intervention en cas d'incident critique comme lorsque des personnes sont barricadées pour s'assurer que les enjeux liés au contrôle du périmètre et à la gestion des personnes perturbées sur le plan émotionnel sont abordés de façon appropriée.

Les experts en recours à la force doivent suivre une formation sur la biomécanique des situations où on a recours à la force meurtrière. La GRC doit envisager l'ajout à sa politique d'un processus officiel faisant intervenir les Services internes des divisions pour favoriser une communication en temps opportun et s'assurer qu'on documente de façon appropriée les décisions durant le processus de consultation lié à la partie IV de la *Loi* afin de préserver la justification des décisions connexes. Le gendarme Frenette devra suivre une formation de rattrapage complète sur le MIGI et sur le modèle CAPRA. Le sergent d'état-major Thompson doit bénéficier d'un cours de formation sur la supervision opérationnelle des membres subalternes et sur la planification et la gestion dans le cadre d'incidents critiques.

La GRC doit envisager de conclure une entente bilatérale avec des GTI non membres de la GRC afin de garantir une intervention adéquate et rapide dans le cadre d'incidents où la participation d'une telle équipe est nécessaire. Le commandant doit examiner les communiqués avant qu'ils soient publiés pour s'assurer qu'ils sont exacts et éviter toute interprétation erronée possible. La GRC doit offrir ses excuses à la famille de M. Simon et à la bande de Wagmatcook par rapport à l'incident. Aux termes du paragraphe 45.46(3) de la *Loi sur la GRC*, le mandat de la Commission dans cette affaire a été rempli.

c) La mort infligée par le pistolet à impulsions électriques.

1057. Le recours à la force publique meurtrière procède généralement de l'utilisation de l'arme de service du membre de la force publique. Il convient également de mettre en exergue que parmi les moyens de contrainte intermédiaire figure des armes dites non létales, alors que celles-ci peuvent engendrer la mort. Il en va ainsi du pistolet à impulsions électriques. L'on examinera une affaire qui touche la mort d'un détenu suite à l'utilisation de cette arme⁹²⁴.

1058. M. Robert Dziekanski est décédé pendant qu'il était sous la garde de membres de la

⁹²⁴ Rapport final du président après l'avis du commissaire – Mort du détenu Robert Dziekanski le 14 octobre 2007 impliquant l'utilisation d'une arme à impulsions à l'aéroport international de Vancouver, 10 février 2011, N^{os} de dossier : PC 2007-2305 PC 2007-2344

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada Paragraphe 45.46(3) ; <<http://www.cpc-cpp.gc.ca/>>

Gendarmerie royale du Canada (GRC), tôt le matin du 14 octobre 2007, dans la zone d'arrivée des vols internationaux de l'aéroport international de Vancouver (YVR). Les circonstances ayant mené à la mort de M. Dziekanski ont causé une douleur intense et un lourd chagrin à sa famille et ont suscité un grand intérêt et de vives préoccupations chez le public.

La Commission des plaintes du public contre la GRC (la CPP ou la Commission) a commencé à s'intéresser à l'incident survenu à l'aéroport international de Vancouver le 15 octobre 2007 lorsqu'elle a chargé un observateur indépendant d'examiner l'enquête criminelle menée par la GRC sur les circonstances entourant la mort de M. Dziekanski. Le 8 novembre 2007, l'ancien président de la Commission a déposé une plainte portant sur deux aspects de l'incident relevant de la compétence de la Commission, soit la pertinence de la réponse de la GRC aux plaintes relatives au comportement de M. Dziekanski à l'aéroport international de Vancouver et l'enquête de la police sur la mort de M. Dziekanski.

Un troisième élément d'enquête a été ajouté plus tard pour donner suite à la plainte formulée par l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (BCCLA) concernant « les renseignements inexacts fournis aux médias et le fait que la GRC a tardé à retourner la vidéo de M. Pritchard ».

1059. L'enquête d'intérêt public et le rapport provisoire de la Commission. Les faits entourant l'incident sont bien connus du grand public. À son retour de Pologne le 13 octobre 2007, M. Dziekanski est demeuré dans l'aire sécurisée de la zone d'arrivée des vols internationaux de l'aéroport international de Vancouver pendant de nombreuses heures. Le matin du 14 octobre, M. Dziekanski a commencé à agir de façon irrationnelle et il a endommagé un ordinateur et une chaise appartenant tous deux à l'aéroport international de Vancouver. Une série d'appels au 911 signalant qu'un homme se comportait de manière étrange dans la zone d'arrivée des vols internationaux de l'aéroport a amené la GRC à intervenir. Après une très brève interaction, une arme à impulsions (AI) a été utilisée contre M. Dziekanski, qui a ensuite été placé sous garde. Il est mort peu de temps après.

1060. Les critères officiels de l'enquête étaient les suivants : savoir si les membres de la GRC qui sont intervenus au cours de l'incident en cause, le 14 octobre 2007, soit du premier contact avec M. Robert Dziekanski jusqu'à la mort de ce dernier, ont agi conformément à toutes les politiques, les procédures, les lignes directrices et les exigences obligatoires appropriées en ce qui concerne l'arrestation et le traitement de personnes détenues, y compris toutes lignes directrices de la GRC ayant trait au traitement de personnes qui ne peuvent pas communiquer dans l'une ou l'autre des langues officielles du Canada, et si ces politiques, ces procédures et ces lignes directrices sont adéquates.

Il fallait savoir si les membres de la GRC qui ont participé à l'enquête criminelle portant sur la conduite des membres en cause ont agi conformément à toutes les politiques, les procédures, les lignes directrices et les exigences obligatoires appropriées pour ce type d'enquêtes; si ces politiques, ces procédures et ces lignes directrices sont adéquates et, enfin, si l'enquête en question a été menée de façon adéquate et en temps opportun.

1061. En général, la Commission a trouvé que la conduite des membres qui sont intervenus est loin de correspondre à celle à laquelle on s'attend de la part des membres de la GRC et loin d'être conforme aux politiques de la GRC. Les membres ont montré qu'ils n'avaient pas réellement tenté de désamorcer la situation et qu'ils ne sont pas intervenus en adoptant une approche mesurée, coordonnée et appropriée. Le fait que le membre le plus expérimenté n'a pas pris le contrôle de la situation, n'a pas communiqué avec les membres plus jeunes et inexpérimentés et ne les a pas dirigés a eu une incidence négative tout au long de l'interaction avec M. Dziekanski.

1062. La Commission n'accepte pas la version des événements présentée par les membres de la GRC qui sont intervenus à la suite des plaintes au sujet de M. Dziekanski. Les déclarations fournies par les membres donnent peu de détails sur les événements et sur les processus de réflexion des membres dans le feu de l'action. Lorsqu'on les compare à la vidéo d'un témoin, les récits des membres ne constituent pas des déclarations crédibles des événements qui se sont réellement passés. Le fait que les membres se sont réunis avant de fournir les déclarations m'incite à remettre davantage en question leur version des événements.

1063. Une question étroitement liée à l'incident est l'utilisation d'une arme à impulsions (AI), aussi connue sous le nom de TASERMD, par un membre de la GRC pendant l'arrestation de M. Dziekanski. L'AI est une arme à feu prohibée en vertu de la réglementation associée au *Code criminel* du Canada. Avant l'incident, le débat sur la pertinence générale du recours à l'AI par la police avait lieu depuis un certain temps (et la Commission avait déjà formulé des commentaires à ce sujet, comme cela est indiqué ci-dessous), mais l'utilisation particulière d'une AI au cours de l'incident en cause a suscité beaucoup d'attention sur l'utilisation appropriée de l'AI et sur sa nature en tant qu'arme.

1064. En général, même si la Commission a constaté que l'enquête de l'équipe du Groupe intégré des enquêtes sur les homicides (IHIT) était impartiale, elle a constaté un certain nombre de problèmes liés aux processus d'enquête de cette équipe. La Commission a aussi constaté certains problèmes dans les communiqués de la GRC aux médias concernant l'incident. La GRC doit élaborer une stratégie des médias et des communications spécifique aux enquêtes concernant des décès de détenus qui tienne compte de la nécessité de faire des mises à jour régulières, significatives et opportunes à l'intention des médias et du public. De plus, la stratégie des médias et des communications devrait comprendre un aperçu accessible par le public précisant les mesures à

prendre et les délais prévus pour chacune d'elles.

1065. L'avis du commissaire de la GRC. Conformément au paragraphe 45.46(2) de la *Loi sur la GRC*, le commissaire doit fournir un avis écrit sur toute autre mesure qui a été prise ou qui sera prise à la lumière des conclusions et des recommandations formulées dans le rapport provisoire.

La Commission a formulé à l'intention du commissaire de la GRC seize recommandations sur la façon dont la GRC pouvait améliorer ses politiques et ses procédures, notamment pour éviter que de telles tragédies ne se reproduisent. En réponse aux recommandations de la Commission, le commissaire de la GRC a mis en place diverses mesures positives pour donner suite à ces recommandations. Ainsi, la GRC a révisé sa politique sur l'utilisation des AI ainsi que ses exigences en matière de rapport et de suivi à la suite de leur utilisation. Elle offre également à ses membres une formation plus poussée sur la désescalade.

La GRC a élaboré et mis en œuvre de nouvelles politiques concernant la responsabilité des membres de rendre compte de leurs actes de façon détaillée à la suite d'un incident impliquant la police, en prenant en considération le désir de la population d'obtenir des explications franches et complètes sur les raisons ayant incité un policier à choisir un type d'intervention particulier. En outre, la GRC a élaboré et mis en œuvre une politique d'enquête externe exigeant que les enquêtes sur les incidents graves soient menées par un autre organisme. Il convient de noter que le commissaire s'est également penché sur les lacunes touchant la prise de notes des membres et qu'il a souligné l'importance de prendre des notes ponctuelles complètes et fiables.

Le commissaire de la GRC n'a pas répondu à certaines recommandations de la Commission. La Commission a fait un suivi auprès de la GRC pour déterminer quelles mesures, le cas échéant, avaient été ou seraient prises pour donner suite à ces recommandations. La GRC a donné une réponse officielle à la Commission à cet égard le 19 janvier 2011. La GRC a indiqué que des politiques et des procédures étaient en place pour régler les questions relatives à la saisie des enregistrements audio et vidéo ainsi qu'à la formation des membres sur les installations et les ressources médicales du détachement.

La GRC a également indiqué que les politiques et les procédures en vigueur ainsi que sa stratégie nationale de communication donnaient suite aux recommandations de la Commission concernant les interactions de la police avec les médias. La Commission reconnaît les progrès accomplis dans ce domaine. Néanmoins, comme en fait état le rapport final du Conseil de mise en œuvre de la réforme à la GRC, publié en décembre 2010, des préoccupations existent toujours concernant la capacité de la GRC en matière de communications stratégiques. La Commission espère que les progrès vont se poursuivre dans ce domaine.

La GRC a aussi indiqué que son programme de formation sur l'asphyxie positionnelle a été révisé et que ses directives sur les dispositifs et les méthodes de contrainte ont été évaluées. Enfin, pour ce qui est de la présence des représentants des relations fonctionnelles (RRF), la GRC a souligné la mise en œuvre récente d'une politique concernant la responsabilité des membres de rendre compte de leurs actes, comme on le mentionne dans les paragraphes précédents, ce qui signifie que les membres pourraient être obligés de présenter des rapports préliminaires avant de communiquer avec leur RRF et/ou de le rencontrer. La Commission tient à exprimer sa satisfaction au sujet des mesures prises par la GRC pour répondre à ses préoccupations et à celles de la population.

Le commissaire a rejeté la conclusion selon laquelle l'expert en recours à la force engagé par l'IHIT n'avait pas reçu des directives adéquates concernant les questions à examiner, la portée de son travail ou le mandat qu'il devait examiner. Le Commissaire a fait référence aux qualifications de l'expert en recours à la force et aux éléments de preuve mis à sa disposition. Ce ne sont pas des questions qui se rapportent à la conclusion de la Commission, réitérée ci-après.

1066. Conclusions et recommandations de la Commission. À la suite de son enquête, la Commission a formulé un certain nombre de conclusions et de recommandations qui, selon elle, aideront la GRC à créer ou à examiner des politiques et à améliorer ses cours de formation afin de garantir qu'une situation tragique comme la mort de M. Dziekanski ne se reproduira pas. Je réitère les conclusions et les recommandations de la Commission.

1067. Conclusion. Les membres de la GRC ayant participé à l'arrestation de M. Dziekanski agissaient dans le cadre légal de leurs fonctions respectives et en vertu de l'autorisation légale appropriée. À la lumière des renseignements dont disposaient les membres de la GRC qui sont intervenus au cours de l'incident en cause, la décision de s'approcher de M. Dziekanski afin de donner suite aux plaintes n'était pas déraisonnable. Un voyageur ou un employé à l'aéroport international de Vancouver aurait pu, à tout moment, se retrouver face à M. Dziekanski. Comme le montrent les multiples appels au service 911, il incombait aux membres de la GRC de garantir un milieu sûr pour le public et les employés utilisant les installations de l'aéroport et de mettre fin au dérangement causé par M. Dziekanski.

Pour que l'intervention auprès de M. Dziekanski soit faite selon une approche coordonnée, le caporal Robinson aurait dû prendre le contrôle et diriger les autres membres afin que chacun soit au courant de l'intervention projetée et que chacun communique avec les autres pendant le déroulement des événements. Avant d'utiliser l'AI, le gendarme Millington aurait dû lancer l'avertissement requis à M. Dziekanski, la mise en garde, comme l'exige la politique de la GRC, et ce,

même si M. Dziekanski semblait ne pas comprendre l'anglais.

Comme les membres présents de la GRC n'ont pas tenté, de façon valable, de communiquer avec M. Dziekanski afin de clarifier les renseignements relatifs à la situation de ce dernier ou de communiquer entre eux, l'utilisation de l'AI par le gendarme Millington était prématurée et inappropriée dans les circonstances.

Le gendarme Millington a utilisé l'AI à de multiples reprises contre M. Dziekanski alors qu'il ne savait pas si ces utilisations ultérieures étaient nécessaires pour maîtriser M. Dziekanski. L'utilisation répétée de l'AI contre M. Dziekanski tandis qu'aucun effort important n'a été déployé pour déterminer l'effet de l'arme sur M. Dziekanski était une utilisation inappropriée de l'AI. Le caporal Robinson n'a pas surveillé adéquatement la respiration et le rythme cardiaque de M. Dziekanski.

Le caporal Robinson ne connaissant pas les compétences en secourisme de M. Enchelmaier, il n'aurait pas dû l'autoriser à prodiguer les premiers soins ou à surveiller activement l'état de M. Dziekanski. Les membres de la GRC auraient dû se charger eux-mêmes de cette tâche. Le caporal Robinson n'a donc pas prodigué les soins médicaux adéquats à M. Dziekanski.

On aurait dû enlever les menottes à M. Dziekanski lorsque les membres ont reconnu qu'il était inconscient et en détresse et qu'il ne représentait pas une menace immédiate pour les membres. À tout le moins, on aurait dû les enlever immédiatement dès la première demande du personnel médical. Le défaut du caporal Robinson de prendre les commandes sur les lieux, de communiquer avec les membres plus jeunes et inexpérimentés et de leur donner des ordres a eu des répercussions négatives sur l'interaction avec M. Dziekanski.

Le commissaire n'admet pas l'exactitude des versions des événements présentées par les membres en cause parce que l'exposé et l'exactitude des souvenirs des membres comprennent des divergences importantes et significatives lorsqu'on les compare aux éléments de preuve autrement incontestés sur la bande vidéo. Dans leur déclaration, les membres ont répondu à de nombreuses questions en mentionnant qu'ils ne pouvaient pas se rappeler en détail les événements qui se sont déroulés. Le fait que les membres se sont réunis ensemble et avec le RRF avant de fournir les déclarations m'incite à remettre davantage en question leur version des événements.

1068. Conclusion. La conduite des membres qui sont intervenus est loin de correspondre à celle à laquelle la population canadienne s'attend de la part des membres de la GRC et d'être conforme aux politiques de la GRC. Les membres ont montré qu'ils n'avaient pas réellement tenté de désamorcer la situation et qu'ils ne sont pas intervenus en adoptant une approche mesurée, coordonnée et appropriée.

Les membres n'ont pas adéquatement suivi les principes de leur formation sur le modèle CAPRA et le Modèle d'intervention pour la gestion d'incidents (MIGI) lorsqu'ils ont évalué le comportement de M. Dziekanski et, par conséquent, le risque qu'il présentait. L'intervention était donc supérieure au niveau requis et acceptable, contrairement au MIGI et au modèle CAPRA de la GRC.

Comme la GRC classe l'AI comme une arme intermédiaire et qu'elle fournit à ses membres une formation appropriée pour l'utilisation de l'AI, dans les situations représentant une faible menace parce qu'il s'agit d'un moyen de maîtriser un sujet qui est relativement moins dommageable, les membres qui sont intervenus n'ont pas pleinement apprécié la nature de l'AI en tant qu'arme, et ils y ont eu recours trop tôt.

Même si l'IHIT a retenu les services d'un expert en recours à la force, cet expert n'a pas reçu une orientation adéquate concernant les questions qu'il devait prendre en considération, la portée de son travail ou le mandat qu'on lui avait donné. Le caporal Robinson, en tant que membre en cause dans l'incident, n'aurait pas dû être autorisé à assister à la séance d'information de l'IHIT au détachement de Richmond le 14 octobre 2007. Le sergent Attew a omis de s'assurer que seuls les membres compétents de la GRC étaient présents à la séance d'information. Il était inapproprié que les membres de la GRC qui sont intervenus se retrouvent seuls au bureau du sous-détachement à l'aéroport international de Vancouver après le décès de M. Dziekanski.

Le RRF n'aurait pas dû être autorisé à avoir une rencontre individuelle avec le gendarme Millington avant l'enquêteur de l'IHIT. Ne serait-ce que par souci d'équité à l'égard des membres qui sont intervenus et afin de leur donner l'occasion d'expliquer les divergences importantes et facilement visibles entre leur version des événements et la vidéo, il aurait été approprié de fournir à ces membres l'occasion de visionner la vidéo de M. Pritchard avant de recueillir leurs déclarations. Les membres qui sont intervenus dans le cadre de l'incident en cause n'ont pas pris des notes comme il se doit de l'incident mettant en cause M. Dziekanski. Il n'y a pas eu préjugé ou partialité à l'égard des membres de la GRC en cause dans le cadre de l'enquête de l'IHIT sur le décès de M. Dziekanski.

La GRC aurait dû communiquer aux médias certains renseignements qui auraient servi à clarifier l'information relative au décès de M. Dziekanski et à rectifier les renseignements erronés fournis auparavant, et ce, sans compromettre l'enquête de l'IHIT.

1069. Recommandations. Le commissaire formula un certain nombre de recommandations. La GRC doit examiner le programme d'évaluation de la qualité des armes à impulsions électriques actuellement en vigueur et détermine s'il convient de l'étoffer afin de garantir un degré élevé de confiance à l'égard de l'utilisation des armes à impulsions électriques en service.

La GRC doit continuer de participer à la recherche indépendante actuelle sur l'utilisation et l'effet de l'AI et qu'elle se tienne au courant à cet égard. Nonobstant le fait que la GRC a modifié sa politique (en janvier 2009) de manière à ce que l'AI soit utilisée en réponse à une menace à la sécurité d'un membre de la GRC ou d'un membre du public selon l'évaluation par un membre de toutes les circonstances, la GRC doit préciser, à l'intention de ses membres et du public, les circonstances appropriées justifiant l'utilisation de l'AI et le seuil de menace servant à déterminer la pertinence de cette utilisation.

La GRC doit envisager d'examiner sa formation visant à garantir que ses membres connaissent bien la nature potentiellement dangereuse de l'arme et à faire en sorte que la formation donnée aux membres les aide à évaluer adéquatement les situations justifiant l'utilisation de l'AI en tenant compte du degré de douleur infligé au sujet et le résultat que pourrait avoir une telle utilisation. La GRC doit envisager la conception et la mise en œuvre d'une formation à l'intention de ses membres sur les techniques de communication avec les personnes qui ne peuvent pas communiquer verbalement avec eux.

La GRC doit modifier son formulaire rapport sur l'utilisation d'une arme à impulsions (AI) (formulaire 3996) de manière à ce que les renseignements relatifs à un test d'étincelles soient saisis dans le cadre du processus de déclaration de l'utilisation d'une AI (ou inclure cette exigence dans la future base de données du formulaire Comportement du sujet/Intervention de l'agent). Elle doit également modifier son Manuel des opérations afin d'insister sur l'importance du test d'étincelles et d'indiquer clairement que le test est obligatoire pour confirmer le fonctionnement adéquat de l'AI. Le commissaire recommande que les procédures de formation et d'orientation des détachements de la GRC comprennent un examen détaillé des installations médicales et de l'équipement médical. Il recommande également que la GRC examine ses processus et critères relativement à la tenue d'une enquête interne concernant la conduite de ses membres afin d'en garantir l'application uniforme à l'échelle du pays.

Chapitre deuxième. La proportionnalité du recours à la force meurtrière : la notion de légitime défense

1071. L'action de la force publique s'inscrit dans le cadre démocratique lequel exige le respect des valeurs des droits de l'homme et de l'État de droit. Ainsi, l'encadrement juridique du recours à la force meurtrière fut l'œuvre sur le continent européen de la Cour européenne des droits de l'homme (**Section première**) ; sa jurisprudence influença la jurisprudence interne française en ce qui concerne les conditions de l'usage de l'arme de service réglementaire des membres de la force publique. De cette manière, le recours à la force meurtrière doit être absolument nécessaire et proportionné. Celui-ci s'inscrit dans le cadre juridique du concept de légitime défense. (**Section deuxième**).

Section première. La protection du droit à la vie en droit international et européen des droits de l'homme : le respect des standards élémentaires de la démocratie

1072. Le droit à la vie constitue un droit intangible dans les sociétés humaines. Le droit à la vie reçoit une protection juridique en droit international et européen des droits de l'homme. Aussi, il convient en premier lieu d'étudier le mécanisme juridique de protection des Droits de l'homme (**§1**). Le droit à la vie bénéficie d'une protection effective grâce à la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle se présente comme étant le palladium des droits et libertés sur le continent européen et permet d'inscrire l'action de la force publique dans le cadre des valeurs démocratiques (**§2**).

§ 1. Le mécanisme juridique de protection des Droits de l'homme.

1073. Les droits de l'Homme revêtent un caractère universel : ils sont orbicoles. Ceux-ci sont consacrés dans des textes juridiques qui n'arbovent pas la même valeur juridique. Ainsi, nous étudierons la Déclaration universelle des Droits de l'homme laquelle constitue une proclamation des droits non contraignante (**A**) ; puis, nous nous intéresserons au système juridique de protection européenne des Droits de l'homme lequel génère une garantie effective (**B**).

A. La Déclaration universelle des Droits de l'homme : une proclamation des droits non contraignante

1074. La Déclaration universelle des droits de l'homme proclame en son article 3 que « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne »⁹²⁵.

1075. L'analyse du contenu de la Déclaration universelle des Droits de l'homme fait apparaître significativement la prééminence des droits individuels classiques. À l'aune des 27 articles qui énoncent des droits, 19 articles consacrent des libertés traditionnelles à savoir : droits et libertés d'ordre personnel (article trois à article 11, libertés publiques et droits politiques fondamentaux (articles 18 à 21)⁹²⁶.

⁹²⁵ D'un point de vue axiologique, le Préambule de déclaration de droits constitue une proclamation des valeurs fondamentales ; trop souvent, les juristes font référence au texte même de la déclaration en oubliant la philosophie qui la pétrit. Aussi, il convient de ne pas l'obombrer ; nous reproduisons *in extenso* le Préambule de la Déclaration universelle des Droits de l'homme.

« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme.

Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression.

Considérant qu'il est essentiel d'encourager le développement de relations amicales entre nations.

Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande.

Considérant que les États Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement.

L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des États Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction. »

⁹²⁶ La classification proposée par René CASSIN lui-même, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* (RCADI), 1951, tome 79, pp. 241-367.

CASSIN, René (1887-1976). S'agissant de la vie de René CASSIN, vie dédiée au rayonnement coruscant des Droits de l'homme, l'on pourra lire avec un très grand profit les ouvrages qui suivent.

1076. Le caractère individualiste de la Déclaration universelle des droits de l'homme est marqué par la place très lapidaire dévolue aux devoirs de l'individu vis-à-vis de la collectivité⁹²⁷. Mais l'accent est mis sur la fonction de la collectivité, laquelle constitue le lieu d'épanouissement de l'individu. Ces devoirs sont moins précis que le devoir qu'a l'homme de respecter les droits d'autrui (article 29 alinéa deuxième : en ce sens, chaque droit porte en lui des devoirs correspondants). L'opposition avec la doctrine marxiste, laquelle entend subordonner la jouissance des droits de l'homme à certaines conditions et notamment à l'accomplissement de certains devoirs s'avère ici être très nette ; elle se traduira, par l'abstention de l'URSS et de cinq démocraties populaires lors du vote de la Déclaration. On peut ici viser la Constitution de l'URSS, de 1977, qui offre un exemple topique. Le chapitre sept de la Constitution visée est intitulé « les droits, libertés et devoirs fondamentaux des citoyens de l'URSS ». Il énonce un catalogue de droits et libertés mais contient en son article 59 des restrictions : l'exercice des droits et libertés est inséparable de l'exécution de ces devoirs par le citoyen. Le citoyen de l'URSS était tenu de se conformer à la constitution de l'URSS et aux lois soviétiques, de respecter les règles de la vie en société socialiste et de porter dignement le haut titre de Citoyen de l'URSS ». Ainsi, les droits sont subordonnés aux devoirs, lesquels sont les devoirs de l'homme envers l'État.

1077. Les droits de l'Homme revêtent un caractère universel. Comme l'affirme le Professeur Jean Rivero, au cœur du concept de droits de l'homme existe « l'intuition de l'irréductibilité de l'être humain à tout son environnement social⁹²⁸. » L'universalité repose sur l'exigence fondamentale de la protection qui doit être attachée à tout être humain parce qu'il est un être humain⁹²⁹. Ainsi, la

René Cassin (1887-1976), une pensée ouverte sur le monde moderne : hommage au Prix Nobel de la paix 1968, actes du colloque organisé par l'Association René-Cassin et le Collège de France, le 22 octobre 1998, au Collège de France ; suivi de *René Cassin, vice-président du Conseil d'État, 1944-1960* par André Holleaux ; lettres de René Cassin à sa sœur Felice, 1953-1974 éditées par Marceau Long et François Monnier, H. Champion, Paris, 2001, 271 p.

AGI (Marc), *René Cassin : prix Nobel de la paix, 1887-1976, père de la "Déclaration universelle des droits de l'homme"*, Perrin, Paris, 1998, 378 p. ; divers projets ou documents antérieurs, 1929-1948.

PROST (Antoine), WINTER (Jay Murray), *René Cassin et les droits de l'homme : le projet d'une génération*, Fayard, Paris, 2011, 444 p.

Notice d'autorité personne BNF. Winter, Jay Murray (1945-....) *forme internationale*, nationalité : Grande-Bretagne, langue : anglais, naissance : 1945-05-28. Professeur d'histoire à l'Université de Cambridge, membre du corps enseignant du Collège Pembroke, Cambridge, GB (en 1986), en poste, au « Department of History, Yale University » (en 2004).

Prost, Antoine (1933-....) *forme internationale* nationalité : France, langue : français, naissance : 1933-10-29. Agrégé d'histoire, il fut membre de la commission du Conseil supérieur des archives (en 2004).

⁹²⁷ MADIOT (Yves), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 264 p.

⁹²⁸ « Rapport général », in *Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels ?*, LGDJ, Paris, 1980, p. 23.

⁹²⁹ Voir *supra*, Condorcet.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne vaut pas uniquement pour les êtres humains vivant en France, mais a pour vocation de s'étendre à tous les hommes⁹³⁰. Élaborée dans le cadre des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme incarne parfaitement la vocation d'universalité des droits de l'homme. Selon l'un de ses principaux rédacteurs, le juriste français René Cassin, elle « est universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d'application, par son potentiel, et elle proclame directement les droits de l'être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux qu'ils appartiennent les uns et des autres »⁹³¹.

1078. Les droits de l'homme proclamés de cette manière sont les prérogatives que chaque ordonnancement juridique possède, non seulement pour ses propres ressortissants, mais également pour tout être humain quelle que soit sa nationalité. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est avant tout l'expression de l'individualisme occidental. Néanmoins, la notion d'universalité des droits de l'homme, n'est pas admise par tous et n'est pas universelle. En effet, les droits de l'homme n'ont pas encore acquis l'universalité à laquelle ils prétendent. Ainsi, il paraît plus juste de dire à l'instar du Professeur Patrick WACHSMANN que si « les droits de l'homme sont un universalisme (ils s'adressent à tous les hommes, sans distinction), ils ne sont pas universels »⁹³².

La Déclaration universelle procède à la formulation au plan universel des droits de l'homme qu'aucune déclaration ou constitution nationale n'a pu formuler, si ce n'est par référence à un État donné. Elle donne ainsi aux droits de l'homme une dimension internationale qu'aucun document juridique national ne pouvait donner. Par-delà le cadre étatique, la Déclaration universelle des droits de l'homme « élargit à la communauté mondiale tout entière le champ d'exercice des droits de l'homme »⁹³³.

Cette reconnaissance à tout être humain, en tout lieu et à toute époque, d'un minimum appréciable de droits fondamentaux pose la base d'un nouveau droit commun international. Le droit international des droits de l'homme entend exprimer des valeurs (la dignité de l'homme, l'égalité des hommes), qui constitue un fonds commun à toutes les civilisations et à toutes les religions. La Déclaration universelle des droits de l'homme a rayonné jusqu'à éclairer des législations nationales : des États nouveaux l'on incorporée dans le texte même de leur Constitution : Haïti, le Costa Rica et

⁹³⁰ Voir *supra*, Introduction.

⁹³¹ « L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme » in *Mélanges Georges Scelles, La technique et les principes du droit public*, LGDJ, Paris, 1950, tome premier, p. 77.

⁹³² Les droits de l'homme, Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, troisième édition, 1999, 173 p. ; voir p. 50.

⁹³³ RIVERO (Jean), *Les libertés publiques*, Presses universitaires de France, Paris, 1984, quatrième édition, tome premier, 312 p. ; voir page 109. Jean RIVERO (1910-2001).

l'Indonésie. Oeuvre de reconnaissance, la Déclaration universelle consacre des droits lesquels appellent une garantie juridique positive. Enfin, la Déclaration universelle se trouve à l'origine du processus d'internationalisation des droits de l'homme. Comme en droit interne, la reconnaissance des droits précède l'organisation de leur protection juridique.

1079. La genèse de la déclaration internationale des droits de l'homme⁹³⁴. L'apparition du droit international des droits de l'homme est le fruit de la reconnaissance de l'unité de la politique intérieure et de la politique extérieure des États. En effet, les atrocités de la Deuxième Guerre mondiale provoquèrent la prise de conscience des gouvernements alliés que la violation des règles de droit les plus élémentaires au plan national engendrent au plan international la violation symétrique des normes qui régissent le droit international. Le totalitarisme qui gangrène un État donné appelle une politique étrangère impérialiste. Trois textes majeurs, qui furent rédigés dans le contexte immédiat du conflit mondial, annonce la Déclaration de 1948.

1080. Tout d'abord, il s'agit de la Déclaration du président Roosevelt du 6 janvier 1941 sur les « quatre libertés » (parmi lesquelles figurent la liberté d'échapper à la peur [on comprendra la guerre]). Ensuite, la Charte de l'Atlantique en date du 14 août 1941, signé par le président Roosevelt et le Premier ministre britannique Winston Churchill, charte qui ajoute aux quatre libertés la nécessité du progrès économique. Enfin, tout particulièrement, la Charte des Nations unies en date du 26 juin 1945, qui internationalisent, dans un texte conventionnel multilatéral, la question des droits de l'homme.

1081. Les dispositions de la Charte des Nations unies relatives aux droits de l'homme. La Charte de San Francisco repose sur l'interdépendance qui existe entre, d'une part, la paix et la sécurité internationale, et, d'autre part, des conditions meilleures de bien-être économique et social et le respect des libertés de l'homme. Dans le Préambule de la Charte, les États membres proclament leur « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ».

L'article premier paragraphe trois de la Charte assigne à l'ONU comme but fondamental de « réaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». La protection internationale des droits de l'homme appartient ainsi aux devoirs primordiaux qui incombent aux organes principaux des Nations unies à savoir l'Assemblée générale

⁹³⁴ VASAK (Karel), *Les Dimensions internationales des droits de l'homme : manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, UNESCO, France (Paris), 1978, 780 p. ; langue originale : Français. Karel VASAK est l'ancien directeur de la division des droits de l'homme et de la paix à l'Unesco.

(article 13, paragraphe premier (b)). Surtout, mis à part le devoir général des États membres de remplir de bonne foi les obligations assumées dans la Charte (article deux, paragraphe deux), l'article 56 stipule que « les membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation ». Ceci constitue l'énoncé d'une obligation générale de coopération pour « le respect universel et effectif des droits de l'homme » (article 55).

1082. Toutefois, il convient de mettre en exergue les lacunes de la Charte relativement aux droits de l'homme. En effet, celle-ci reconnaît aux organes des Nations unies la mission de « favoriser », de « développer », d'« encourager » le respect des droits de l'homme. Elle leur donne le pouvoir de faire des études et des recommandations, mais elle ne met en place aucune garantie particulière en la matière et elle ne définit aucunement le contenu des droits protégés. Ce sera l'œuvre, de manière ultérieure, de l'Assemblée générale des Nations unies elle-même ainsi que des institutions spécialisées à l'instar de l'Organisation internationale du travail et de l'Unesco. Cependant, il convient de préciser que la Charte des Nations unies de 1945 constitue un tournant majeur en ce sens qu'elle fait pénétrer les droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international.

1083. La consistance de la Déclaration internationale des droits de l'homme. En énonçant les droits protégés, la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, adoptée par l'Assemblée générale par 48 voix et huit abstentions (Afrique du Sud, Arabie Saoudite, États de l'Europe centrale et orientale dont l'URSS), confirme cette interpénétration. Dorénavant, « le droit international pénètre au cœur même du sanctuaire de la souveraineté » des États⁹³⁵.

En effet, les dispositions du droit international des droits de l'homme sont applicables aux relations entre l'État et ses propres nationaux, alors même qu'aucun intérêt étranger n'est directement engagé. En d'autres termes, le droit international des droits de l'homme met à la charge des États des obligations vis-à-vis de leurs propres ressortissants et ceux-ci peuvent faire appel du droit interne au droit international, parfois devant les instances internationales. Ici se caractérise l'originalité de l'objet du droit international des droits de l'homme. Sur le plan des principes, l'introduction de la protection des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international engendre un bouleversement de la nature même du droit international. En effet, la souveraineté est arrêtée par des droits qui appartiennent à d'autres sujets de droit que les États. Le droit international évolue alors d'un droit étatique, élaborée en fonction des intérêts des États, vers un droit supra étatique, lequel est chargé d'assurer, au nom de valeurs communes et supérieures aux États, la

⁹³⁵ VIRALLY (Michel), « Cours général de droit international public », in *RCADI* 1983, tome 183, p. 124 et s.

protection d'intérêts infra étatiques (ceux des individus vivant sous l'autorité nationale et qui sont des sujets de droit de l'État dont ils sont ressortissants).

1084. Le droit international ne se détermine plus comme étant le droit de la société des États mais comme étant le droit de la société humaine universelle. Il comprendrait deux parties essentielles : le statut fondamental de l'être humain à l'intérieur des diverses unités étatiques d'une part et, d'autre part, le droit des relations internes étatiques. Toutefois, le droit positif a maintenu ces changements sur le plan des principes dans des limites qui ont réduit la portée pratique, pour l'essentiel au seul continent européen.

La coexistence au sein du droit international général de deux ensembles normatifs d'inspiration fort différente à savoir le droit international des droits de l'homme et le droit international des relations interétatiques, met en lumière la contradiction majeure entre la formulation internationale des droits de l'homme et la garantie internationale de ceux-ci. C'est opposer l'aspect « irréel » des droits de l'homme et leur « impuissance manifeste »⁹³⁶ à la triste réalité des violations quotidiennes.

1085. Les droits de l'homme et l'État. Les droits de l'homme mettent en jeu les rapports qu'entretient l'individu avec le pouvoir, autrement dit les relations entre les gouvernants et les gouvernés. À l'origine, la problématique fondamentale des droits de l'homme consiste en premier lieu en une problématique de limitation du pouvoir de l'État.

La théorie du contrat social conduit à la définition des droits fondamentaux que l'homme conserve au sein de la société humaine. Ces droits fondamentaux de l'homme sont opposables au pouvoir. Ainsi, dans les déclarations américaine ou française, l'accent est mis sur la relation qui existe entre le régime constitutionnel et l'organisation des droits du sujet de droit face au pouvoir. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 prévoit à cet égard la participation du citoyen à la formation de la volonté générale qui exclut toute possibilité d'oppression de la part du pouvoir politique. Le lien qui existe entre une forme d'organisation du pouvoir, la démocratie, et le respect de la liberté des individus est donc très clairement posé dès l'origine de l'État libéral.

La prééminence des droits civils et politiques qui constituent une arme défensive contre le pouvoir, est indiscutable dans les premières proclamations des droits de l'homme. De ce point de vue, l'affiliation de la Déclaration universelle avec les déclarations nationales paraît être claire, au

⁹³⁶ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 1983, p. 11.

regard de la place déterminante dévolue aux droits civils et politiques ainsi qu'avec la référence effectuée par l'article 21 paragraphe 3 aux principes fondamentaux de la démocratie. (« La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ».)

1086. Nature et portée de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En dépit de son importance historique et politique remarquable, la Déclaration universelle des droits de l'homme possède la même valeur juridique que les autres résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies. De cette manière, en tant que recommandation, la Déclaration universelle ne crée pas d'obligations vis-à-vis des États, et ne constitue donc pas une source directe du droit. La Déclaration universelle des droits de l'homme est une déclaration de principes ; elle est l'expression de l'accord des États sur « un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations » (Préambule).

Par sa formulation même, le Préambule constitue l'aveu que la Déclaration proclame des principes qui ne sont pas pleinement obligatoires à l'égard des États membres de l'ONU. Cela se trouve pleinement corroboré par l'exposé d'Eleanor Roosevelt laquelle présidait le Comité de rédaction de la Déclaration, devant l'Assemblée générale : « Ce n'est pas un traité, ce n'est pas un accord international. Il n'a pas et ne vise pas à avoir force de loi. C'est une déclaration de principes sur les droits et libertés fondamentales de l'homme destinée à être approuvée par vote formel des membres de l'Assemblée générale »⁹³⁷.

1087. Les juridictions nationales ont confirmé cette analyse en déniaient toute force juridique obligatoire à la Déclaration, parce qu'elle ne constituait pas un traité international. Pour ce qui concerne l'ordonnancement juridique français, le Conseil d'État français considéra que la seule publication de la Déclaration universelle des droits de l'homme au Journal officiel de la République française « ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne » ; dès lors, la Déclaration universelle ne peut utilement être invoquée à l'appui d'un recours devant les juridictions internes (Conseil d'État, 23 novembre 1984, « Roujansky », *Recueil Lebon*, p. 383).

Il s'agissait en l'occurrence d'un recours tendant à l'annulation des élections de 1984 à l'Assemblée des Communautés européennes. Cette décision de la haute juridiction française s'inscrit dans une jurisprudence fermement établie depuis l'arrêt du 18 avril 1951, « Élections de Nolay »⁹³⁸.

⁹³⁷ Source : René CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1951, tome 79, p. 289.

⁹³⁸ *Recueil Lebon*, p. 189 ; voir également Conseil d'État, 11 mai 1960, « Car », *Recueil Lebon*, p. 319.

De la même manière, la Cour de Cassation française, dans l'affaire « Barbie », fait référence aux « principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations » mais attachent ceux-ci aux conventions internationales à savoir le Pacte international des droits civils et politiques de l'ONU, en son article 15 paragraphe 2 et la Convention européenne des droits de l'homme, en son article 5 paragraphe 2 auquel la France est partie⁹³⁹. En **Belgique**, la Cour de cassation précisa que la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, n'a pas été introduite dans le droit belge et ne saurait constituer une loi⁹⁴⁰.

1088. Néanmoins, l'on peut se poser la question de savoir si la Déclaration universelle des droits de l'homme est au plan du droit international public un élément constitutif d'une règle coutumière. En l'occurrence, la réponse doit être diaprée. En premier lieu, la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas *per se* une valeur coutumière. En effet, du fait de son caractère entièrement novateur, celle-ci ne vient pas confirmer ou énoncer des règles coutumières préexistantes.

1089. De plus, la Déclaration ne constitue pas un élément formateur de la coutume puisque les deux éléments constitutifs de la coutume sont défaillants. Effectivement, sur le fondement de la sentence arbitrale « Texaco-Calasiatic » en date du 19 janvier 1977⁹⁴¹, on peut considérer que les conditions d'adoption de la recommandation en cause sont des éléments déterminants de l'expression d'une *opinio juris* à savoir celle de la Déclaration de 1948 qui pose alors problème. L'absence des États nouveaux ne saurait empêcher la formation d'une règle coutumière mais l'abstention de l'Union soviétique et des États socialistes interdit d'admettre que la Déclaration universelle a été votée par la généralité des États de la communauté internationale ; subséquemment, elle n'exprime pas une réelle *opinio juris* sur le plan du droit international.

1090. Il est fort malheureusement évident que la Déclaration universelle n'a pas produit une pratique étatique abondante de respect des droits de l'homme si l'on se place à l'échelon mondial. Certes, la Cour internationale de justice a nuancé le rôle de la pratique. Ainsi, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, il n'est pas besoin que la pratique correspondante soit « rigoureusement conforme » à cette règle ; mais, il suffit « que les États y conforment leur conduite de manière générale... » (Cour internationale de justice, 27 juin 1986, « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *Recueil*, paragraphe 186). De plus, la résolution 2625 (XXV) en date du

⁹³⁹ Cour de Cassation, chambre criminelle, 6 octobre 1983, « Barbie », *JCP*, 1983, II, 20107, observations D. RUZIÉ.

⁹⁴⁰ Cour de cassation, Belgique, 15/03/1965 ; <<http://jure.juridat.just.fgov.be>>

⁹⁴¹ *Journal du droit international* 1977, pp. 350-389.

24 octobre 1970 sur les principes du droit international relatifs aux relations amicales entre États ne fait pas mention du principe du respect des droits de l'homme et de la Déclaration de 1988 ; aussi, cette occurrence constitue un élément décisif pour refuser valeur coutumière à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

1091. Adoptée par consensus, la Résolution 2625 possède une autorité particulière et constitue une codification de la pratique des Nations Unies ; la Cour Internationale de Justice dans son arrêt du 27 juin 1986 accorde à la Résolution 2625 une place privilégiée dans la formation de l'*opinio juris*. « L'*opinio juris* peut se déduire entre autres, quoiqu'avec la prudence nécessaire, de l'attitude des parties et États à l'égard de certaines Résolutions de l'Assemblée générale, notamment la Résolution 2625 (XXV)... », (*Recueil*, p. 100, paragraphe 188). Cela explique que la Cour internationale, lorsqu'elle vise la Déclaration universelle des droits de l'homme, prenne soin de la rattacher à une norme conventionnelle fermement établie.

À titre d'exemple, dans sa décision en date du 24 mai 1980 relative à l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour relève que « le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre, dans des conditions pénibles, à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme », (*Recueil*, 1980, p. 42, paragraphe 91).

1092. En dernier lieu, dans son cours de 1951, René Cassin assigne deux missions à la Déclaration universelle, qui doit « manifester son potentiel sur le plan international et son influence politique sur les constitutions et législations nationales »⁹⁴². L'évolution suivie depuis l'année 1951 montre effectivement un renforcement progressif du rôle de la Déclaration. Au plan interne, elle fut rapidement reprise dans le préambule de très nombreuses Constitutions, notamment les

⁹⁴² LARRALDE (Jean-Manuel), « Lorsque René Cassin commentait la Déclaration universelle des droits de l'homme ; à propos du cours publié au Recueil des cours de l'Académie de droit international de 1951 » in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux n° 7, 2009 : L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après*, pp. 23-33. Les Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux sont édités par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux de l'Université de Caen disponibles aux Presses universitaires de Caen. Les Directeurs de rédaction sont Jean-Manuel Larralde et Marie-Joëlle Redor-Fichot. Source : <<http://www.unicaen.fr/puc/>>

Voir spécialement, I. De la Déclaration-manifeste à la Déclaration source des droits internationalement protégés, B La Déclaration, « source » de la protection des droits de l'homme. Jean-Manuel LARRALDE est Professeur de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie, Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED).

Constitutions africaines⁹⁴³ ; et, ce mouvement se retrouva au sein de Constitutions européennes modernes, qui en font une norme d'interprétation des normes internes en matière de protection des droits fondamentaux.

Pour ce qui concerne les constitutions européennes, l'on pourra se référer notamment à l'article 16 paragraphe deuxième de la **Constitution de la République du Portugal** en date du 12 avril 1976⁹⁴⁴, ou bien encore à l'article 20 de la **Constitution roumaine** datée du 8 décembre 1991⁹⁴⁵.

1093. Il conviendra également de relever qu'au plan de la protection régionale des droits de l'homme, la mise en place de normes et de systèmes effectifs de protection des droits de l'homme se place dans la perspective de la Déclaration comme le montre, de manière éloquente, le premier alinéa du préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, selon lequel les États contractants se déclarent résolus à « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

1094. Les principes qui sont énoncés par la Déclaration universelle reçurent une consécration juridique et ceux-ci se sont enracinés dans le droit international ainsi que dans le droit interne d'États notamment « du Tiers Monde » à l'instar du **Niger**, lequel incorpore la Déclaration universelle des droits de l'homme au sein même du Préambule de sa Constitution. On peut également se référer à la **Constitution de l'Union des Comores** dont le Préambule vise la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies.

⁹⁴³ À la fin des années 1970, les constitutions de 29 États africains faisaient référence expresse à la Déclaration universelle, voir MBAYE (K.), « Rapport introductif au colloque de Dakar sur les droits de l'homme » in *Revue sénégalaise de droit*, numéro 22, 1977, voir page 25.

⁹⁴⁴ L'article 16 de la Constitution du Portugal constitution du 2 avril 1976 est relatif à la portée et au sens des droits fondamentaux (Première partie « Droits et devoirs fondamentaux », Titre premier « Principes généraux »). Son paragraphe premier prévoit que les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables.

Le second paragraphe prescrit que les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme. La Constitution du Portugal du 2 avril 1976 peut être consultée dans la Digithèque du Professeur Jean-Paul MAURY, <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976.htm>>

⁹⁴⁵ L'article 20 de la Constitution de la Roumanie, Constitution du 8 décembre 1991 (Titre II « Les droits, les libertés et les devoirs fondamentaux », Chapitre I^{er} « Dispositions communes ») précise, en son premier alinéa que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie.

En cas de non-concordance entre les pactes et les traités portant sur les droits fondamentaux de l'homme auxquels la Roumanie est partie, et les lois internes, les réglementations internationales ont la primauté. (Second alinéa). Source : Chambre des Députés de Roumanie, site officiel électronique de la Chambre des députés de Roumanie ; <<http://www.cdep.ro/>>

« Le peuple comorien, affirme solennellement sa volonté de: puiser dans l'islam, l'inspiration permanente des principes et règles qui régissent l'Union, se doter de nouvelles institutions fondées sur l'Etat de droit, la démocratie, et respectueuses de la bonne gouvernance et garantissant un partage du pouvoir entre l'Union et les îles qui la composent, afin de permettre à celles-ci de concrétiser leurs aspirations légitimes, d'administrer, gérer librement et sans entrave leurs propres affaires et de promouvoir leur développement socio-économique, marquer son attachement aux principes et droits fondamentaux tels qu'ils sont définis par la Charte des Nations Unies, celle de l'Organisation de l'Unité Africaine, le Pacte de la Ligue des États Arabes, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, ainsi que les conventions internationales notamment celles relatives aux droits de l'enfant et de la femme. » (Préambule Constitution de l'Union. Ce préambule fait partie intégrante de la Constitution).

De la même manière, la **Constitution de l'île de NGAZIDJA (Grande-Comore)**, État fédéré de l'Union des Comores fait référence de manière directe dans son Préambule à la Déclaration Universelle des Droits de l'homme des Nations Unies. « La population de NGAZIDJA (Grande-Comore) affirme son attachement aux principes définis par la Déclaration Universelle des Droits de l'homme des Nations Unies, l'organisation de la Conférence Islamique et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Ainsi, la population de NGAZIDJA (Grande-Comore) et l'île autonome de NGAZIDJA (Grande-Comore) assure : l'égalité de tous les citoyens en droits et en devoirs sans distinction de sexe, de race, de croyance ou de conviction idéologique ; la liberté et la sécurité de chaque individu à la seule condition qu'il n'accomplisse aucun acte de nature à nuire à autrui ; [...]. » (Préambule de la Constitution de l'île autonome de Ngazidja, loi fondamentale de Ngazidja).

De surcroît, **sur le continent américain**, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies constitue l'une des normes de référence pour ce qui concerne la détermination des droits de l'Homme. **Aux États-Unis du Mexique** et, plus précisément, **l'État fédéré de Guanajuato** a édicté une loi pour la protection des droits de l'homme⁹⁴⁶. La présente loi a pour objet de déterminer l'organisation, le fonctionnement, la compétence et les procédures relevant de l'organisme ministériel protecteur des droits de l'homme dans l'État concerné. Cet organisme portera la dénomination de ministère des Droits de l'homme de l'État de Guanajuato ; il sera doté d'une pleine autonomie, de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre (article deux de la loi susvisée).

⁹⁴⁶ Loi publiée au *Journal officiel [Periódico Oficial] de l'État de Guanajuato* du 26 septembre 2000, la version de la loi étudiée est celle en vigueur après l'ultime réforme publiée au journal officiel numéro 122, troisième partie, du 1er août 2006.

La présente loi détermine les droits de l'homme comme étant ceux proclamés dans la Constitution politique des États-Unis du Mexique, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, ceux proclamés par l'Assemblée générale des Nations unies et ceux contenus dans les traités, conventions et accords internationaux que le Mexique a ratifiés ou ratifiera (article trois de la loi susvisée). Le ministère a pour objet la protection, la défense, la promotion, l'étude des droits de l'homme. Il favorise ainsi une culture de respect vis-à-vis de ses droits de l'homme (article six de la loi précitée). Le ministère connaît des plaintes et dénonciations vis-à-vis des actes ou omissions de nature administrative provenant de quelque autorité aux fonctionnaires publics de caractère étatique municipal qui viole les droits humains. Cet organisme n'est pas compétent pour traiter les affaires électorales, prud'homales ou juridictionnelles.

Le ministère a les attributions suivantes : établir et conduire la politique étatique de protection des droits de l'homme, établir des conventions relatives au mécanisme de coordination avec les autorités municipales, étatiques et fédérales pour assurer l'exécution idoine de la politique de respect et de défense des droits de l'homme ; élaborer et faire appliquer les programmes préventifs dans le domaine des droits de l'homme, programme destiné à l'administration publique étatique et municipale.

1095. De plus, la consécration des principes qui sont énoncés par la Déclaration universelle s'est opérée davantage par la voie conventionnelle que par la voie coutumière. Ainsi, les conventions de protection des droits de l'homme élaborées dans le cadre des Nations unies se réfèrent expressément dans leur Préambule à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il convient également de préciser que sur le plan régional, les Conventions européenne et américaine sont davantage fidèles à l'esprit de la Déclaration que ne le sont les Pactes.

1096. La Déclaration universelle a constitué le ferment du processus de création du droit international des droits de l'homme. Véritable source d'inspiration des règles juridiques qui prévalent en la matière, la Déclaration n'appartient pas à ces règles mais s'analyse comme étant un instrument pré-juridique⁹⁴⁷. Si l'on peut regretter cet état du droit, il n'en demeure pas moins que la valeur symbolique des mots est incontestable (« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit » (article premier). Seuls donc les textes conventionnels ont vocation à jouir d'un

⁹⁴⁷ Voir SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, précité. Et, Emmanuel DECAUX souligne que dès le départ, les termes utilisés pour qualifier la Déclaration sont particulièrement forts. Il y voit la volonté de faire de ce texte un « véritable « acte constitutif » objectivant les principes fondamentaux auxquels la Charte se bornait à faire référence ». DECAUX (Emmanuel), « De la promotion à la protection des Droits de l'homme » in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Société française pour le droit international (SFDI), Colloque de Strasbourg, Pedone, Paris, 1998, 344 p. ; voir p. 103.

caractère obligatoire ; ils traduisent la volonté des États parties de s'engager de manière expresse dans le domaine des droits de l'homme. Pour que l'État partie à la convention forgée dans le cadre onusien soit lié juridiquement par cette convention, deux conditions doivent être remplies.

1097. En premier lieu, l'État doit être partie à la convention et, partant, avoir exprimé son consentement définitif à être lié par elle (article 11 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités). La plupart des conventions de droits de l'homme à portée générale prévoient deux modalités d'expression du consentement de l'État à savoir la signature de la convention et sa ratification (seule modalité retenue par l'article 59 de la Convention européenne des droits de l'homme), ou l'adhésion. Il en va ainsi pour le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels (article 26), du Pacte international des droits civils et politiques (article 48), et de la Charte africaine des droits de l'homme (article 63).

1098. En second lieu, la convention doit être entrée en vigueur pour que ces dispositions soient intégrées au sein de l'ordonnement juridique international (article 24 de la Convention de Vienne susvisée). Cette entrée en vigueur est subordonnée au dépôt d'instruments de ratification ou d'adhésion. Ainsi, pour le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels, la convention entrera en vigueur dès lors que 35 États l'aient effectivement ratifiée (article 27). Pour ce qui concerne le Pacte international des droits civils et politiques, il conviendra également que 35 États l'aient ratifiée (article 49). Et, enfin, pour la Convention européenne des droits de l'homme, il conviendra que 10 États parties l'aient ratifiée (article 59 paragraphe 2.)

1099. Pour ce qui a trait à l'application spatio-temporelle de ces textes juridiques conventionnels, il résulte de cette double condition laquelle n'est pas propre aux conventions internationales en matière des droits de l'homme qu'existe un double décalage lequel préjudicie à la protection des droits de l'homme, relativement à l'application du texte conventionnel. Il existe tout d'abord un décalage temporel entre le moment de l'adoption de la Convention et celui de son entrée en vigueur. On peut relever qu'il s'est écoulé neuf ans pour les Pactes des Nations unies entre le 16 décembre 1966 et le 3 janvier 1976-23 mars 1976.

Il convient également de souligner que relativement à la Convention européenne des droits de l'homme, il s'est écoulé trois ans entre le 4 novembre 1950 et le 3 septembre 1953. Pour ce qui a trait à la Convention interaméricaine des droits de l'homme, il s'est écoulé neuf ans (22 novembre 1969-18 juillet 1978). Pour la Charte africaine des droits de l'homme, il s'est écoulé un délai de cinq ans entre le 28 juin 1981 et le 21 octobre 1986. De surcroît, ce délai se trouve accru pour l'entrée en vigueur des dispositions facultatives lesquelles énoncent des dispositions plus contraignantes pour les États. On peut mentionner qu'il s'est écoulé un délai de 13 ans pour l'article 41 du Pacte

international des droits civils et politiques relatif à la compétence du Comité des droits de l'homme (28 mars 1979). Pour l'exemple de protection européenne des droits de l'homme, il s'est écoulé un délai d'un lustre pour l'ex-article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit de recours individuel (5 juillet 1955). Et, on mentionnera qu'il s'est écoulé un délai de huit ans pour l'ex-article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant de la juridiction de la Cour (3 septembre 1958).

1100. Le droit européen et international des droits de l'homme présente une spécificité en droit international en ce sens qu'il revêt les caractères qui lui sont propres au sein de l'ordre juridique international. La singularité de la norme de protection tient au caractère objectif des droits de l'homme.

1101. Caractère objectif des droits de l'homme. Les droits de l'homme renvoient à l'identité universelle de la personne et ceux-ci sont fondés sur le principe de l'égalité de tous les êtres humains. Affirmer le caractère objectif des droits de l'homme, c'est signifier que ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable mais qu'ils sont attachés par principe à la seule qualité de personne humaine. Le Préambule de la Charte des Nations unies ainsi que l'article premier de la Déclaration universelle reprennent formellement cette idée. Ce caractère objectif de l'homme vaut principalement pour les droits dits « classiques » qualifiés de « fondamentaux » par le Préambule de la Charte des Nations unies. Ce caractère objectif implique que la jouissance des droits de l'homme par l'individu n'est pas en principe conditionnée par l'attitude des États à l'égard des instruments conventionnels qui proclament ces droits. Ainsi, le principe général de réciprocité est remis en question. L'affirmation du principe a d'abord été réalisée en droit européen.

B. Le système juridique de protection européenne des Droits de l'homme : une garantie effective⁹⁴⁸

1102. La Commission des droits de l'homme, a reconnu expressément le caractère objectif de la Convention européenne dans sa décision en date du 11 janvier 1961 dans l'affaire *Autriche contre*

⁹⁴⁸ VASAK Karel, Chapitre 1 « Le Conseil de l'Europe », Sous-partie II « Institutions régionales de promotion et de protection des droits de l'homme », Partie II « Institutions internationales de protection et de promotion des droits de l'homme », pp. 535-599 in VASAK (Karel), *Les Dimensions internationales des droits de l'homme : manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, UNESCO, France (Paris), 1978, 780 p. ; langue originale : Français.

*Italie*⁹⁴⁹. En l'espèce, il s'agissait du meurtre d'un douanier italien. Son collègue Calvia découvrit le cadavre de Falqui gisant dans le lit d'un torrent près de Fundres/Pfunders (Haut-Adige). La veille au soir, Falqui et un autre douanier, Lombardo, avaient pris plusieurs consommations dans un bar en compagnie d'un groupe de jeunes gens du village. Commencée dans la bonne humeur, la réunion dégénéra en altercation lorsque les deux douaniers voulurent, peu avant minuit, regagner leur caserne et ordonnèrent la fermeture du local. Finalement, Falqui et Lombardo sortirent de ce dernier, suivis puis poursuivis par une partie des jeunes gens, qui se mirent à les injurier et à leur porter des coups à l'aide de bâtons et de boîtes vides. Lombardo réussit à rentrer sain et sauf à son cantonnement. En revanche, Falqui perdit l'une après l'autre ses chaussures de toile, dépourvues de lacets. Rejoint, semble-t-il, à proximité d'un pont qui enjambe le torrent susmentionné, il y trouva la mort.

Les Gouvernements autrichien et italien ne s'accordent ni sur les circonstances de cet événement, ni sur la cause du décès, ni sur la position exacte du corps de Falqui. Le lendemain 16 août, la Gendarmerie (Carabinieri) arrêta, à raison desdits faits, quatorze jeunes gens. Le 16 juillet 1957, la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen condamna Luigi/Alois Ebner, à 24 ans, 4 mois et 10 jours de réclusion pour meurtre et outrage à la Nation, Bernardo/Bernhard Ebner et Isidoro/Isidor Unterkircher, à 16 ans et 8 mois de réclusion pour ces mêmes infractions, Floriano/Florian Weissteiner et Giorgio/Georg Knollseisen à 16 ans de réclusion pour meurtre, Giovanni/Johann Huber, à 13 ans et 4 mois de réclusion pour ce même crime, Paolo/Paul Unterkircher, à 10 ans de réclusion pour ce même crime.

Elle acquitta tous les autres accusés, y compris Luigi/Alois Bergmeister, des crimes ou délits relevés contre eux, tantôt pour ne les avoir point commis, tantôt pour insuffisance de preuves. Sur appel de certains des intéressés ainsi que du ministère Public, la Cour d'Assises d'Appel de Trente, composée elle aussi de deux magistrats de carrière et de six « juges populaires » (jurés) dont quatre de langue italienne et deux de langue allemande, infligea le 27 mars 1958 : à Luigi/Alois Ebner, la réclusion à perpétuité (avec un an d'isolement pendant la journée) pour meurtre, injures à fonctionnaires publics et outrage à la Nation ; à Floriano/Florian Weissteiner, Isidoro/Isidor Unterkircher.

1103. Dans le Préambule de la Convention, les États Contractants, après s'être référés à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, ont précisé que « le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union

⁹⁴⁹ Requête numéro 788/60, *Recueil des arrêts et décisions* 7, pp. 23-74.

plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Les États parties ont réaffirmé « leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ». Les États membres du Conseil de l'Europe ont déclaré qu'ils étaient résolus, « en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

Il en résulte qu'en concluant la Convention, les États Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit.

1104. Pour atteindre ce but, les États Contractants, aux termes de l'article 1er de la Convention, reconnaissent les droits et libertés définis au Titre I à toute personne relevant de leur juridiction, sans aucune exception. En outre, l'article 14 stipule expressément que : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

En devenant Partie à la Convention, un État reconnaît donc les droits et libertés définis au Titre I à toute personne relevant de sa juridiction, quels que soient sa nationalité ou son état. En résumé, il reconnaît ces droits et libertés non seulement à ses propres nationaux et à ceux des autres États Contractants, mais aussi aux ressortissants des États non parties à la Convention et aux apatrides. Il en résulte que les obligations souscrites par les États Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États Contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers. Par cet article, les Hautes Parties Contractantes ont par conséquent autorisé l'une quelconque d'entre elles à saisir la Commission de tout manquement allégué aux dispositions de la Convention, que les victimes dudit manquement soient ou non des

ressortissants de l'État demandeur, et que le manquement prétendu lèse ou non particulièrement les intérêts de cet État. Un État Contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24, ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe.

1105. Eu égard au caractère objectif des droits et obligations résultant de la Convention, à la manière catégorique dont l'article 24 définit, sans l'assortir de restrictions, le droit de saisir la Commission de manquements prétendus aux dispositions de la Convention et au système de garantie collective dont cet article est une expression, la Commission estime que le fait que l'Italie n'avait point d'obligations envers l'Autriche, en vertu de la Convention, à l'époque de la procédure suivie devant la Cour d'Assises et la Cour d'Appel, n'empêche pas l'Autriche d'alléguer maintenant la violation de la Convention à propos de cette procédure.

1106. Il faut admettre que, selon cette interprétation de l'article 24, l'Autriche a le droit d'introduire une plainte contre l'Italie au sujet de faits antérieurs au moment où l'Autriche devint Partie à la Convention (3 septembre 1958). L'Italie n'aurait pas le droit réciproque d'introduire une plainte contre l'Autriche à raison d'événements antérieurs à cette date. Toutefois, cette absence de réciprocité dans le temps découle uniquement de ce que l'Autriche, avant le 3 septembre 1958, n'était pas soumise au régime communautaire instauré par la Convention, et non pas d'une différence de traitement que l'article 24 aurait lui-même établie entre les diverses Parties Contractantes. Si les États Contractants avaient voulu subordonner à une condition de réciprocité *ratione temporis* l'exercice du droit défini par cet article, il leur eût été loisible d'insérer à cette fin une condition expresse dans ledit article, mais qu'ils ne l'ont point fait. La circonstance que l'Italie ne possède pas le droit réciproque d'introduire une requête contre l'Autriche à raison d'événements antérieurs au 3 septembre 1958 ne constitue par conséquent pas, aux yeux de la Commission un motif pour dénier à l'Autriche le droit de former contre l'Italie une requête relative à la procédure de la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et de la Cour d'Appel de Trente. Il s'ensuit que, de l'avis de la Commission, l'Autriche était habilitée à saisir la Commission, par sa requête du 11 juillet 1960, de violations alléguées de la Convention au sujet tant de la procédure suivie devant la Cour d'Assises de Bolzano/Bozen et la Cour d'Appel de Trente, avant qu'elle ne devînt, le 3 septembre 1958, Partie à la Convention, que de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour de Cassation après cette date.

1107. Le caractère objectif desdits engagements apparaît également dans le mécanisme érigé dans la Convention pour en garantir le respect. Ce mécanisme, ainsi qu'il a été souligné au cours des travaux préparatoires de la Convention et que le déclare expressément le troisième passage du

Préambule déjà cité, repose sur le concept d'une garantie collective, par les États Contractants, des droits et libertés définis dans la Convention. À cet effet, l'article 19 prévoit qu'afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la Convention, il est institué une Commission européenne des Droits de l'Homme et une Cour européenne des Droits de l'Homme. L'article 24 dispose que « toute Partie Contractante peut saisir la Commission, par l'intermédiaire du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, de tout manquement aux dispositions de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante ».

1108. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné très vivement dans le premier arrêt qui a été rendu dans le cadre d'une affaire interétatique (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, série A n° 25)⁹⁵⁰ que la Convention « à la différence des traités internationaux de type classique [...] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son Préambule, bénéficient d'une « garantie collective ». Par son article 24, elle permet aux États contractants d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propres nationaux. En substituant le mot « reconnaissent » à « s'engagent à reconnaître » dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants. [...] Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, série A n° 12, p. 43, § 82)⁹⁵¹. (paragraphe 239) ».

1109. Le juge européen met ici en évidence la spécificité de la Convention, liant intimement le caractère objectif de la norme conventionnelle et la garantie collective, qui en est son expression institutionnelle. La Convention assure au nom de valeurs communes et supérieures aux États, la protection des intérêts des individus qui vivent sous l'autorité étatique et créer des obligations objectives dont le respect s'impose aux États non pas au titre d'une contrepartie des droits consentis

⁹⁵⁰ *Journal du droit international*, 1980, 449, observations Patrice ROLLAND.

⁹⁵¹ « L'article 5 [de la Convention] est directement applicable en droit belge, en sorte que sa violation aurait pu être dénoncée au Conseil d'État, et rien ne permet d'affirmer a priori que celui-ci n'aurait pas statué à bref délai. » Les requérants auraient pu ainsi soutenir devant le Conseil d'État que leur détention avait en tout cas enfreint l'article 5 par. 1 notamment parce qu'ils auraient perdu la qualité de vagabond par suite de circonstances nouvelles. (§ 82).

Affaires *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage ») c. Belgique*, 18 juin 1971, série A n° 12, p. 43, requêtes n° 2832/66 ; n° 2835/66 ; n° 2899/66.

par les autres États parties, mais à raison des engagements pris à l'égard des individus. Le caractère objectif de la Convention européenne des droits de l'homme, « instrument de protection des êtres humains » (*Berktaç c. Turquie*, 1er mars 2001, requête n° 22493/93, § 151), fonde la solidarité commune, laquelle s'exprime dans l'instauration d'une sauvegarde collective des droits de l'homme. Ainsi, l'article 2, qui garantit le droit à la vie et définit les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort, se place parmi les articles primordiaux de la Convention et ne souffre aucune dérogation. Avec l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort doivent dès lors s'interpréter strictement. L'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, requièrent également que l'article 2 soit interprété et appliqué d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A n° 324, §§ 146-147). « La Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (*Affaire Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, série A n° 161)⁹⁵².

1110. L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir, par exemple, l'arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33)⁹⁵³. En outre, toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec « l'esprit général [de la Convention], destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique » (arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, 7 décembre 1976, série A n° 23, p. 27, § 53).

1111. La Cour doit déterminer ensuite si la restriction était proportionnée au but poursuivi. Elle rappelle que la Convention doit s'interpréter à la lumière des principes énoncés par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui dispose en son article 31 § 3 c) qu'il faut tenir compte de « toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties »⁹⁵⁴. La

⁹⁵² *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, série A n° 161, § 87 ; voir également, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), PUF, collection « Thémis », Paris, deuxième édition, 2004, 672 p. ; voir Numéro 13. Jens Soering, né le 1er août 1966, est allemand et il se trouvait détenu en Angleterre en attendant son extradition vers les États-Unis d'Amérique où il devrait répondre d'accusations d'assassinat dans l'État de Virginie.

⁹⁵³ *Affaire Artico c. Italie*, 13 mai 1980, requête n° 6694/74, série A n° 37, § 33. « La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs [...]. » La remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique.

⁹⁵⁴ *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XI, paragraphe 55. Le requérant, pilote de profession, retourna au Koweït en 1991 pour prêter main-forte

Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Loizidou c. Turquie* (fond) du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2231, § 43). La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États.

1112. Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales appartient au « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques » des États membres du Conseil de l'Europe (Préambule, alinéa cinquième). Aussi, la Convention, grâce au recours étatique (article 33), institue une action publique et charge les États contractants d'assurer de manière collective et solidaire la sauvegarde des droits qu'elle consacre. Agissant dans le cadre de la garantie collective, l'État partie à la Convention ne fait pas valoir ses droits propres mais agit « dans l'intérêt de communauté de la Convention tout entière » (*Loizidou c. Turquie*, 28 juillet 1998, requête n° 15318/89, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV ; article 50, § 48)⁹⁵⁵.

à la défense contre l'Irak. Au cours de la guerre du Golfe, il servit dans l'armée de l'air koweïtienne et, après l'invasion irakienne, demeura au Koweït dans le mouvement de résistance. À cette période, il vint à avoir en sa possession des cassettes vidéo à caractère sexuel qui impliquaient le cheikh Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah, apparenté à l'émir du Koweït et qui passe pour avoir une position influente au Koweït. D'une manière ou d'une autre, ces cassettes furent mises largement en circulation, ce dont le cheikh tint le requérant pour responsable.

Une fois les forces armées irakiennes repoussées hors du Koweït, vers le 2 mai 1991, le cheikh et deux autres personnes s'introduisirent au domicile du requérant, frappèrent l'intéressé et le conduisirent sous la menace d'un revolver dans une jeep officielle à la maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne. Le requérant y fut abusivement emprisonné plusieurs jours au cours desquels des gardiens le rouèrent de coups à maintes reprises. Il fut relâché le 5 mai 1991, après avoir été contraint de signer de faux aveux. Vers le 7 mai 1991, le cheikh conduisit le requérant, sous la menace d'un revolver, dans une voiture officielle au palais du frère de l'émir du Koweït. L'on plongea d'abord la tête du requérant plusieurs fois dans l'eau d'une piscine où flottaient des corps, puis on le traîna dans une petite pièce où le cheikh mit le feu à des matelas imbibés d'essence ; le requérant fut grièvement brûlé.

⁹⁵⁵ La Cour rappelle le principe général voulant que les États supportent eux-mêmes leurs frais dans les procédures contentieuses devant des tribunaux internationaux (voir, par exemple, l'article 64 du Statut de la Cour internationale de justice et l'avis consultatif de cette Cour sur la « demande en révision du jugement n° 158 du tribunal administratif des Nations unies », *Recueil de la CIJ* 1993, p. 211, § 96). Elle estime que cette règle trouve d'autant plus à s'appliquer lorsque, en conformité avec **le caractère spécial de la Convention en tant qu'instrument de l'ordre public européen**, les Hautes Parties contractantes saisissent les institutions de la Convention, que ce soit en vertu de l'article 24 ou de l'article 48 c), dans le cadre de la garantie collective des droits énoncés par ce texte ou en vertu de l'article 48 b) afin de protéger les droits de leurs ressortissants. En principe, il ne convient pas, selon la Cour, que **les États agissant, notamment, dans l'intérêt de la communauté de la Convention tout entière**, même lorsqu'il coïncide avec leurs intérêts propres, se voient rembourser les frais et dépens qu'ils ont exposés pour ce faire. (§ 48).

1113. La Cour européenne systématise cette analyse touchant au caractère singulier de la Convention en qualifiant celle-ci « d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (Affaire *Loizidou c. Turquie* (Exceptions Préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89, série A n° 310 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 1, paragraphes 70 et 75)⁹⁵⁶. La Cour relève que les articles 25 et 46 sont des dispositions essentielles à l'efficacité du système de la Convention puisqu'ils délimitent la responsabilité de la Commission et de la Cour, celle « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes » à la Convention (article 19), en fixant leur compétence pour connaître des griefs tirés de violations alléguées des droits et libertés énoncés dans ce texte. Lorsqu'elle interprète ces dispositions clés, elle doit tenir compte du caractère singulier de la Convention, traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Comme l'a noté la Cour dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 (série A n° 25, p. 90, § 239) : « À la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective. » L'article 25 ne prévoit explicitement aucune autre forme de restriction. Quant à l'article 46 par. 2, il précise que les déclarations « pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité (...) ».

Si, comme le prétend le gouvernement défendeur, ces dispositions permettaient des restrictions territoriales ou sur le contenu de l'acceptation, les Parties contractantes seraient libres de souscrire à des régimes distincts de mise en œuvre des obligations conventionnelles selon l'étendue de leurs acceptations. Un tel système, qui permettrait aux États de tempérer leur consentement par le jeu de clauses facultatives, affaiblirait gravement le rôle de la Commission et de la Cour dans l'exercice de leurs fonctions, mais amoindrirait aussi l'efficacité de **la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen**. De surcroît, lorsque la Convention autorise les États à limiter leur acceptation en vertu de l'article 25, elle le précise expressément (voir, à cet égard, l'article 6 par. 2 du Protocole n° 4 et l'article 7 par. 2 du Protocole n° 7). (§ 75).

1114. De surcroît, l'affirmation du caractère objectif des droits de l'homme n'est pas restée circonscrite au continent européen. Il convient ici de mettre en lumière la Cour interaméricaine des droits de l'homme, laquelle a repris l'analyse de la juridiction de Strasbourg. De plus, dans le cadre onusien, le Comité des droits de l'homme allait dans le même sens : les instruments relatifs aux

⁹⁵⁶ Affaire *Loizidou c. Turquie* (Exceptions Préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89, série A n° 310.

droits de l'homme « ne constituent pas un réseau d'échange d'obligations interétatiques. Il vise à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas...»⁹⁵⁷. Le caractère objectif du droit international des droits de l'homme est ainsi souligné tant au plan de la jouissance des droits que de l'exercice des droits.

1115. La proclamation régionale des droits de l'homme. La proclamation régionale des droits de l'homme fut d'abord opérée sur le continent européen. Par la suite, la proclamation régionale des droits de l'homme fut opérée sur le continent américain, puis sur le continent africain, et, enfin, au sein du monde arabe islamique. Cette proclamation régionale des droits de l'homme est l'œuvre d'organisations régionales à savoir le Conseil de l'Europe, l'Organisation des États américains, l'Organisation de l'Unité africaine, et la Ligue des États arabes. Il convient de souligner que le continent asiatique, quant à lui, présente la particularité, contrairement aux autres régions du monde, de ne s'être doté d'aucune convention régionale et d'aucun mécanisme institutionnel destiné à promouvoir et à protéger les droits de l'homme sur une base régionale ou sous-régionale.

Les instruments régionaux possèdent une portée générale. Ils intéressent l'ensemble des droits de l'homme, à l'exception d'un nombre limité de textes à portée spécifique. (Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants en date du 25 janvier 1996 ; Convention de l'Organisation des États américains sur l'asile politique du 20 février 1928).

1) Le Conseil de l'Europe : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 : les valeurs communes.

1116. La protection des droits de l'homme en Europe a longtemps été l'apanage du Conseil de l'Europe. Il convient de souligner le rôle important de l'Union européenne en matière de droits de l'homme. Cette union politique s'engage à son tour dans la voie de la reconnaissance des droits fondamentaux. Nonobstant cette dualité sur le continent européen, la proclamation européenne trouve son unité substantielle au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle, instrument de référence du Conseil de l'Europe mais également de l'Union européenne, apparaît comme étant la clé de voûte de la protection européenne des droits de l'homme. La Convention

⁹⁵⁷ Observation générale numéro 24 du 2 novembre 1994 sur les questions touchant les réserves au Pacte international des droits civils et politiques, *RUDH-Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, page 59.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue l'œuvre fondamentale du Conseil de l'Europe.

1117. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 : les valeurs communes. La volonté de défendre et de promouvoir la liberté et la démocratie imprègne le statut du Conseil de l'Europe, qui fut adopté à Londres le 5 mai 1949. À l'aune du Préambule des statuts, les États signataires sont : « inébranlablement attachés aux valeurs morales et spirituelles qui sont le patrimoine commun de leur peuple et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable. ».

L'article 3 du Statut précise que « tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le lien qui est établi entre d'une part, le respect des droits de l'homme et, d'autre part le régime démocratique, se trouve renforcé par la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle entra en vigueur le 3 septembre 1953. Cette Convention fut le premier traité multilatéral conclu dans le cadre du Conseil de l'Europe. Rappelant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme sont l'un des moyens d'atteindre le but du Conseil de l'Europe, qui est de « réaliser une union plus étroite entre ses membres », le Préambule souligne l'attachement des États européens à « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». Il réaffirme que le maintien des libertés fondamentales repose de manière essentielle « sur un régime politique véritablement démocratique » et d'autre part, sur « une conception commune et un commun respect des droits de l'homme ».

1118. L'économie de la Convention. La Convention européenne des droits de l'homme a été amendée par le Protocole 11, entré en vigueur le 1er novembre 1998, et la Convention a été assortie de six protocoles additionnels. Ainsi, de manière principale, la Convention de 1950 et les protocoles 1, 4, 6 et 7 énoncent les droits protégés, droits que l'on peut qualifier de « classiques ». Il s'agit de droits individuels dont l'individu est titulaire, droits individuels qui ont pour objet essentiel de préserver l'intégrité et la liberté de la personne humaine. L'inspiration de la Convention européenne est analogue à celle qui imprègne la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Les deux textes juridiques internationaux reposent sur le postulat de l'égalité de tous les êtres humains.

1119. Cependant, à la différence de la Déclaration universelle, la Convention européenne des droits de l'homme constitue un instrument juridique obligatoire pour les États parties à la Convention. Ainsi, elle ne se contente pas de reconnaître les droits individuels ; elle les érige en catégorie

juridique. Pour la première fois en droit international, les droits individuels bénéficient d'un régime juridique protecteur. L'originalité de la Convention européenne réside dans le mécanisme institutionnel de protection établie, qui a son siège à Strasbourg : à l'origine, la Commission qui était un organe d'enquête et de conciliation, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe qui constitue un organe politique de décision, et, un organe judiciaire de décision : la Cour européenne des droits de l'homme. Il convient ici de préciser que le Protocole 11 restructure ce mécanisme de contrôle et substitue aux trois organes existants un seul organe : la Cour.

1120. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : la Convention européenne des droits de l'homme fait pleinement entrer les droits de l'homme dans le domaine du droit positif. Elle fonde la protection européenne des droits de l'homme, en offrant aux individus le bénéfice particulièrement appréciable d'un contrôle juridictionnel des droits qui leur sont reconnus.

2) L'Union européenne : de la référence au droit de la Convention européenne des droits de l'homme à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1121. La reconnaissance des droits de l'homme s'est opérée progressivement dans l'ordre juridique communautaire. En effet, l'Union européenne est une union, à l'origine, de nature économique. Le Traité de Rome instituant la CEE, était muet quant à la notion de droits de l'homme. De manière progressive, l'Union européenne se construisant par « petits pas », celle-ci aboutit à la construction d'une union politique, à savoir « l'union sans cesse plus étroite entre les États membres de l'Union européenne »⁹⁵⁸.

Aussi, en décembre 2000, fut adoptée **la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**⁹⁵⁹. Un véritable système communautaire de protection des droits fondamentaux se met

⁹⁵⁸ Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. « Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. »

⁹⁵⁹ *Journal officiel des Communautés européennes*, 18.12.2000, C 364/8. La présente Charte réaffirme, dans le

en place de manière progressive. Il ne pourra que s'améliorer puisqu'en effet, fait défaut une voie de recours contentieuse spéciale offerte aux individus pour garantir leurs droits. La Convention européenne des droits de l'homme demeure à l'égard de l'Union européenne « l'épine dorsale de l'ordre normatif européen »⁹⁶⁰. L'article 2 de la Charte des droits fondamentaux consacre le droit à la vie : « Toute personne a droit à la vie (alinéa premier) ». En effet, la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. (Article premier, « Dignité humaine », Chapitre I « Dignité »)⁹⁶¹.

1122. La Convention européenne des droits de l'homme constitue donc la source substantielle de la protection communautaire des droits fondamentaux. La Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, a recours aux principes généraux du droit communautaire. Ainsi, le traité de Rome en date du 25 mars 1957, qui institue la Communauté économique européenne ne contenait aucune disposition formelle en matière de droits de l'homme.

Si certaines de ces dispositions sont protectrices des droits individuels tels que le principe de la libre circulation des personnes (article 48), ces dispositions étaient conçues dans la perspective de la constitution d'une communauté économique ; et, les droits qu'elle consacre ne pouvaient être qualifiés de fondamentaux en ce sens qu'ils étaient compris comme étant les moyens de la réalisation de cet objectif éminemment économique. Cette lacune du traité est assez surprenante puisque le traité qui instituait la Communauté européenne de défense en date du 27 mai 1952, imposait aux États parties l'obligation de respecter « les libertés publiques et les droits fondamentaux des individus » (article trois).

respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures.

⁹⁶⁰ Selon l'expression du Professeur Gérard COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux, Libertés et droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, troisième édition, 2002, 280 p. ; voir p. 204.

⁹⁶¹ Voir également le Préambule de la Charte. Il convient de ne pas obombrer cette déclaration de principes pour apprécier la pensée rayonnante des rédacteurs, et ainsi se nourrir des buts éthérés recherchés. « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. »

De plus, le projet de traité en date du 26 février 1953, qui portait création de la Communauté politique européenne, intégrait à son statut les dispositions substantielles de la Convention européenne des droits de l'homme (article trois), et conférait à la Cour de justice, une compétence en la matière (article 43). Au silence du traité originaire fait écho le refus opposé par la Cour de justice des Communautés européennes, au nom du principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, de contrôler la légalité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux garantis par les Constitutions nationales, au motif qu'il ne lui appartient pas « d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres »⁹⁶².

1123. Cette attitude engendrera la fronde des juridictions constitutionnelles allemande et italienne⁹⁶³. Dans la décision en date du 29 mai 1974 dite *Solange I*, la motivation de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe est la suivante : « Tant que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur des droits fondamentaux, arrêté par un parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacrés par la loi fondamentale... ».

Pour ce qui a trait à la Cour constitutionnelle italienne, il s'agit de l'arrêt « Frontini », en date du 27 décembre 1973⁹⁶⁴. Eu égard à la nécessité d'assurer le respect par les autorités communautaires de droits fondamentaux équivalents à ceux que les Constitutions nationales des États membres garantissent à leurs ressortissants, la réponse apportée par le droit communautaire, dans un premier temps, se situera, de manière principale, non dans l'adoption d'un catalogue propre de droits fondamentaux ou dans l'adhésion envisagée à plusieurs reprises de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, mais dans la construction prétorienne d'une protection des droits fondamentaux au titre des « principes généraux du droit communautaire ».

1124. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes élaborera une œuvre majeure dont les principaux jalons sont l'arrêt « Stauder » (CJCE, 12 novembre 1969, affaire 29/60, *Recueil*, p. 419): « Les droits fondamentaux sont compris dans les principes généraux de l'ordre juridique

⁹⁶² CJCE, 15 juillet 1960, « Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr », affaires jointes, 36 à 38/59 et 40/59, *Recueil*, 857, *DCDF, Droit communautaire des droits fondamentaux, Recueil de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes* (sous la direction de) SUDRE (F.), QUELLIEN (S.), RAMBION (N.) et SALVIEJO (C.), Némésis-Bruylant, collection « Droit et justice », 1999, 249 p. ; numéro 4.

Et, CJCE, 4 février 1959, « Storck », affaire 1/58, *Recueil*, 43.

⁹⁶³ Ordonnance du 29 mai 1974, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, 316, note Michel Fromont ; ordonnance du 22 octobre 1986, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, 537, note Vlad Constantinesco.

⁹⁶⁴ *Cahiers du droit européen*, 1975, 122, observations P. de CATERINI.

communautaire » ; l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 17 décembre 1970 (CJCE, 17 décembre 1970 « Internationale Handelsgesellschaft », affaire 11/70, *Recueil*, p. 1125 ; et, l'arrêt « Nold »⁹⁶⁵).

La Cour de Luxembourg affirme que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont (elle) assure le respect ». Ainsi garanti, le respect des droits fondamentaux est aménagé en fonction des exigences propres du droit communautaire. Le postulat énoncé par la Cour de justice de Luxembourg, selon lequel la sauvegarde des droits de l'homme « doit être assurée dans le cadre de la structure des objectifs de la Communauté (« Internationale Handelsgesellschaft ») signifie comme le souligne le Professeur Labayle que « la finalité communautaire des droits fondamentaux détermine à la fois leur incorporation et leur utilisation, voire parfois leur limitation »⁹⁶⁶. La Cour de Luxembourg assure de cette manière que les droits fondamentaux ne sont pas « des prérogatives absolues, ils doivent être considérés, comme dans le droit constitutionnel de tous les États membres, en vue de la fonction sociale des biens et activités protégées ».

Subséquentement, ils peuvent supporter « certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivi par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits » (Nold, précité point 14 ; CJCE, 10 juillet 2003, « Booker Aquaculture Ltd », affaire C-20/00 et C-64/00, *Journal du droit international*, 2004, 548, observations R. MEHDI). En bref, la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire obéit à la prééminence de la logique communautaire.

1125. Les sources matérielles des principes généraux du droit. La variété des sources matérielles des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire préserve le libre choix du juge communautaire dans la mobilisation des sources. Après avoir, dans un premier temps, puisé la substance des droits fondamentaux communautaires au sein du droit interne des États membres en s'inspirant des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » (CJCE, 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft », arrêt précité), la Cour de Justice de Luxembourg, depuis l'arrêt « Nold » du 14 mai 1974, ajoute au nombre de ses sources d'inspiration « les instruments internationaux concernant la protection des droits fondamentaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré ». Il en va ainsi du Pacte international sur les droits civils et politiques (CJCE, 18 octobre 1989, « Orkem contre Commission », affaire 374/87, *Recueil*, 3343, point

⁹⁶⁵ CJCE, 14 mai 1974, affaire 4/73, *Recueil*, p. 491.

⁹⁶⁶ LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », in *AJDA*, 1998, numéro spécial : Les droits fondamentaux, p. 81.

18 et 31); ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE, 28 octobre 1975, « Rutili », affaire 36/75, *Recueil*, 1219, point 32).

À compter de l'arrêt « Rutili » du 28 octobre 1975 (arrêt précité), dans lequel la Cour de justice, prenant acte de ce que tous les États membres de la CEE sont désormais parties à la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci vise pour la première fois de manière expresse la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge communautaire singularise la Convention comme étant un instrument international de référence. La Cour de Luxembourg, après avoir tiré de la Convention des « indications », accordera par la suite à la Convention « une signification particulière » (CJCE, 21 septembre 1989, « Hoescht », affaire 46/87 et 227/88, *Recueil*, 2859, point 13).

Cette position singulière qu'occupe la Convention européenne des droits de l'homme est confirmée solennellement par l'avis numéro 2/94 de la Cour de Justice, du 28 mars 1996, avis relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention. L'arrêt « ERT » en date du 18 juin 1991 systématise cette construction jurisprudentielle : « Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auquel les États membres ont coopéré ou adhéré. La Convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard une signification particulière » (affaire C-260/89, *Recueil*, I, 2951, point 41.)

1126. La référence au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme est devenue la source matérielle principale des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire. (CJCE, 5 octobre 1994, « TV 10 SA contre Commissariat voor de Media » : « Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux, parmi lesquels figurent ceux garantis par la Convention précitée (la CEDH), font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »)⁹⁶⁷.

Le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils figurent dans les dispositions de la Convention européenne, constituent dès lors une condition de la légalité des actes communautaires ; mais la Convention européenne des droits de l'homme laquelle constitue une source d'inspiration privilégiée pour le juge communautaire n'est pas pour autant une source contraignante. D'une part, la Communauté européenne puis l'Union européenne n'a pas adhéré à la Convention et elle n'est donc

⁹⁶⁷ *Recueil*, 1994, volume 10, I, p. 4795, attendu numéro 24.

pas soumise au mécanisme de contrôle établi par cet instrument. D'autre part, la Convention ne pourrait s'appliquer qu'au travers du droit communautaire. Ainsi, le juge communautaire procède à l'interprétation de la Convention de manière autonome : ce qui peut générer des conflits d'interprétation. La Cour de Luxembourg n'assure le respect des normes substantielles de la Convention européenne par les États membres que « dans le champ d'application du droit communautaire » (CJCE, 18 juin 1991, « ERT », numéro 99).

En conséquence, le juge communautaire se reconnaît compétent pour contrôler la compatibilité à la CEDH des mesures nationales d'exécution du droit communautaire (CJCE, 13 juillet 1989, « Wachauf », affaire 5/88, *Recueil*, 2609). Il en va de la même manière des mesures nationales prises en application de la clause d'ordre public du traité communautaire en vue de limiter les libertés reconnues par ce dernier ; mais la Cour de Luxembourg exclut de son contrôle « une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire (arrêt « ERT », précité, pt 42 et 43). De même, le juge communautaire, saisi par la voie préjudicielle, se déclare incompétent pour interpréter les dispositions de la Convention en soi dès lors que la réglementation nationale dont la conformité avec la Convention est mise en cause devant le juge national « concerne une situation qui ne relève pas du champ d'application du droit communautaire » (CJCE, 29 mai 1997, « Kremzow », affaire C-299/95, *Recueil*, I-2659 ; est en cause une peine privative de liberté dont le lien avec le droit à la libre circulation des personnes s'avère insuffisant). Hors du champ du droit communautaire, dont la délimitation peut parfois soulever des difficultés, l'action des États est alors soumise au système propre de la Convention européenne des droits de l'homme.

1127. De l'application en substance de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes passe à une application directe du droit de la Convention, c'est-à-dire de la Convention telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour de justice de Luxembourg a opéré une véritable appropriation de la Convention. En témoigne que, de plus en plus souvent, la Cour de Justice des Communautés européennes se fonde de manière directe sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, jurisprudence qu'elle vise de manière expresse. De cette manière, pour ce qui a trait au principe de la légalité des délits et des peines (CJCE, « Procédures pénales », précité), au principe de la présomption d'innocence (CJCE, 8 juillet 1999, « Montecatini », précité) ainsi qu'à la protection des locaux commerciaux d'une société (CJCE, 22 octobre 2002, « Roquette Frères SA », affaire C-94/00, pt 29)⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ IDOT (Laurent), commentaire 422, *Europe*, 2002, numéro 12.

Cette banalisation de l'usage du droit de la Convention par le juge communautaire est manifeste lorsque la Cour de Luxembourg, dans son arrêt *basta le DVD GmbH*.

1128. L'inscription du principe du respect des droits fondamentaux dans le traité sur l'Union européenne. La consécration de l'acquis jurisprudentiel. Faisant suite à divers textes déclaratoires marquant l'attachement des institutions communautaires et leurs États membres au respect des droits de l'homme (Déclaration de Copenhague, du 14 décembre 1973, des Chefs d'État et de Gouvernement des pays membres de la CEE sur l'identité européenne, Déclaration institutionnelle du 5 avril 1967, Déclaration de Copenhague du Conseil européen, du 18 avril 1978 sur la démocratie, Déclaration des droits et libertés fondamentaux adoptés par le Parlement européen le 12 avril 1989), ainsi qu'au Préambule (paragraphe 3) de l'Acte unique européen daté du 17 février 1986, lequel mentionnait les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions nationales, la Convention européenne des droits de l'homme, le Traité de Maastricht sur l'Union européenne, en date du 7 février 1992, opère l'inscription des droits de l'homme dans les traités en énonçant que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (Traité sur l'Union européenne, article F2).

Ce faisant, le traité ne fait que constitutionnaliser la construction prétorienne de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de respect des droits de l'homme. Il souligne la place privilégiée qu'occupe la Convention européenne des droits de l'homme, puisque toute référence textuelle aux autres instruments internationaux est effacée. Il n'en demeure pas moins que la Convention n'est pas incorporée de manière directe au sein de l'ordre juridique communautaire ; par voie de conséquence, elle ne lie pas la Communauté européenne. Le Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, participe à la consolidation de la protection des droits fondamentaux. Ce traité porte révision du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne. Le Traité d'Amsterdam procède à un renforcement normatif des droits de l'homme.

En premier lieu, le Traité sur l'Union révisé, en affirmant que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres (article 6 paragraphe 1), érige les trois principes que sont le respect des droits de l'homme, la démocratie, et la prééminence du droit, lesquels forment le « patrimoine commun » de valeurs énoncé par le statut du Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme en véritables principes

constitutionnels de l'Union européenne, dont le respect devient une condition statutaire de l'adhésion à l'Union (article 49 TUE).

C'est donc assigner à ces principes dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, et notamment pour ce qui concerne le principe du respect des droits de l'homme, la fonction objective dont ils sont revêtus dans un État de droit, à savoir la fonction de principes directeurs de toute activité de l'État, de valeur prééminente auxquels se trouve soumise l'action de l'ensemble des pouvoirs publics. Cela conduit à assujettir l'Union dans l'exercice de toutes ses activités au respect des droits de l'homme.

À titre d'exemple, il est particulièrement édifiant que l'application du règlement numéro 2679/98 du Conseil en date du 7 décembre 1998, lequel a pour objet de défendre le marché intérieur contre les entraves à la libre circulation des marchandises résultant d'actions menées par les personnes privées, soit tout entière subordonnée à l'exigence du respect des droits fondamentaux (« Le présent règlement ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève » [article 2], Journal officiel des Communautés européennes, numéro L. 337, 12 décembre 1998, p. 8 ; *Europe*, février 1999, chronique numéro 2, R. Munoz.).

1129. La Cour de Justice de Luxembourg a clairement affirmé que les mesures incompatibles avec les droits de l'homme ainsi reconnu ne sauraient être admises dans la Communauté pour en déduire que la protection des droits fondamentaux « constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises » (CJCE, 12 juin 2003, « Schmidberger », C-112/00, pt 74 ; *Europe*, 2003, numéro 8-9, commentaire 272, A. RIGAUX et Denys SIMON).

Il convient ici de mettre en lumière que la mise en œuvre de ce principe nécessite d'opérer une distinction importante (pt 79) entre les droits intangibles garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, droits qui ne tolèrent aucune restriction, et ceux qui peuvent faire l'objet de limitation, tels que les libertés d'expression et de réunion (articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme). Si les libertés fondamentales garanties par le traité doivent s'effacer devant les premiers, il convient face aux seconds, de « mettre en balance des intérêts en présence » et, par le biais d'un contrôle de proportionnalité, de déterminer si un « juste équilibre » a été respecté entre ces intérêts (pt 81).

1130. En second lieu, le Traité d'Amsterdam réalise un renforcement institutionnel en instaurant une garantie des droits fondamentaux qui jusque-là faisait défaut. Cette garantie est tout d'abord d'ordre juridictionnel, puisque désormais la Cour de Justice des Communautés Européennes est expressément compétente (article 46 d du Traité sur l'Union européenne) pour connaître de l'article 6 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne. Le Traité d'Amsterdam procède ainsi à une intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au sein des normes de référence que le juge communautaire mettra en œuvre en matière de contrôle des droits fondamentaux⁹⁶⁹.

1131. La compétence de la Cour se trouve limitée par l'article 46 d du Traité sur l'Union européenne à l'action des institutions et ne peut s'exercer que dans les domaines qui relèvent déjà au titre du traité communautaire ou du traité sur l'Union européenne de sa juridiction. On sait toutefois que la Cour de Justice s'est reconnue compétente pour connaître des mesures nationales prises en application du droit communautaire.

1132. La garantie est également d'ordre politique puisque fut instaurée une procédure de contrôle du respect par un État membre des principes du « patrimoine commun » (article 7 du Traité sur l'Union européenne). Aménagé par le Traité de Nice (26 février 2001), le contrôle politique comporte dorénavant deux aspects, l'un préventif et l'autre répressif. La procédure préventive permet au Conseil, lequel statue à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres et après avoir entendu l'État concerné, de « constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des principes énoncés à l'article 6 paragraphe premier ». Et, s'il y a lieu, il sera possible d'adresser des « recommandations appropriées » à l'État membre concerné (article 7, paragraphe premier du Traité sur l'Union européenne).

1133. La procédure à finalité répressive présente un caractère dual en ce sens que, engagée dans le cadre de l'Union européenne, elle a des implications proprement communautaires. L'article 7 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne autorise le Conseil de l'Union européenne et statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission et après avis conforme du Parlement européen, à « constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre » des droits de l'homme, du principe de la prééminence du droit ou des principes démocratiques. L'État fautif pourra être suspendu de certains droits, y compris de son droit de vote, découlant de l'application du traité sur l'Union européenne. La conséquence est que le Conseil de la Communauté européenne peut alors, à son tour et à la majorité qualifiée, prononcer une sanction similaire dans le cadre du traité communautaire (article 309 TCE).

⁹⁶⁹ Voir, SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, Presses universitaires de France, Paris, 2001, numéro 288.

Malgré ses limites à savoir la nécessité d'un très fort accord politique, l'exigence de violations massives des droits de l'homme, la sanction ne pouvant entraîner l'exclusion, le contrôle politique organisé marque de la manière la plus éclatante le lien désormais établi entre le respect des valeurs communes et la qualité d'État membre de la Communauté européenne et, plus largement, de l'Union européenne avec les droits qui y sont attachés.

1134. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁷⁰. Issue d'une procédure d'élaboration originale et adoptée par le Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000 (le Conseil européen de Cologne, réuni au mois de juin 1999, confia l'élaboration de la Charte à un organe *ad hoc*, dénommé « Convention » ; celle-ci fut composée de représentants des parlements nationaux, de représentants du Parlement européen, de représentants personnels des Chefs d'État et de gouvernement, et d'un représentant de la Commission), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne marque la volonté de cette dernière de se doter d'un catalogue de droits fondamentaux propres à l'ordre juridique communautaire.

Ce dernier a vocation à se voir conférer une valeur constitutionnelle ; la Charte des droits fondamentaux confirme qu'une profonde rénovation de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne a été engagée. Il convient de souligner que, à l'origine, la Charte des droits fondamentaux souffrait d'une faiblesse essentielle puisqu'elle était, fort malheureusement, dépourvue de toute force juridique contraignante. Les États membres de l'Union européenne n'avaient pas souhaité l'intégrer dans les traités ; sa valeur était donc celle d'un accord interinstitutionnel sous la forme duquel elle a été publiée⁹⁷¹.

1135. La question du statut juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, subséquemment, de son inscription au sein des sources du droit l'Union européenne, fut en partie résolue par l'intégration de la Charte au sein du traité établissant une Constitution pour l'Europe (partie II), adopté par le Conseil européen, le 18 juin 2004. En effet, si le traité établissant une Constitution pour l'Europe avait été ratifié (et fort malheureusement, il ne l'a pas été), la Charte aurait acquis dès cette date, une valeur contraignante. La Charte aurait donc pris place au sein du droit communautaire originaire. Toutefois, celle-ci est devenue un élément d'interprétation du droit

⁹⁷⁰ BRAIBANT (Guy), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires*, Éditions du Seuil, Paris, Collection « Points. Essais », 2001, 329 p.

Braibant, Guy (1927-2008) *forme internationale*, nationalité : France, Langue : français, naissance : 1927-09-05, Paris, mort : 2008-05-25, Paris. Ancien élève de l'ENA (1953). Conseiller d'état (1988-1992), président de l'Institut international des sciences administratives (1992-1995), il fut un spécialiste du droit administratif.

Notice d'autorité personne BNF, <<http://catalogue.bnf.fr/>>

⁹⁷¹ *Journal officiel des Communautés européennes*, numéro C 364, 18 décembre 2000, p. 1.

communautaire pour le juge communautaire. De surcroît, il convient ici de mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme s'est elle-même fondée sur ce nouveau texte juridique relatif aux droits fondamentaux pour reconnaître le droit au mariage des transsexuels (CEDH, 11 juillet 2002, les *Grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, numéro 38).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'applique dans l'ordre juridique de l'Union, « dans le respect des compétences des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité » (Préambule, alinéa cinquième). Ainsi, celle-ci est applicable à l'égard des institutions et organes de l'Union européenne dans le cadre de l'exercice de leurs compétences ainsi que vis-à-vis des États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (article II-51, alinéa 1).

La Charte des droits fondamentaux ne s'applique donc pas dans l'ordre juridique national dès lors qu'il s'agit de compétences propres des États membres, et elle ne crée aucune compétence nouvelle pour l'Union et la Communauté. La Charte n'autorise pas l'Union à légiférer en matière de droits de l'homme, mais elle a pour objectif d'éviter que la législation adoptée par l'Union dans le cadre de ses compétences ne porte atteinte aux droits fondamentaux. La Charte des droits fondamentaux constitue donc un instrument de proclamation des droits fondamentaux dans le champ d'application du droit communautaire. Son champ d'application *ratione personae* est celui du droit de l'Union ; et, par voie de conséquence, son champ d'application est donc à géométrie variable. Les droits proclamés bénéficient de cette manière, selon les cas, soit à toute personne placée sous la juridiction d'un État membre, soit aux seuls citoyens de l'Union, soit au citoyen de l'Union et à toute personne résidant dans l'Union.

1136. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁷². En premier lieu, la Charte se réclame des « valeurs communes » (à savoir, les droits de l'homme, la démocratie, l'État de droit). Elle vient de manière solennelle proclamer les droits fondamentaux de l'Union européenne; et, elle donne à ces derniers, par une formulation actualisée, « une plus grande visibilité». L'intérêt éminent de la Charte est d'attribuer un contenu précis aux droits fondamentaux visés à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne. Elle présente ainsi le très grand mérite de rassembler par un *instrumentum* unique et commun à tous les États membres de l'Union européenne un ensemble de droits fondamentaux reconnus en Europe et, jusqu'alors, dispersés dans des textes juridiques différents.

⁹⁷² CARLIER (Jean-Yves), DE SCHUTTER (Olivier) [sous la direction de], *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe : Mélanges en hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 304 p.

Il convient de souligner, que les droits de la personne et les droits du justiciable sont similaires à ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'ouvre sur le principe cardinal de la dignité de la personne humaine (article II-1), principe consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*S. W c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 33 : « l'essence même (de la Convention) est le respect de la dignité humaine » (§ 44)).

1137. Une question relative à l'articulation avec la Convention européenne des droits de l'homme se pose en la matière. La question des rapports qu'entretiennent la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme se pose de manière nécessaire dès lors que les champs des deux textes juridiques se recoupent principalement sur la matière des droits civils et politiques. De surcroît, la Charte des droits fondamentaux s'est, en cette matière, très largement inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme. Les écarts de rédaction entre les deux textes et la nature prétorienne du droit de la Convention européenne des droits de l'homme peut faire craindre d'éventuelles divergences d'interprétation s'agissant des droits garantis à la fois par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Aussi, en vue de prévenir tout risque de double standard et, plus particulièrement, d'éviter que la Charte n'offre un niveau de protection inférieure à celui de la Convention, la Charte des droits fondamentaux aménage la coexistence entre les deux textes sur le fondement du respect de l'acquis de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne (voir le Préambule de la Charte, lequel fait mention expresse de la jurisprudence de la Cour)⁹⁷³.

1138. Dans un même souci, la Charte précise bien que lorsqu'un droit est tiré des traditions constitutionnelles communes aux États membres, celui-ci doit être interprété en harmonie avec lesdites traditions (article II-52, alinéa quatrième). L'articulation entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme repose sur deux séries de dispositions. En premier lieu, la Charte contient une clause générale de limitation des droits, clause qui prévoit que les restrictions aux droits doivent avoir pour objectif l'intérêt

⁹⁷³ « La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. »

général de l'Union européenne ou la protection des droits et libertés d'autrui, doivent être proportionnées et doivent respecter le contenu essentiel du droit (article II-52, alinéa premier). Cette clause de limitation, eu égard à ces généralités, apparaît donc comme étant moins protectrice que la Convention ; cette dernière, pour chaque droit, précise quelles sont les restrictions autorisées. Afin d'éviter une distorsion dans la protection des droits, la Charte des droits fondamentaux introduit alors une clause de renvoi à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle prévoit que si les droits énoncés dans la Charte correspondent à des droits garantis par la Convention, ces droits revêtent le même sens et la même portée que leur confèrent la Convention et sa jurisprudence (article II-52, alinéa troisième).

La Convention européenne trouve alors à s'appliquer, à moins que le droit de l'Union n'offre une protection plus étendue. La clause de renvoi réalise ainsi l'absorption du droit de la Convention européenne au sein de la Charte et, à terme, au sein du droit communautaire. La difficulté va donc résider dans l'identification des droits correspondants, d'autant que les droits énoncés par la Convention n'ont de signification qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne. En outre, la Charte contient une clause de non recul ou clause de l'instrument de protection des droits de l'homme le plus favorable (article II-53), laquelle stipule que, pour chacun des droits reconnus, la Charte ne peut restreindre la protection du droit accordé par d'autres instruments nationaux (les Constitutions nationales) ou internationaux (Conventions internationales auxquelles l'Union, la Communauté ou les États membres sont parties), dont la Convention européenne des droits de l'homme. Autrement dit, la Convention européenne des droits de l'homme se trouve être érigée comme étant le standard minimum de référence. Aussi, le niveau de protection de la Charte ne pourra être inférieur à celui du droit de la Convention.

En l'état, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'opère pas de changement relativement à la situation juridique relative aux rapports entre le droit communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme. Seule une articulation procédurale des deux instruments permettra d'éviter une concurrence sur le terrain de la garantie des droits de l'homme. Resurgit ici l'hypothèse d'une adhésion de la Communauté européenne ou de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette perspective avait semblé être durablement écartée par l'avis numéro 2/94 du 28 mars 1996 de la Cour de justice des Communautés européennes.

La Cour de Justice de Luxembourg qui, considérant que la Communauté n'a pas compétence notamment sur le fondement de l'article 235 du Traité de Rome pour adhérer à la Convention, estima qu'une telle adhésion entraînerait un « changement substantiel » du régime communautaire

(pt 34). Cette adhésion « revêtirait une envergure constitutionnelle » laquelle nécessite une révision du traité (pt 35)⁹⁷⁴.

Il est permis de s'étonner que la Cour de Justice des Communautés Européennes, affirmant « qu'aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme... » (pt 27), paraissent même dénier toute compétence communautaire en matière de droits de l'homme...⁹⁷⁵. Or, ni le traité d'Amsterdam ni le traité de Nice ne se sont engagés dans cette voie. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux a relancé la question de l'adhésion⁹⁷⁶. Il est également assez significatif que le Protocole 14 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, lequel fut adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 12 mai 2004, prévoit de manière expresse que l'Union européenne peut adhérer à la Convention (article 17) et que le traité établissant une Constitution pour l'Europe habilite l'Union européenne à adhérer à la Convention (article I-7, paragraphe 2). L'adhésion, qui supposerait par ailleurs des aménagements institutionnels de la Convention, s'agissant des organes et du mécanisme de contrôle ainsi qu'une révision du traité communautaire, n'affecterait pas les compétences de l'Union.

En effet, l'Union ne dispose que d'une compétence externe et non d'une compétence interne en matière de droits fondamentaux. L'adhésion présenterait l'avantage manifeste de clarifier les rapports entre le système juridique communautaire et le système conventionnel. Une cohérence accrue dans la protection des droits de l'homme en Europe serait ainsi assurée, puisque la Cour européenne des droits de l'homme pourrait garantir l'harmonie entre la Convention et la Charte, en contrôlant l'interprétation de la Convention réalisée par le juge communautaire à l'occasion de l'application de la Charte.

Ainsi, le risque de double standard serait écarté, dans l'intérêt des justiciables comme dans l'intérêt du juge national. La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire serait au demeurant renforcée grâce à l'intervention d'un contrôle juridictionnel externe au système communautaire. La solution de l'adhésion doit toutefois rester compatible avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Celle-ci ne doit pas porter atteinte au monopole d'interprétation du droit communautaire dont jouit la Cour de justice de Luxembourg (article 230 TCE). À cet effet, le traité qui établit une Constitution pour l'Europe comporte un

⁹⁷⁴ Voir *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, 467, observations Patrick WACHSMANN.

⁹⁷⁵ Voir SIMON (Denys), *Europe*, juin 1996, chronique numéro 6, pp. 1-4.

⁹⁷⁶ Voir la déclaration du Conseil européen de Laeken, en date du 15 décembre 2001, sur l'avenir de l'Union européenne, *Revue universelle des droits de l'homme*, 2001, 434.

protocole annexe dont l'objet est de « préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit l'Union ». Il demeure que l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention esquisserait une nouvelle architecture juridictionnelle telle que la Cour de Justice de Luxembourg, à l'instar des juridictions des États membres seraient soumis à l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits fondamentaux.

§ 2. La protection effective du droit à la vie dans la jurisprudence de la CEDH : l'action de la force publique dans le cadre des valeurs démocratiques.

1139. En ce qui concerne les relations qu'entretiennent les droits intangibles et les autres droits individuels, il convient de préciser que tous les droits intangibles constituent des droits individuels attachés à la personne même, et seuls ces droits intangibles engendrent des obligations absolues pour les États. Aussi, les normes qu'ils énoncent revêtent un caractère obligatoire dans tous leurs éléments ; et, partant, celles-ci interdisent aux États parties d'en faire une application incomplète. Le premier arrêt qui fut rendu par la juridiction de Strasbourg dans une affaire interétatique (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, A. 25) est à cet égard symbolique en ce sens que le juge européen sanctionne le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour avoir, dans le cadre des mesures exceptionnelles de maintien de l'ordre en Irlande du Nord, pratiquer des « traitements inhumains ou dégradants » en violation de l'interdiction absolue posée à l'article 3 de la Convention⁹⁷⁷.

Pour ce qui concerne la protection internationale du droit à la vie, la Cour de Strasbourg note que, dans le cadre de l'évolution de cette protection, les conventions et autres instruments y relatifs n'ont cessé d'affirmer la prééminence du droit à la vie. Ainsi, déjà la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 a affirmé en son article 3 que « tout individu a droit à la vie ». Ce droit a été confirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la RDA le 8 novembre 1974, qui dispose en son article 6 que « le droit à la vie est inhérent à la vie humaine » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie ». Il est également inscrit dans la Convention, dont l'article 2 § 1 est ainsi rédigé : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

⁹⁷⁷ Voir supra, Titre II, Chapitre premier.

La convergence des instruments précités est significative : elle indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme. (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, [Grande Chambre], requêtes n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II ; § 94)⁹⁷⁸.

Il convient d'apporter des éléments qui permettent d'éclairer le sujet traité. Le Conseil d'État (« Staatsrat ») de la RDA rendait les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays et organisait la défense du pays avec l'aide du Conseil national de la défense (« Nationaler Verteidigungsrat »). Les gardes-frontière de la RDA (« Grenztruppen der DDR »), issus de l'Armée nationale du peuple (« Nationale Volksarmee »), dépendaient directement du ministère de la Défense nationale (« Ministerium für nationale Verteidigung »). Les ordres annuels du ministre de la Défense reposaient eux-mêmes sur des décisions du Conseil national de la défense. Ainsi, dans une décision du 14 septembre 1962, le Conseil national de la défense précisa que les ordres (« Befehle ») et instructions de service (« Dienstvorschriften ») édictés par le ministre de la Défense devaient montrer aux gardes-frontière qu'ils « [étaient] pleinement responsables de la préservation de l'inviolabilité de la frontière étatique dans leur secteur et que « ceux qui [violet] la frontière » [« Grenzverletzer »] [devaient] être dans tous les cas arrêtés en tant qu'adversaires [« Gegner »] et, si nécessaire, « anéantis » [« vernichtet »] ». De même, une instruction de service du 1er février 1967 précisa que « la pose ciblée et serrée des mines sur le terrain [...] doit empêcher la mobilité de « ceux qui violent la frontière » et [...] aboutir à leur arrestation ou anéantissement ».

Depuis 1961, et surtout dans la période allant de 1971 à 1989, les réunions du Conseil national de la défense portaient régulièrement sur la consolidation et l'amélioration des installations de protection de la frontière (« Grenzsicherungsanlagen ») et sur l'utilisation des armes à feu. Les ordres édictés par le ministre de la Défense sur cette base insistaient également sur la nécessité de protéger la frontière étatique de la RDA à tout prix et indiquaient que « ceux qui violet la frontière » devaient être arrêtés ou « anéantis » : ces ordres étaient ensuite mis en œuvre par les

⁹⁷⁸ *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, [Grande Chambre], requêtes n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II ; § 87 et § 94 ; *Revue des sciences criminelles*, 2001, 639, observations F. MASSIAS ; *Revue trimestrielle des droit de l'homme (RTDH)*, 2001, 1109, note P. TAVERNIER.

De 1949 à 1961 environ deux millions et demi d'Allemands ont fui la République démocratique allemande (RDA) pour se rendre en République fédérale d'Allemagne (RFA). Pour contenir le flux incessant des fugitifs, la RDA érigea le mur de Berlin le 13 août 1961 et renforça tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière entre les deux États allemands, en y installant notamment des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique (« Selbstschussanlagen »). De nombreuses personnes ayant tenté de franchir la frontière pour se rendre à l'Ouest ont par la suite trouvé la mort, soit en déclenchant des mines antipersonnel ou des systèmes de tir automatique, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands.

commandants des régiments des gardes-frontière. C'est sur cette chaîne de commandement que reposaient tous les agissements des gardes-frontière, y compris l'installation de mines et l'utilisation des armes à feu contre les fugitifs.

Les requérants⁹⁷⁹ allèguent que leurs agissements étaient justifiés par les exceptions de l'article 2 § 2 de la Convention, qui dispose : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

D'après la Cour, la mort des fugitifs ne résultait nullement d'un recours à la force « rendu absolument nécessaire » : la pratique étatique mise en œuvre en RDA par les requérants ne défendait personne contre la violence illégale, ne servait à procéder à aucune arrestation que l'on pourrait qualifier de « légale » selon le droit de la RDA et n'avait aucun lien avec la répression d'une émeute ou d'une insurrection, car le seul but poursuivi par les fugitifs était de quitter le pays. (§ 96).

La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 de la Convention.(§ 87).

Ainsi, la Cour estime que les requérants qui, en tant que dirigeants de la RDA, avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection de l'article 7 § 1 de la Convention. Raisonner autrement serait méconnaître l'objet et le but de cette disposition, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires.

⁹⁷⁹ Les requérants occupaient des fonctions élevées au sein de l'appareil étatique et du Parti socialiste unifié de la RDA : le premier requérant était membre du Conseil national de la défense depuis 1971, du Comité central du parti depuis 1981 et ministre adjoint de la Défense de 1979 à 1989 ; le deuxième requérant était membre du Comité central du parti depuis 1946, chef d'état-major de l'Armée nationale du peuple et membre du Conseil national de la défense depuis 1967, et ministre de la Défense de 1985 à 1989 ; le troisième requérant était membre du Comité central du parti depuis 1973, du Conseil d'État depuis 1981, du Bureau politique et du Conseil national de la défense depuis 1983, et secrétaire général du Comité central du parti (succédant à M. E. Honecker), président du Conseil d'État et du Conseil national de la défense d'octobre à décembre 1989.

1140. Droit à la vie. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que le droit à la vie (*Mc Cann et Autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995)⁹⁸⁰ ainsi que le droit de ne pas subir de torture ou de traitements inhumains ou dégradants (*Soering*, 7 juillet 1989, série A n° 161)⁹⁸¹, lesquels consacrent « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe », le principe de la prééminence du droit avec son corollaire le droit au juge (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, requête n° 4451/70, série A n° 18)⁹⁸², constituaient « l'un des fondements essentiels», ou « l'un des principes fondamentaux » d'une société démocratique.

Dans son arrêt *Mc Cann et Autres c. Royaume-Uni*, la Cour doit guider son interprétation de l'article 2 sur le fait que l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. (Voir notamment l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 34, par. 87, et l'arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) du 23 mars 1995, série A n° 310, p. 27, par. 72). (§ 146).

Il faut également garder à l'esprit que l'article 2 garantit non seulement le droit à la vie mais expose les circonstances dans lesquelles infliger la mort peut se justifier ; il se place à ce titre parmi les articles primordiaux de la Convention, auquel aucune dérogation ne saurait être autorisée, en temps de paix, en vertu de l'article 15. Combiné à l'article 3 de la Convention, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (voir l'arrêt *Soering* précité, p. 34, par. 88). Il faut donc en interpréter les dispositions de façon étroite.

1141. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est un droit éminemment prétorien. Celui-ci est profondément marqué par les méthodes d'interprétation qu'utilise la juridiction de Strasbourg. Aussi, le souci de conférer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité se trouve au fondement de la démarche du juge européen. « La Convention a pour but de protéger les droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73, série A n° 32, § 24 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 2).

⁹⁸⁰ Affaire *Mc Cann et Autres c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 18984/91, série A n° 324 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 9.

⁹⁸¹ *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 13.

⁹⁸² *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 23.

1142. Cette exigence majeure qui touche à l'effectivité des droits garantis est également présente dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme pour ce qui concerne le Pacte international des droits civils et politiques. Cette exigence conduit le juge européen dans la voie d'une interprétation que l'on pourrait qualifier de dynamique (Professeur Sudre) de la Convention, afin de donner tout son effet utile aux dispositions normatives de la Convention. Se fondant sur le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, qui se réfère non seulement à la « sauvegarde » mais aussi au « développement » des droits de l'homme (alinéa troisième), la Cour européenne définit dès son arrêt *Wemhoff* en date du 27 juin 1968, une directive générale d'interprétation⁹⁸³.

Elle énonce ainsi que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties » (paragraphe 8).

1143. L'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, en date du 21 février 1975, (requête n° 4451/70)⁹⁸⁴, explicite la méthodologie interprétative de la Convention en visant les canons fixés par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les thèses présentées à la Cour ont porté d'abord sur la méthode à suivre pour l'interprétation de la Convention et en particulier de l'article 6 par. 1. La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru. À ce titre, ils entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de « toute règle pertinente de l'organisation » au sein de laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne).

Tel que le prévoit la « règle générale » de l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe ; ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article. (§ 30).

La Cour confirme son choix de privilégier une interprétation finaliste ou téléologique du texte même de la Convention. Cette interprétation téléologique est aussi une interprétation évolutive. En

⁹⁸³ Affaire *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, requête n° 2122/64, série A n° 7.

⁹⁸⁴ Série A n° 18 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, décision numéro deux.

effet, selon la Cour, la Convention constitue « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles. » Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine. (Affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, requête n° 5856/72, série A n° 26). La Convention « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (Marckx, 13 juin 1979, paragraphe 58, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 42). L'exposé de cette méthode d'interprétation est désormais systématique depuis l'arrêt « Stafford » en date du 28 mai 2002, rendu en formation solennelle⁹⁸⁵.

La Cour européenne considère que, si elle ne doit pas s'écarter sans motif valable des précédents, le souci de garantir l'effectivité des droits s'avère être primordial dans l'interprétation de la Convention. Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (voir, parmi d'autres, les arrêts *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A n° 184, p. 14, § 35, et *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 70, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-I).

Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration. (Affaire *Stafford c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 46295/99, § 68).

1144. Il convient également de « maintenir une approche dynamique et évolutive » et, par voie de conséquence, de réévaluer « à la lumière des conditions d'aujourd'hui, quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure actuelle » dans tel ou tel domaine (paragraphe 68-69 ; *Christine Goodwin*, Grande Chambre, 11 juillet 2002, paragraphes 74-75, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 38).

Seul interprète autorisé de la Convention européenne, le juge européen se ménage, par le biais de l'interprétation dynamique dont il précise cependant que celle-ci ne saurait aller jusqu'à créer un droit qui n'est pas inséré au départ dans le texte (*Johnston*, 18 décembre 1986, *Les Grands*

⁹⁸⁵ Affaire *Stafford c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 46295/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV ; et, *JCP G*, 2002, I, 157, numéro 7, chronique F. SUDRE.

arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, numéro 41), la possibilité d'opérer les ajustements nécessaires, et de manière constante, de la Convention à l'évolution des mœurs et des mentalités, en vue de la préserver de tout caractère anachronique, et en vue de dénoncer les législations qui à ses yeux paraissent obsolètes.

En outre, l'interprétation dynamique n'est pas cantonnée aux dispositions substantielles du texte conventionnel, mais joue également pour les dispositions d'ordre procédural à l'instar du droit de recours individuel (*Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, paragraphe numéro 71, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro un).

1145. La méthode de l'interprétation évolutive adoptée par la Cour européenne a également influencé les autres organes internationaux de protection des droits de l'homme. Ainsi, le Comité des droits de l'homme qui, dans une formulation très strasbourgeoise affirme que le Pacte international des droits civils et politiques doit être interprété « comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui »⁹⁸⁶.

Cette interprétation évolutive était, à l'origine, censée prendre pour fondement l'évolution convergente des droits internes des États parties. Elle devait être une interprétation consensuelle. « La Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques » (*Guzzardi*, 6 novembre 1980, requête n° 7367/76, série A n° 39, § 95). Or, la pratique prétorienne montre que l'interprétation évolutive n'est nullement consensuelle mais qu'elle est bien une interprétation proprement constructive de la Convention. Ainsi, dans son arrêt « Stafford » et dans son arrêt « C. Goodwin », la Cour européenne montre bien qu'elle anticipe sur le consensus en affirmant que son interprétation répond à la nécessité de réagir au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre.

Aux fins du développement des droits garantis, le dynamisme interprétatif du juge européen mobilise des techniques qui s'appuient « essentiellement sur le développement logique d'un concept, d'un droit ou d'un principe fondamental, qui est laissé à la discrétion du juge »⁹⁸⁷. L'élargissement de l'applicabilité du droit et l'extension du contenu des droits sont les deux voies principales empruntées pour assurer l'effectivité des droits garantis. La technique des notions autonomes et la technique des obligations positives fournissent la meilleure illustration en l'espèce.

⁹⁸⁶ Comité des droits de l'homme, numéro 829/1998, « Judge contre Canada », décision, 5 août 2003, A/58/40, volume II, 64 ; *RGDIP*, 2003, 969, chronique P. WECKEL.

⁹⁸⁷ Voir ROLLAND (Patrice), « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », dans ROUSSEAU (D.) et SUDRE (F.) [sous la direction de], *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, Paris, 1991, 311 p. ; voir, p. 71 et s.

1146. La généralisation des obligations positives. Bien qu'elle se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention même, la Cour européenne des droits de l'homme fait un usage quasi systématique de la technique des obligations positives. Celles-ci constituent des obligations substantielles mais également procédurales ; et, elles se déploient sur un très large éventail de droits. Ainsi, la jurisprudence européenne témoigne d'une très large diffusion des obligations positives substantielles, lesquelles impliquent l'adoption de la part de l'État partie de mesures propres à permettre la réalisation effective des droits garantis dans le champ de la Convention.

Ainsi, celles-ci furent appliquées dans le domaine du droit à la vie (*L. C. B contre Royaume-Uni*, 9 juin 1998, §36)⁹⁸⁸. En outre, le juge européen a découvert des obligations positives procédurales au sein de droits matériels tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture, réalisant ainsi un dédoublement de l'obligation positive qui pèse sur l'État, à savoir une obligation active substantielle et l'obligation procédurale de procéder à une enquête officielle, approfondie et effective afin d'identifier et de punir les responsables en cas de recours à la force par les agents de l'État qui a entraîné mort d'hommes (*Mc Cann*, 27 septembre 1995, § 161, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 9 ; sur le fondement l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme).

1147. Cette conception exigeante du respect des droits de l'homme est partagée également par d'autres organes internationaux de contrôle. **Le Comité des droits de l'homme des Nations unies** estime de cette manière, dans son observation générale relative à l'article 6 du Pacte international des droits civils et politiques (droit à la vie), que cette disposition exige que l'État adopte « des mesures positives ». Selon le Comité des droits de l'homme, l'État est dans l'obligation d'adopter « des mesures spécifiques et efficaces pour empêcher les disparitions de personnes »⁹⁸⁹. L'État a le devoir de mener des enquêtes approfondies en cas de disparition forcée et d'atteinte au droit à la vie (numéro 612/1995, « J. Vicente, A. Chapparo et autres contre Colombie », décision 29 juillet 1997, *RUDH*, 1997, 196). Dans le même sens, la **Cour interaméricaine des droits de l'homme**, dans une affaire de disparition affirme « la nécessité d'une action gouvernementale assurant dans les faits une garantie efficace du libre et plein exercice des droits de l'homme » (Cour interaméricaine des droits

⁹⁸⁸ *JCP G*, 1999, I, 105, numéro 7, chronique F. SUDRE.

⁹⁸⁹ Numéro 181/1984, « A. et H. Sanjaun Arevalo contre Colombie », décision, 3 novembre 1989, A/45/40, volume II, p. 36, paragraphe 10.

de l'homme, 29 juillet 1988, « Velasquez Rodriguez c. Honduras », Série C, numéro sept, paragraphe 167)⁹⁹⁰.

1148. Pour ce qui concerne les disparitions forcées, les ressortissants des États d'Amérique latine sont confrontés fort malheureusement à ce phénomène. L'on doit ici mettre en exergue le rôle protecteur de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en vue d'assurer le rayonnement des droits de l'homme sur le continent américain. De cette manière, la Cour de San José fut amenée à se prononcer sur les disparitions forcées et les devoirs qui incombent à l'État dans le but de faire la lumière sur celles-ci par des enquêtes idoines. La Cour interaméricaine des droits de l'homme précise que l'obligation étatique d'enquêter et de sanctionner les violations des droits de l'homme (conférer, les arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Velásquez Rodríguez. Fondo*, § 166 ; affaire *Cabrera García y Montiel Flores*, § 215 ; affaire *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, § 137) et, en ce cas, de poursuivre et de sanctionner les responsables de ces violations, acquièrent une importance particulière au regard de la gravité des infractions commises ainsi que de la nature des droits violés, d'autant plus que la prohibition des disparitions forcées de personnes et son devoir corrélatif d'enquêter sur cette disparition et de sanctionner le responsable revêtent un caractère de *jus cogens* (Affaire *Goiburú y otros*, § 84 ; affaire *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, § 137 ; affaire *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, § 197). (Affaire *Gelman Vs. Uruguay*, 24 février 2011 (Fondo y reparaciones), 12. 607, série C n° 221, § 183).

1149. L'obligation d'enquêter sur les violations des droits de l'homme consiste en des mesures positives que doivent adopter les États pour garantir les droits reconnus dans la Convention

⁹⁹⁰ Observations Gérard COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 1990, p. 455 et suivantes.

La Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) fut signée par douze États lors de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme de San José, au Costa Rica, le 22 novembre 1969 ; son entrée en vigueur date du 18 juillet 1978, elle fut ratifiée par 25 des 35 États de l'Organisation des États américains. Autre forme : American convention on human rights (1969), Pact of San José, Costa Rica (1969). Source : Commission interaméricaine des droits de l'homme, site institutionnel à l'adresse suivante : <http://www.cidh.org/>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme fut créée par la Conférence tenue du 7 au 22 novembre 1969 à San José, Costa Rica ; elle fut installée le 18 juillet 1978, date de l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José). La dénomination officielle de la Cour est « Corte interamericana de derechos humanos » (*espagnol ; castillan*) et « Inter-American Court of human rights » (*anglais*).

L'on pourra se reporter avec un très grand profit à l'ouvrage de VASAK (Karel), *La Protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 35, France (Paris), 1968, 285p. Et, BURGUORGUE-LARSEN (Laurence) et ÚBEDA DE TORRES (Amaya), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 995 p.

Enfin, s'agissant de l'accès aux arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'on pourra consulter la base de données électronique de la Cour à l'adresse suivante : <<http://www.corteidh.or.cr/>>

américaine des droits de l'homme (affaire *Velásquez Rodríguez*. Fondo, § 167 ; affaire *Rosendo Cantú y otra*, § 175). Le devoir d'enquêter constitue une obligation de moyens et non une obligation de résultat, qui doit être assumée par l'État comme un devoir juridique propre et non comme une simple formalité condamnée à être infructueuse ou comme une simple gestion d'intérêts particuliers, qui dépend de l'initiative procédurale des victimes ou de leurs familles. (Affaire *Gelman Vs. Uruguay*, 24 février 2011 (Fondo y reparaciones), 12. 607, série C n° 221, § 184).

En définitive, toutes les fois qu'existent des motifs raisonnables pour suspecter qu'une personne est soumise à une disparition forcée, une enquête doit être initiée (affaire *Radilla Pacheco*, § 143 ; affaire *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, § 65)⁹⁹¹. Cette obligation est indépendante de toute plainte, puisque dans les cas de disparition forcée, le droit international et le devoir général de garantie, imposent l'obligation d'enquêter sur le cas *ex officio*, sans délai, et de manière sérieuse, impartiale et effective. Cette enquête doit être réalisée par tous les moyens légaux disponibles et doit être orientée en vue de découvrir la vérité. Ceci constitue un élément fondamental et conditionne la protection des droits affectés par ces situations. Quel que soit le cas, toute autorité étatique, fonctionnaire public ou particulier, qui a les informations relatives aux actes qui concernent la disparition forcée de personnes, devra le signifier immédiatement (affaire *Gelman Vs. Uruguay*, 24 février 2011 (Fondo y reparaciones), 12. 607, série C n° 221, § 186).

Cette obligation de garantie qui pèse sur l'État implique, comme le relève la Cour, une obligation de diligence afin de prévenir raisonnablement toute violation des droits de l'homme (paragraphe 172 et suivants). Dans son arrêt « Bamaca Velasquez », daté du 25 novembre 2000, la Cour se montre plus exigeante et elle définit l'obligation positive qui pèse sur l'État comme étant celle de « prendre toutes les mesures nécessaires pour lever les obstacles qui empêchent tout individu de jouir des droits reconnus par la Convention » (Série C numéro 70, § 194).

1150. Les limites du recours aux obligations positives appartiennent au juge européen comme en témoigne le recours par ce dernier de la notion d'interprétation consensuelle. L'absence de principes communs aux droits internes justifie en principe, fort commodément, le refus de l'obligation positive. Néanmoins, la Cour européenne peut également considérer comme étant peu significatif l'absence de consensus européen et mettre à jour une obligation positive à la charge de l'État.

1151. Il convient ici d'opérer le départ entre les droits programmatoires et les droits garantis. Premièrement, tous les droits dont l'individu est titulaire, n'ont pas reçu une autorité effectivement

⁹⁹¹ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
Et, Corte IDH. Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

sanctionnée, et certains de ces droits restent des droits virtuels. La ligne de partage entre les droits individuels ne passe pas entre telle ou telle catégorie de droits abstraitement définis mais entre les droits virtuels et les droits qui sont réellement garantis en droit positif. Il faut, au préalable, rappeler que les droits proclamés par les différentes conventions internationales de protection des droits de l'homme revêtent une nature juridique variée, et ceux-ci ne bénéficient pas d'une même protection. Ainsi, les droits dits intangibles reçoivent une protection absolue, les droits conditionnels reçoivent une protection relative, dont l'exercice peut être réduit à néant par les limitations (restrictions ou dérogations) les affectant. Mais, dans tous les cas, la réalité des droits garantis tient à l'effectivité du contrôle qui sera mis en œuvre.

1152. La garantie de l'intégrité de la personne humaine. Énoncé par des normes impératives, le droit à la vie vise à la protection de l'intégrité physique de la personne humaine. Ce droit concourt plus que tout autre au respect de la dignité de la personne humaine⁹⁹², dont la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'elle est avec la liberté de l'homme « l'essence même de la Convention » (Affaire *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, requête n° 20166/92, série A n° 335-B, paragraphe 44 ; *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 33 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, précité, paragraphe 90, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 38).

1153. La Cour de Justice des Communautés Européennes consacre également « le droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne » au titre des principes généraux du droit communautaire (CJCE, 9 octobre 2001, « Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'UE », affaire C-377/98)⁹⁹³. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame en son article premier que : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »

1154. Le statut du droit à la vie. Le droit à la vie constitue le premier des droits de l'homme, la « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international » (*Streletz, Kessler et*

⁹⁹² Voir notre étude portant sur la consécration philosophique et la consécration constitutionnelle de la notion de dignité, Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard du droit à l'intégrité physique, Chapitre premier. Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique : un recours strictement nécessaire et proportionné, Section première. Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique dans un cadre individuel, §2. L'interdiction absolue de la torture : consécration constitutionnelle et organique, Prolégomènes. La notion de dignité : conception philosophique et consécration constitutionnelle.

⁹⁹³ Arrêt de la CJCE, 9 octobre 2001, « Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne », Affaire C-377/98, *Recueil de jurisprudence* 2001 page I-07079.

MAUBERNARD (Christophe), « Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2003, pp. 483-513.

Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001, précité, § 87 et § 94). Le statut singulier du droit à la vie est également souligné par les organes internationaux de contrôle. Ainsi, le Comité des droits de l'homme des Nations unies, considère que le droit à la vie « est le droit suprême de l'être humain » (numéro 146/1983, décision du 4 avril 1985, « *Baboeram c. Surinam* », A/40/40, § 697).

La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir affirmé que le droit à la vie est « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » (*Mac Cann*, 27 septembre 1995, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro neuf, § 147), a consacré sa prééminence parmi les dispositions de la Convention qu'elle juge « primordiales »⁹⁹⁴.

Le respect du droit à la vie est la condition nécessaire à l'exercice de tous les autres droits. À l'aune des textes conventionnels, le droit à la vie doit être « protégé par la loi ». Cela implique que l'État doit non seulement « s'abstenir de donner la mort » intentionnellement, mais aussi « prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie » (*Naddaf contre RFA*, décision de la Commission du 10 octobre 1986, *Décisions et rapports* 50, p. 259).

1155. La consistance du recours à la force publique meurtrière. L'importance de l'article deux n'exclut pas la possibilité d'atteintes au droit à la vie. En effet, l'article deux, paragraphe deux de la Convention européenne des droits de l'homme contient une clause d'exception, qui ne figure pas dans les conventions générales similaires. Cette clause prévoit qu'un « recours à la force rendu absolument nécessaire » pour la défense de l'ordre public et qui a provoqué la mort ne constitue pas une violation de la Convention. La Convention européenne impose en la matière deux obligations, l'une substantielle et l'autre procédurale.

1156. En premier lieu, l'usage de la force légale ne doit pas être excessif. La Commission européenne a heureusement précisé que la clause de l'article deux, paragraphe deux était d'interprétation restrictive et que « la force employée doit être strictement proportionnée à la réalisation du but autorisé ». La proportionnalité s'apprécie notamment au regard du danger pour les vies humaines et l'intégrité corporelle. On peut ici se référer à la décision de la Commission datée du 10 juillet 1984, dans le cas d'un enfant qui avait été tué par une balle en plastique tirée par l'armée lors de la répression d'une émeute en Irlande du Nord (*Kathleen Stewart c. Royaume-Uni*, *Décisions et Rapports* 39, p. 162.)⁹⁹⁵

⁹⁹⁴ *Pretty*, 29 avril 2002, § 37 ; *RTDH*, 2003, 71, note O. De Schutter.

⁹⁹⁵ Voir également, le Rapport de la Commission, du 31 août 1993, « *Diaz Ruano c. Espagne* ».

1157. Dans sa manière d'aborder l'interprétation de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Commission doit être guidée par la reconnaissance du fait qu'il s'agit d'un des droits les plus importants de la Convention, pour lequel aucune dérogation n'est permise, même en cas de danger public (article 15 paragraphe 2).

1158. L'article 2 exige que le droit à la vie soit « protégé par la loi » et il fixe des limites aux circonstances et aux conditions dans lesquelles une autorité publique peut être autorisée à infliger la mort. Il énumère ainsi quatre types différents de situation dans lesquelles l'infliction de la mort ne doit pas être considérée comme une violation du droit à la vie.

Cette liste de situations dans lesquelles l'infliction de la mort peut être justifiée, est exhaustive et appelle une interprétation étroite car il s'agit d'exceptions à un droit fondamental reconnu par la Convention. Il faut noter que seule la première de ces situations vise la mort infligée de façon intentionnelle. Le paragraphe 2 ne précise nullement si cette disposition vise uniquement la mort infligée de manière intentionnelle ou non intentionnelle ou les deux. Cette question fut soulevée en l'occurrence par le Gouvernement défendeur, qui soutenait que l'article 2 s'applique uniquement aux actes intentionnels et nullement aux actes de négligence ou aux cas fortuits.

1159. Il semble d'après la Commission dans l'affaire *X c. Belgique*, (requête numéro 2758/66, *Annuaire* 12, voir les pages 174 et 192), que l'article 2 ait été envisagé comme n'englobant pas la mort infligée de manière non intentionnelle, bien que la Commission n'ait pas abordé spécifiquement cette question dans sa décision. Toutefois, la Commission adopta une interprétation plus large à propos la requête numéro 7154/75, *Association X c. Royaume-Uni*, (*Décisions et rapports* 14, voir les pages 34-39), ou, en réponse à l'argument selon lequel seule la mort infligée intentionnellement relevait de l'article 2, elle a déclaré ce qui suit : « La Commission estime que la première phrase de l'article 2 impose à l'État une obligation plus large que celle que contient la deuxième phrase. L'idée que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » enjoint à l'État non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie. »

La Commission estime que l'interprétation évoquée, laquelle envisage la sphère de protection offerte par l'article 2 comme ne se limitant pas à la mort infligée intentionnellement, découle du libellé et de la structure de l'article 2. Les exceptions énumérées au paragraphe 2, notamment, indiquent que cette disposition ne vise pas exclusivement la mort infligée intentionnellement. Toute autre interprétation serait ainsi difficilement compatible avec l'objet et la finalité de la Convention ou avec une interprétation stricte de l'obligation générale de protéger le droit à la vie. Selon la Commission, le texte de l'article 2, pris dans son ensemble, indique le

paragraphe 2 ne définit pas avant tout des situations dans lesquelles il est permis de tuer intentionnellement un individu mais les situations où il est permis d'avoir « recours à la force » alors même que cela peut aboutir à la mort, comme conséquence non prévue du recours à la force. Il faut dès lors démontrer que le recours à la force qui aboutit à la mort était « absolument nécessaire » à l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c) et donc justifié malgré les risques qu'il impliquait pour des vies humaines (paragraphe 15).

1160. Pour ce qui concerne l'interprétation de la notion d'absolue nécessité, on peut s'aider de la jurisprudence de la Cour et de la Commission. Dans l'affaire *Handyside*, (7 décembre 1976, série A numéro 24, § 48), la Cour de Strasbourg déclara dans le cadre de l'article 10 § 2 que si l'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10, paragraphe 2, n'est pas synonyme d'« indispensable », il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal », « utile » ou raisonnable. La Cour a réaffirmé que l'adjectif « nécessaire » impliquait un « besoin social impérieux » dans l'affaire *Sunday Times* du 26 avril 1979 (série A n° 30, paragraphe 59).

1161. Avant tout, le critère de la nécessité oblige à déterminer si l'ingérence dans l'exercice du droit reconnu par la Convention était proportionnée au but légitime poursuivi (affaire *Sunday Times*, § 62, page 38). Eu égard à ce qui précède, la Commission estime donc que l'article 2 paragraphe 2 permet le recours à la force pour les objectifs énumérés aux alinéas a), b) et c), à condition que la force employée soit strictement proportionnée à la réalisation des buts autorisés. En évaluant si le recours à la force est strictement proportionné, il faut tenir compte de la nature du but recherché, du danger pour les vies humaines et l'intégrité corporelle inhérent à la situation, et de l'ampleur du risque que la force employée fasse encourir aux victimes. L'examen réalisé par la Commission doit tenir dûment compte de tous les éléments pertinents qui entourent la mort. (Paragraphe 19).

En l'occurrence, la Commission rappelle qu'il existait « une émeute au moment des faits et près de 150 personnes faisaient de leur mieux pour rendre la vie insupportable à huit soldats. Et, entre autres activités, les émeutiers lançaient des projectiles qui atteignaient leur cible, en tout cas de temps à autre. Si on considère les risques auxquels était soumise l'armée dans ces conditions, à savoir le risque de recevoir directement des blessures graves ou le risque d'être attaquée par des tireurs embusqués, le commandant de la patrouille était pleinement fondé à ordonner que soit tirée une balle en plastique. » Ces faits ont été établis par Lord Justice Jones à la High Court de Londres, le 12 mars 1982.

Le juge a également établi que le soldat qui avait tiré la balle-matraque, était bien entraîné et habitué à son maniement. Le soldat n'avait donc nullement l'intention de blesser le fils de la requérante. Il visait simplement un émeutier qui se tenait à côté de ce dernier ; et, un coup sur

l'épaule dû à un projectile avait dévié son coup, si bien que Brian Stewart avait été touché à la tête par la balle-matraque.

1162. La Commission doit d'abord rechercher si le but poursuivi en employant la force était autorisé par le paragraphe 2. Il s'agit ainsi notamment de savoir si le recours à la force était nécessaire « pour réprimer, conformément à la loi, une émeute »... en application de l'alinéa c). (Paragraphe 23). La Commission n'ignore pas que la définition légale d'une émeute est une question à propos de laquelle il peut y avoir des différences dans le droit et la pratique des États membres. À l'instar d'autres concepts de la Convention, il faut donc considérer celui-ci comme « autonome » et donc soumis à l'interprétation et de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme. (Voir *König*, 28 juin 1978, série A n° 27, paragraphe 88, page 29).

1163. La Commission estime inutile de tenter de donner une définition ou une explication exhaustives du mot « émeute ». En l'occurrence, la Commission considère qu'une assemblée composée de 150 personnes qui jettent des projectiles sur une patrouille de soldats au point que ceux-ci risquaient d'être gravement blessés, doit être considérée, quel que soit le critère appliqué, comme constituant une émeute. Il est indéniable aussi, eu égard aux décisions des tribunaux d'Irlande du Nord, que les actes des soldats étaient illégaux à l'aune du droit nord-irlandais (article 3 de la loi de 1967 relative au droit pénal en Irlande du Nord). Le but poursuivi relève donc de l'alinéa c). (Paragraphe 25).

1164. La Commission doit rechercher si la force employée à la poursuite du but visé était « absolument nécessaire », au sens du paragraphe 2. Elle doit ainsi étudier la proportionnalité de l'emploi de la balle de plastique au regard du but poursuivi, en tenant compte de la situation dans laquelle se trouvent les soldats, au degré de force employé pour réagir et au risque de voir le recours à la force entraîner la mort. (Paragraphe 26).

Pour évaluer ce point, la Commission doit aussi garder à l'esprit le fait que les événements se sont produits en Irlande du Nord, laquelle se trouve dans une situation d'agitation permanente, situation qui fait beaucoup de victimes (voir, par exemple, l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, volume 25).

La Commission constate que l'emploi des balles en plastique en Irlande du Nord suscita de nombreuses controverses. Il s'agit en effet d'une arme dangereuse laquelle peut occasionner des blessures graves voire la mort, surtout si elle atteint la tête. Toutefois, il ressort des renseignements communiqués à la Commission par les parties pour ce qui concerne les victimes par rapport au nombre de balles tirées que cette arme est moins dangereuse qu'il n'a été allégué.

Après avoir tenu dûment compte des circonstances évoquées, la Commission estima que la mort de Stewart fut le résultat d'un recours à la force rendu « absolument nécessaire » pour réprimer, conformément à la loi, une émeute... » au sens de l'article 2 paragraphe 2, c) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1165. À rebours, la Cour européenne des droits de l'homme reconnut l'atteinte au droit à la vie dans son arrêt en date du 27 septembre 1995, *Mac Cann c. Royaume-Uni*, (*Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, numéro 9, § 149). Il s'agissait, en l'espèce, de terroristes, qui avaient été soupçonnés de vouloir perpétrer un attentat, et qui avaient été abattus par les forces de sûreté à l'occasion de leur arrestation.

1166. La Cour de Strasbourg juge, de la même manière, disproportionné l'usage d'une mitrailleuse afin de disperser des manifestants (*Gülec c. Turquie*, 27 juillet 1998, requête n° 21593/93, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV). La Cour admet, avec la Commission, que l'utilisation de la force peut se justifier en l'occurrence sous l'angle du paragraphe 2 c) de l'article 2, mais il va de soi qu'un équilibre doit exister entre le but et les moyens. Les gendarmes employèrent une arme très puissante car ils ne disposaient apparemment ni de matraques et boucliers ni de canons à eau, balles en caoutchouc ou gaz lacrymogènes. Cette carence est d'autant plus incompréhensible et inacceptable que le département de Şirnak se trouve, comme le souligne le Gouvernement, dans une région soumise à l'état d'urgence, où, à l'époque des faits, on pouvait s'attendre à des troubles. (§ 71).

Aussi, la Cour considère que, dans les circonstances de la cause, la force utilisée pour disperser les manifestants et qui causa la mort d'Ahmet Güleç, n'était pas absolument nécessaire au sens de l'article 2.

1167. La Cour strasbourgeoise a également estimé qu'était disproportionné l'usage d'armes automatiques au cours d'une perquisition domiciliaire dans un immeuble (*Gül c. Turquie*, 14 décembre 2000, requête n° 22676/93, § 82). En outre, la Cour strasbourgeoise considéra qu'était disproportionné l'usage de la force armée « pour arrêter une personne soupçonnée d'une infraction sans violence et dont on sait qu'elle ne constitue pas une menace, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fugitif »⁹⁹⁶.

1168. L'article 2 ne vise pas uniquement l'homicide intentionnel mais également les situations où un usage légitime de la force peut conduire à donner la mort de façon involontaire. Le caractère délibéré ou intentionnel du recours à la force meurtrière n'est toutefois qu'un élément parmi

⁹⁹⁶ *Natchova et autres c. Bulgarie*, 26 février 2004, requêtes n° 43577/98 et n° 43579/98, § 103 ; et, *JCP G*, 2004, I, 162, numéro 14, chronique F. SUDRE. En l'occurrence, il s'agissait de la mort infligée lors de l'arrestation de deux hommes d'origine Rom.

d'autres à prendre en compte dans l'appréciation de la nécessité de cette mesure. Tout recours à la force doit être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a) à c). L'emploi des termes « absolument nécessaire » indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'État est « nécessaire dans une société démocratique », au sens du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. En conséquence, la force utilisée doit être strictement proportionnée aux buts légitimes susvisés. (§ 93).

Compte tenu de l'importance de la protection de l'article 2, la Cour doit examiner de façon extrêmement attentive les cas où la mort a été infligée, en prenant en considération non seulement les actes des agents de l'État mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire. (§ 94). En particulier, il faut examiner si l'opération a été préparée et contrôlée par les autorités de façon à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière. Les autorités doivent déployer la vigilance voulue pour s'assurer que tout risque pour la vie est réduit au minimum. La Cour doit également examiner si les autorités n'ont pas fait preuve de négligence dans le choix des mesures prises (*Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, §§ 146-150 et p. 57, § 194)⁹⁹⁷.

1169. Ainsi, la préparation et la conduite d'une opération armée menée par les forces de l'ordre doit obéir à un principe de précaution, et il appartient aux autorités de prendre des « précautions suffisantes », d'une part, pour épargner la vie des personnes suspectées de violence illégale (*Mac Cann*, précité) et, d'autre part, pour protéger la vie de la population civile (*Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, requête n° 23818/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV ; § 78)⁹⁹⁸. La Cour estime donc que la responsabilité de l'État n'est pas uniquement engagée dans les cas où des preuves significatives montrent que des tirs mal dirigés d'agents de l'État ont provoqué la mort d'un civil ; elle peut aussi l'être lorsque lesdits agents n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque.

Ainsi, même s'il n'a pas été établi au-delà de tout doute raisonnable que la balle qui a tué Havva Ergi ait été tirée par les forces de l'ordre, la Cour se doit de rechercher si l'opération de celles-

⁹⁹⁷ Voir également, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, pp. 2097-2098, § 171, p. 2102, § 181, p. 2104, § 186, p. 2107, § 192, et p. 2108, § 193, et *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/95, *CEDH* 2001-III).

⁹⁹⁸ Voir également, dans le même sens, *CDH*, numéro 821/1998, décision 25 octobre 2000, « Chogwe contre Zambie », A/56/40, volume II, 142.

ci a été menée et conduite en faisant tout pour éviter, ou réduire au minimum, les risques pesant sur la vie des villageois, y compris ceux émanant de membres armés du PKK pris dans l'embuscade.

1170. La pratique prétorienne montre cependant que le contrôle de la « nécessité » du recours à la force meurtrière s'avère être relatif. À titre d'exemple, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 2 de la Convention dans l'affaire *Andronicou et Constantinou c. Chypre* (*Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 octobre 1997, requête n° 25052/94, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VI*), alors que l'opération de police qui visait à délivrer une jeune femme prise en otage par son fiancé et qui menaçait de la tuer, avait entraîné la mort des deux jeunes gens, criblés de balles de mitraillettes.

1171. La jurisprudence européenne a inspiré, de manière manifeste, le revirement jurisprudentiel opéré par la Cour de Cassation française, laquelle juge désormais qu'un gendarme n'est autorisé à faire usage de son arme de service pour arrêter un véhicule (sur le fondement de l'article 174 du décret du 20 mai 1903) que si le recours à la force est « absolument nécessaire » et si la force employée est « strictement proportionnée au danger de la situation » (Cour de Cassation, chambre criminelle, 18 février 2003, « Consorts X », *D.* 2003, numéro 12, informations rapides, 809)⁹⁹⁹.

1172. En second lieu, l'**obligation « positive » de protéger la vie** implique une protection procédurale du droit à la vie, et l'obligation pour les autorités nationales de **mener une enquête efficace sur tout recours à la force meurtrière par les agents de l'État** permettant, ainsi, de conduire à l'identification et à la punition des responsables¹⁰⁰⁰. Comme la Commission, la Cour se borne à constater qu'une loi interdisant de manière générale aux agents de l'État de procéder à des homicides arbitraires serait en pratique inefficace s'il n'existait pas de procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'État. L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition, combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme. (§ 161).

Et, la Cour de Strasbourg précise dans *l'Affaire Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, (requête 22729/93) qu'en l'occurrence, les circonstances du décès sont controversées ; l'enquête (examen médico-légal, autopsie, autres mesures) présentait de graves lacunes : les autorités chargées de

⁹⁹⁹ Voir *infra*.

¹⁰⁰⁰ *Mac Cann*, précité. En l'espèce, il y a bien eu une enquête judiciaire publique au cours de laquelle les requérants ont bénéficié d'une représentation en justice et soixante-dix-neuf témoins ont déposé.

Voir également, dans le même sens, CDH, numéro 612/1995, décision 29 juillet 1997, « Vicente, Chapparro et autres contre Colombie », *RUDH*, 1997, 196.

l'enquête ont tout du long supposé que le défunt était un terroriste tué lors d'un affrontement armé avec les forces de sécurité sans vérifier la validité de cette hypothèse. Ni la fréquence de conflits armés dans la région ni le grand nombre de victimes n'a d'incidence sur l'obligation, découlant de l'article 2, d'effectuer une enquête effective sur les décès survenus lors d'affrontements avec les forces de sécurité. En l'espèce, les autorités n'ont pas respecté cette obligation.

1173. Dans l'**affaire Çakici c. Turquie** ([Grande Chambre], 08 juillet 1999, requête n° 23657/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IV), la Cour rappelle que l'article 2 de la Convention se place parmi les articles primordiaux de la Convention et que, combiné avec l'article 3 de la Convention, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (arrêt *Mc Cann et autres* précité, pp. 45-46, §§ 146-147). L'obligation imposée ne concerne pas exclusivement le meurtre délibéré résultant de l'usage de la force par des agents de l'État mais s'étend aussi, dans la première phrase de l'article 2 § 1, à l'obligation positive pour les États de protéger par la loi le droit à la vie. Cela implique et exige de mener une forme d'enquête officielle adéquate et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, notamment, l'arrêt *Yaşa c. Turquie* du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2438, § 98). (§ 86). Cela suppose que l'enquête soit complète, impartiale et approfondie ; l'enquête doit également revêtir un caractère approprié¹⁰⁰¹.

1174. Dans l'**affaire Salman c. Turquie** (27 juin 2000, requête n° 21986/93), la Cour de Strasbourg souligne que l'obligation de mener une forme d'enquête effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme ne vaut pas seulement pour les cas où il a été établi que la mort avait été provoquée par un agent de l'État. La requérante et le père du défunt ont porté officiellement plainte au sujet de la mort auprès des autorités compétentes en matière d'enquête, prétendant qu'elle résultait de tortures.

Par ailleurs, le simple fait que les autorités aient été informées du décès en garde à vue d'Agit Salman donnait *ipso facto* naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles il s'était produit (voir, *mutatis mutandis*, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1778, § 82). Cela implique, le cas échéant, une autopsie de nature à fournir un compte rendu complet et précis des signes possibles de mauvais traitements et de blessures et une analyse objective des constatations cliniques, y compris de la cause du décès.

¹⁰⁰¹ Pour des exemples contraires : **Salman c. Turquie**, 27 juin 2000, requête n° 21986/93, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII ; **Velikova c. Bulgarie**, 18 mai 2000, requête n° 41488/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VI ; **Finucane c. Royaume-Uni**, 1er juillet 2003, requête n° 29178/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-VIII.

En l'espèce, la Cour relève que l'examen d'autopsie revêtait une importance décisive pour l'établissement des circonstances entourant le décès d'Agit Salman. Les difficultés qu'a rencontrées la Commission à cet égard – certains faits sont du reste toujours en litige entre les parties devant la Cour – proviennent pour une large part des lacunes de l'examen médical *post mortem*. En particulier, l'absence de photographies médico-légales adéquates du corps et le défaut de dissection et d'examen histopathologique des blessures et des marques qu'il présentait ont empêché toute analyse précise de la datation et de l'origine de ces marques, ce qui constituait un élément décisif pour établir si le décès d'Agit Salman avait été causé par de mauvais traitements dans les vingt-quatre heures précédant sa mort. Le docteur Şen a affirmé catégoriquement dans son rapport que la fracture du sternum pouvait résulter d'un massage cardiaque sans vérifier si un tel massage avait été pratiqué et, dans ces conditions, cette affirmation était fallacieuse. L'examen des constatations du docteur Şen par l'Institut de médecine légale d'Istanbul n'a pas remédié à ces lacunes, mais les a aggravées en confirmant que l'autopsie révélait qu'Agit Salman était mort d'un arrêt cardiaque résultant de la combinaison d'une pathologie cardiaque antérieure et de la fiébrilité provoquée par son arrestation.

Le manque de preuves médicales démontrant la véracité des allégations de torture formulées par la requérante a fondé la décision de classement rendue le 19 octobre 1992 par le procureur et la décision d'acquitter les policiers rendue le 26 décembre 1994 par la cour d'assises d'Adana. La Cour estime que les lacunes de l'examen d'autopsie ont radicalement voué à l'échec tout effort visant à déterminer la responsabilité des policiers dans le décès d'Agit Salman. Par ailleurs, l'acte d'accusation citait indifféremment les noms de tous les policiers que l'on savait avoir été en contact avec Agit Salman de son arrestation à son décès, y compris les trois policiers de permanence dans la zone de garde à vue pendant cette période. Aucun élément de preuve concernant une identification plus précise des policiers qui avaient maltraité Agit Salman, ou auraient pu le faire, n'a été produit.

La Cour conclut que les autorités n'ont pas mené d'enquête effective sur les circonstances entourant le décès d'Agit Salman, ce qui rend les recours civils eux aussi inopérants dans les circonstances de l'espèce. Partant, elle conclut à la violation de l'article 2 à cet égard.

1175. Dans l'affaire *Velikova c. Bulgarie* (18 mai 2000, requête n° 41488/98), la Cour rappelle que, combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 implique qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme. Les investigations doivent notamment être approfondies, impartiales et attentives (arrêts *Mc Cann et*

autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 49, §§ 161-163, et *Çakıcı* précité, § 86). (§ 80).

1176. La Cour considère de surcroît que la nature et le degré de l'examen répondant au critère minimum d'effectivité de l'enquête dépendent des circonstances de l'espèce. Ils s'apprécient sur la base de l'ensemble des faits pertinents et eu égard aux réalités pratiques du travail d'enquête. Il n'est pas possible de réduire la variété des situations pouvant se produire à une simple liste d'actes d'enquête ou à d'autres critères simplifiés (arrêts *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, §§ 101-110, CEDH 1999-IV ; *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 325-326, §§ 89-91 ; et *Güleç c. Turquie* du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1732-1733, §§ 79-81).

1177. Dans l'affaire *Velikova c. Bulgarie* (précitée), les Juges de Strasbourg considèrent qu'une omission inexplicquée d'entreprendre des investigations indispensables et tombant sous le sens appelle une vigilance particulière. En pareil cas, faute d'une explication plausible du Gouvernement quant aux raisons pour lesquelles des actes d'enquête indispensables n'ont pas été accomplis, la responsabilité de l'État est engagée pour violation particulièrement grave de l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention (§ 82).

En l'occurrence, la Cour note que l'enquête menée au sujet du décès de M. Tsonchev a débuté sans délai, immédiatement après le constat du décès de l'intéressé au poste de police de Pleven, avec une descente sur les lieux, une audition des témoins et une autopsie. Elle observe toutefois que, dès le début et pendant tout son déroulement, l'enquête a été marquée par de nombreuses omissions inexplicquées (§ 78). Lorsque, dans les premières heures qui suivirent le drame, le magistrat instructeur Enchev ordonna une autopsie, il omit d'inviter l'expert médico-légal à donner son opinion sur l'heure à laquelle les blessures fatales avaient été infligées, nonobstant l'importance manifestement cruciale d'obtenir une réponse à cette question. Il est frappant de constater que, pendant toute la durée de l'enquête, aucun expert n'a jamais été invité à s'exprimer sur le moment auquel la victime avait subi ses blessures. Il est de même hautement significatif que le dossier d'instruction ne comporte aucune trace d'une quelconque tentative entreprise par le magistrat instructeur Enchev pour identifier les membres de l'équipe médicale qui, d'après les déclarations des policiers impliqués, s'est rendue au poste de police de Pleven à deux reprises pendant la nuit où M. Tsonchev a trouvé la mort. On ne trouve dans le dossier d'instruction aucune copie des registres du service des urgences de l'hôpital, censés en principe contenir des informations sur les visites alléguées¹⁰⁰².

¹⁰⁰² De surcroît, un certain nombre de témoins importants n'ont jamais été interrogés ou ne se sont pas vu poser certaines questions clés. Le policier Petranov, qui, avec son collègue Ivanov, procéda à l'arrestation de M. Tsonchev, ne fut jamais interrogé. Il apparaît que M. I.P., qui séjourna en détention au poste de police de

1178. L'enquête doit également être « transparente », afin de conserver la confiance de la population et de dissiper ses craintes sur de telles pratiques (*Mc Kerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, requête n° 28883/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-III). En toute hypothèse, les proches de la victime doivent être « associés à la procédure dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts légitimes » (*Güleç*, précité, § 82 ; *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, § 32 et § 47). Cette obligation qui incombe à l'État, vaut même dans les cas où il n'a pas été établi que la mort a été provoquée par un agent de l'État (*Ergi*, précité ; *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999).

1179. Cette protection procédurale se combine avec celle tirée de l'article 14 de la Convention, lorsqu'il s'agit d'établir si des motifs racistes sont à l'origine de la violence meurtrière. Une « vigilance particulière » est alors requise de la part de l'État (*Nachova et al. c. Bulgarie*, 26 février 2004, § 155 ; décision *Menson contre Royaume-Uni*, 6 mai 2003, numéro 479116/99).

1180. Dans l'affaire *Finucane c. Royaume-Uni* (1er juillet 2003, requête n° 29178/95, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-VIII), la Cour précise qu'il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les affaires où des agents ou organes de l'État sont impliqués, de garantir que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des décès survenus sous leur responsabilité.

1181. Quant au type d'enquête devant permettre d'atteindre ces objectifs, il peut varier selon les circonstances. Toutefois, quelles que soient les modalités de l'enquête, les autorités doivent agir d'office, dès que l'affaire est portée à leur attention. Elles ne sauraient laisser aux proches du défunt l'initiative de déposer une plainte formelle ou d'assumer la responsabilité d'une procédure d'enquête (voir par exemple, *mutatis mutandis*, *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 63, CEDH 2000-VII).

D'une manière générale, on peut considérer que pour qu'une enquête sur une allégation d'homicide illégal commis par des agents de l'État soit effective, il faut que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées¹⁰⁰³. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (voir, par exemple, *Ergi c. Turquie*, arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1778-1779, §§ 83-84, et les affaires précitées concernant l'Irlande du Nord, par exemple *Mc Kerr*, § 128, *Hugh Jordan*, § 120, et *Kelly et autres*,

Pleven dans la nuit en question et qui doit avoir observé la détérioration de l'état de M. Tsonchev, ne fut lui non plus jamais interrogé. Enfin, le magistrat instructeur n'estima pas nécessaire de recueillir le témoignage de l'une quelconque des vingt à trente personnes qui s'étaient rassemblées devant le domicile des propriétaires des vaches et qui, d'après les policiers concernés, « voulaient tabasser [M. Tsonchev] ».

¹⁰⁰³ Voir par exemple les arrêts *Güleç c. Turquie*, 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1733, §§ 81-82, et *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 91-92, CEDH 1999-III.

§ 114).

1182. L'enquête doit également être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances (voir, par exemple, l'arrêt *Kaya* précité, p. 324, § 87) et d'identifier et de sanctionner les responsables (*Oğur* précité, § 88). Il s'agit d'une obligation non pas de résultat, mais de moyens¹⁰⁰⁴. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives aux faits en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, des expertises et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures et une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès (voir, par exemple, *Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 106, CEDH 2000-VII)¹⁰⁰⁵.

Toute déficience de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir la cause du décès ou les responsabilités risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à cette norme (voir les affaires concernant l'Irlande du Nord au sujet de l'incapacité des enquêtes judiciaires de contraindre les témoins appartenant aux forces de l'ordre directement impliqués dans l'usage de la force meurtrière de comparaître, par exemple *Mc Kerr* précité, § 144).

1183. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte¹⁰⁰⁶. Force est d'admettre qu'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière. Toutefois, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours à la force meurtrière peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux¹⁰⁰⁷.

1184. Pour les mêmes raisons, le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses conclusions, de sorte qu'il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu'en théorie. Le degré requis de contrôle du public peut varier d'une situation à l'autre. Dans tous les cas, toutefois, les proches de la victime doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes (*Güleç* précité, p. 1733, § 82 ; *Oğur* précité, § 92;

¹⁰⁰⁴ Voir la même distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat pour ce qui concerne l'enquête sur les disparitions forcées de ressortissants des États d'Amérique latine, pp. 691-692.

¹⁰⁰⁵ Voir aussi, *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 109, CEDH 1999-IV ; *Gül c. Turquie*, n° 22676/93, § 89, 14 décembre 2000.

¹⁰⁰⁶ Arrêts *Yaşa c. Turquie*, 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, pp. 2439-2440, §§ 102-104 ; *Cakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, §§ 80, 87 et 106, CEDH 1999-IV ; *Tanrikulu* précité, § 109 ; *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, §§ 106-107, CEDH 2000-III.

¹⁰⁰⁷ Voir par exemple *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 04 mai 2001, requête n° 24746/94, *Recueil des arrêts et décisions* 2001 ; §§ 108, 136-140.

Gül précité, § 93, et les affaires concernant l'Irlande du Nord, par exemple *Mc Kerr* précité, § 148).

1185. La préservation de la vie. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'accordent pour considérer que la formulation conventionnelle (le droit à la vie « est protégé par la loi ») fait peser sur l'État l'obligation de protéger la vie de toute personne relevant de sa juridiction¹⁰⁰⁸. Par le recours aux « obligations positives », la Cour de Strasbourg a opéré, très sensiblement, un élargissement du champ d'application de l'article 2 de la Convention européenne.

1186. Tout d'abord, l'État partie à la Convention a l'obligation positive de protéger la vie des personnes privées de liberté. On pouvait s'étonner que le juge européen ne voie dans la disparition de personnes détenues qu'une simple atteinte au droit à la liberté et à la sûreté¹⁰⁰⁹. En effet, à rebours, le Comité des droits de l'homme considéra que la « disparition involontaire » d'une personne révèle la carence de l'État à adopter des mesures « positives » de protection, et, partant, constitue une violation du droit à la vie¹⁰¹⁰. Il convient de viser ici l'article premier de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, le 18 décembre 1992 (Résolution numéro 47/33 : « Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine »).

1187. Toutefois, la Cour européenne opéra un revirement s'agissant de son appréciation dans ce domaine. Ainsi, la juridiction strasbourgeoise, le 8 juillet 1999, a accepté de se placer sur le terrain des obligations positives pour estimer que l'État partie a manqué à son obligation de protéger la vie dès lors qu'une personne arrêtée est détenue par la police et a ensuite disparue (*Cakici contre Turquie*, 8 juillet 1999, requête n° 23657/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IV)¹⁰¹¹.

Pour ce faire, le juge européen a retenu une présomption de causalité et, en l'absence d'explication présentant un caractère plausible pour ce qui concerne la disparition de l'individu faisant l'objet de cette mesure de contrainte de la part des autorités étatiques, la juridiction de Strasbourg considère comme étant établi que la victime est décédée à la suite de sa garde à vue. Une

¹⁰⁰⁸ *L.C.B. contre Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *JCP G*, 1999, I, 105, numéro sept, chronique F. SUDRE ; CDH, numéro 859/1999, décision du 25 mars 2002, « Jimenez Vaca contre Colombie », A/57/40, volume II, 175.

¹⁰⁰⁹ Commission, rapport en date du 4 octobre 1983, « Chypre contre Turquie », *RUDH*, 1992, p. 70, § 77, 119 et suivants ; *Kurt contre Turquie*, 25 mai 1998, requête n° 24276/94, *Recueil* 1998-III.

¹⁰¹⁰ CDH, numéro 161/1983, décision en date 2 novembre 1987, « Herrera Rubio contre Colombie » ; CDH, numéro 181/1984, décision 3 novembre 1989, « Sanjaun Arevalo contre Colombie », A/45/40, volume II, 36.

¹⁰¹¹ Voir aussi, *Ertak c. Turquie*, 9 mai 2000, requête n° 20764/92, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-V.

solution similaire fut retenue lorsqu'un individu placé en garde à vue décède au cours de celle-ci (*Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, requête n° 21986/93, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII).

1188. Pour ce qui concerne la mesure de contrainte de la garde à vue, la juridiction strasbourgeoise a également considéré comme étant établi que la victime est décédée des suites de blessures infligées à la personne détenue au cours de la garde à vue (*Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, précité). En outre, la Cour européenne a adopté une solution similaire dans le cas d'une personne placée en garde à vue, qui trouve la mort alors que celle-ci se trouve sous le contrôle des autorités de police, après avoir été arrêtée (*Ikincisoy c. Turquie*, 27 juillet 2004, requête n° 26144/95). Enfin, la Cour de Strasbourg retient la même solution dans le cas d'un individu qui décède alors que celui-ci est placé en rétention administrative (*Slimani contre France*, 27 juillet 2004, requête n° 57671/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IX).

1189. Il convient également de préciser que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a, dans le même sens, conclu à la violation du droit à la vie s'agissant de la mort inexplicée de prisonniers lors de leur détention par les autorités militaires¹⁰¹². L'obligation positive qui incombe à l'État partie inclut une obligation de protection de la santé des personnes privées de liberté¹⁰¹³.

1190. En outre, l'obligation positive échet à l'État, quels que soient les modes de détention de la personne. Ainsi, la personne peut être détenue, sur le fondement d'une mesure de garde à vue ou bien « retenue » (*Slimani c. France*, 27 juillet 2004, précité). Cela implique de dispenser avec diligence des soins médicaux dès lors que l'état de santé de l'individu le nécessite en vue de prévenir toute issue fatale¹⁰¹⁴. De plus, l'obligation positive qui est mise à la charge de l'État vise à prévenir le suicide des détenus (*Tanribilir contre Turquie*, 16 novembre 2000, § 70)¹⁰¹⁵.

1191. En dernier lieu, l'obligation positive de protection de la vie joue également dans le cadre des relations interindividuelles. Le juge européen considère ainsi que l'article 2 de la Convention fait peser sur l'État partie une obligation positive de prendre préventivement des mesures concrètes pour protéger l'individu dont la vie est menacée de manière certaine et immédiate par les agissements criminels d'autrui (*Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, *Les Grands arrêts de la*

¹⁰¹² CDH, numéro 194/1985, décision 27 octobre 1987, « L. Miango contre Zaïre » ; CDH, numéro 84/1980, décision du 21 octobre 1982, « H.-G. Dermitt contre Uruguay ».

¹⁰¹³ *Berktaç c. Turquie*, 1er mars 2001, *JCP G*, 2001, I, 342, numéro un, chronique F. SUDRE.

¹⁰¹⁴ *Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, requête n° 38361/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV, § 130 ; voir également, dans le même sens, CDH, numéro 763/1997, 26 mars 2002, « Lantsova contre Russie », A/57/40, volume II, 86.

¹⁰¹⁵ *JCP G*, 2001,291, numéro quatre, chronique F. SUDRE ; et, *A.A. et al. c. Turquie*, 27 juillet 2004, § 18.

Cour européenne de l'homme, numéro 10, §§ 115-116.). Cette obligation tout comme celle de prévenir le suicide des détenus présente un caractère relatif et dépend donc des circonstances de l'affaire. Elle suppose qu'il ait existé un « risque certain et immédiat » pour la vie de la personne, que les autorités aient eu ou dû avoir connaissance dudit risque, et, enfin, que celles-ci n'aient pas pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles en vue d'empêcher la matérialisation de ce risque. À titre d'exemple, la Cour européenne estime que les autorités nationales ont manqué à leur obligation de prévention en plaçant un détenu dans la même cellule qu'un dangereux malade mental qui va l'assassiner¹⁰¹⁶.

Cependant, la juridiction strasbourgeoise a jugé, en sens contraire, qu'en accordant une permission de sortie à un dangereux malfaiteur qui, à l'occasion d'un cambriolage, va tuer une personne, l'État partie ne s'est pas rendu coupable d'une violation de l'article 2 de la Convention car le risque pour la vie d'autrui n'a pas été jugé comme étant « certain et immédiat »¹⁰¹⁷. L'obligation procédurale de mener une enquête effective trouve également à s'appliquer lorsque de l'article 2 de la Convention déploie, de cette manière, un « effet horizontal » (*Edwards c. Royaume-Uni*, précité).

Section II. Le recours à la force publique meurtrière dans le cadre de la légitime défense

1192. Les membres de la force publique déploient la contrainte armée dans le cadre de l'État de droit. Ainsi, le recours à la force aux armes à feu par l'utilisation de leurs armes de service est strictement encadré par le code pénal mais surtout par l'interprétation de la loi qu'opère le juge.

Le juge procède donc à l'examen très poussé des circonstances pour qualifier juridiquement ou non l'existence de la légitime défense, laquelle permettra aux membres de la force publique en cas d'atteinte au droit à la vie de l'individu qui a fait l'objet de la mesure de contrainte, d'être exonérés de toute responsabilité pénale.

1193. Le concept de légitime défense et, partant, la question de la responsabilité pénale s'inscrit au sein d'une histoire juridique ; cette histoire montre l'évolution de ces concepts, marquant le passage d'une irresponsabilité des membres de la force publique à la soumission de ceux-ci à la responsabilité pénale par l'assujettissement au droit commun de la légitime défense (§1), le juge opérant même un

¹⁰¹⁶ *Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, *JCP G*, 2002, I, 157, numéro 2, chronique F. SUDRE.

¹⁰¹⁷ *Mastromatteo c. Italie* [Grande Chambre], 24 octobre 2002, *JCP G*, 2003, I, 109, numéro 1, chronique SUDRE.

contrôle poussé à rebours du contrôle effectué lorsqu'il s'agit d'un simple particulier (§2).

§1. La légitime défense, principes généraux

1194. Principes et histoire¹⁰¹⁸. La légitime défense n'est qu'un cas particulier de l'état de nécessité. L'état de nécessité confondu par le Code pénal avec la contrainte morale, justifie toutes les infractions. Cet état de nécessité se réalise lorsque l'agent se trouve placé dans une situation telle qu'il ne peut éviter un mal qu'en commettant un délit. C'est précisément cette hypothèse qui se retrouve fondamentalement dans la légitime défense, mais avec cette circonstance spéciale que la nécessité a été créée par l'injuste agression de la victime même du délit ou du crime justifié.

Cette hypothèse est donc plus favorable, car si on peut douter qu'on soit autorisé à sacrifier le droit d'autrui pour sauver le sien, on hésitera moins à permettre de réagir contre l'agresseur qui a lui-même causé le danger.

1) Histoire

1195. L'impunité du crime commis en état de légitime défense constitue un principe universellement reconnu. L'idée la plus ancienne est de considérer le droit de défense privé comme dérivant du droit naturel. *Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere* écrivait Gaius. Et, c'est la raison dont se prévalait Cicéron dans le *Pro Milone*¹⁰¹⁹. Marcus Tullius CICERO définit le droit naturel de la manière suivante : « Il est une loi véritable, la droite raison conforme à la nature,

¹⁰¹⁸ *Code pénal annoté*, par Émile Garçon, Nouvelle édition, refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin, Marc Ancel, Tome IIe, SIREY, Paris, 1956, 814 p. ; E. Garçon, extrait de son Code pénal annoté « Article 328 ». Émile Garçon (1851-1922). Pays : France, langue : français, naissance : 1851, Poitiers, mort : 1922, Paris. Il fut Professeur de droit criminel et de législation pénale comparée à la Faculté de Droit de l'Université de Paris. Source : Bibliothèque Nationale de France, Catalogue général.

¹⁰¹⁹ *Plaidoyer pour T.A. Milon* de Cicéron. « Il est en effet une loi non écrite, mais innée ; une loi que nous n'avons ni apprise de nos maîtres, ni reçue de nos pères, ni étudiée dans nos livres : nous la tenons de la nature même ; nous l'avons puisée dans son sein ; c'est elle qui nous l'a inspirée : ni les leçons, ni les préceptes ne nous ont instruits à la pratiquer ; nous l'observons par sentiment ; nos âmes en sont pénétrées. Cette loi dit que tout moyen est honnête pour sauver nos jours lorsqu'ils sont exposés aux attaques et aux poignards d'un brigand et d'un ennemi : car les lois se taisent au milieu des armes ; elles n'ordonnent pas qu'on les attende, lorsque celui qui les attendrait serait victime d'une violence injuste avant qu'elles pussent lui prêter une juste assistance ».

CICÉRON (Marcus Tullius), *Oeuvres complètes de Cicéron* avec la traduction en français, sous la direction de M. Nisard, tome 3, Librairie de Firmin-Didot, Paris, 1927. Voir, *Plaidoyer pour T.A. Milon (Pro Milone)*, Chapitre 4, pp. 215-216.

immuable, éternelle, qui appelle l'homme au bien par ses commandements, et le détourne du mal par ses menaces [...] »¹⁰²⁰.

1196. Parmi les juristes du continent européen, Grotius (1583-1645) et Pufendorf (1632-1694) fondent également la légitime défense sur le droit naturel. Dans son traité *De jure belli ac pacis*, Grotius identifie la légitime défense à un droit et souligne que « [...] ce droit de se défendre vient directement & immédiatement du soin même de nôtre conservation, que la Nature recommande à chacun, & non pas de l'injustice ou du crime de l'Agresseur »¹⁰²¹. Pour Pufendorf, la légitime défense est aussi un droit¹⁰²². Une théorie, formulée par Pufendorf, fonde la légitime défense sur l'idée de la contrainte. Le danger couru par la personne attaquée ferait disparaître sa liberté morale, parce qu'elle n'obéirait qu'à l'instinct de la conservation. Cette conception peut s'avérer être fausse. En effet, la personne qui tue en état de légitime défense, choisit entre la mort et le crime : il fait donc usage de sa liberté.

Au demeurant, l'on ne peut dire que le péril de mort altère toujours la volonté : la sentinelle exposée au feu de l'ennemi reste à son poste pour obéir au devoir ; et, l'on peut même affirmer que la personne qui aura fait montre de sang-froid, échappera le mieux au danger.

1197. Cette théorie conduit, d'ailleurs, à des conséquences inacceptables. La contrainte, fondée sur l'instinct de la conservation, ne peut justifier la défense privée que pour repousser un péril de mort, ou, tout au moins, une atteinte très grave à l'intégrité de la personne. À l'inverse, cette doctrine conduirait à autoriser la défense toutes les fois que ce danger existe, non seulement lorsque l'agression est juste, mais encore quand elle est injuste, car l'instinct de la conservation est aussi

¹⁰²⁰ Voir, CICÉRON (Marcus Tullius), *Oeuvres complètes de Cicéron* avec la traduction en français, sous la direction de M. Nisard, tome 4, « Traité de la République » (*De republica*), Livre III, Chapitre 22, p. 329.

¹⁰²¹ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984 (réimpression de: Amsterdam, P. de Coup, 1724), tome 1er, Livre II, Chapitre 1er, § 3, voir p. 208.

¹⁰²² PUFENDORF, *Les Devoirs de l'homme et du citoyen : tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, tome 1er, traduit par Jean Barbeyrac, 6ème édition, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984 (réimpression de l'édition : Londres, Nourse, 1741), Chapitre XXI, voir p. 175 : « Le même droit que nous avons dit que chacun a pour la défense de sa vie contre un injuste Agresseur, on l'a aussi pour la défense de son corps [...] ».

Dans son livre, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Pufendorf expose le fondement de la légitime défense : With the preservation of oneself, which is commended to every man by his most ardent love of his own person and by reason itself, is connected also self-defence, or the warding off of evils which tend to a man's injury, and are threatened by another man.

PUFENDORF, *De Jure Naturae Et Gentium Libri Octo*, volume 2, The Translation of the edition of 1688 par C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, Oxford, The Clarendon Press, 1934, Livre II, Chapitre V, voir p. 264 (ce chapitre est entièrement consacré à la légitime défense).

puissant dans l'un et l'autre cas ; il est cependant impossible de l'admettre. Enfin, l'idée de contrainte ne peut expliquer la légitime défense d'autrui, puisque celui qui vient au secours d'un inconnu menacé d'un danger n'obéit point personnellement à l'instinct de la conservation : pourtant la loi déclare expressément qu'elle est licite.

1198. Au reste, s'il était vrai que la défense légitime se fonde sur l'instinct de la conservation personnelle, elle se confondrait avec la contrainte morale. Ce sont bien, cependant, deux théories distinctes. Même s'il est clairement établi que celui qui s'est défendu, ou a défendu autrui, a agi avec la volonté la plus libre, la nécessité actuelle le justifiera. À l'inverse, un crime ne sera pas punissable lorsque l'auteur a agi sous l'empire d'une terreur qui a maîtrisé et annihilé sa liberté morale. Cette remarque est importante : il en faut conclure qu'un crime pourra être justifié, même dans le cas où quelque condition de la légitime défense fait défaut, si d'ailleurs la contrainte morale est prouvée.

1199. La société cesse de punir parce que son intérêt réel ne l'exige plus. Sans doute, nul ne doit se faire justice à soi-même; mais celui qui se défend ne punit pas, il veut échapper au danger. Instituée pour protéger l'individu, la société n'a pas le droit de l'empêcher d'assurer lui-même sa sécurité personnelle lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de le faire elle-même; et, si elle cesse alors de garantir les droits de l'agresseur, ce dernier ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Celui qui a commis un crime pour sa seule défense n'est pas un criminel dangereux qu'il faut amender. Enfin, on a remarqué, non sans quelque raison, que la crainte de la défense individuelle effraie autant les malfaiteurs que la menace d'une répression future et souvent incertaine, et contribue ainsi au maintien même de l'ordre social.

1200. Au XVIIIe siècle, et jusqu'au commencement du XIXe siècle, ce fut dans le contrat social que l'on cherchait le fondement de la légitime défense. L'explication était que la nécessité rétablissait l'homme dans l'état de nature où chacun a le droit de se faire justice : *Necessitas reducit ad moerum jus naturae*. On affirmait aussi que, par une clause du pacte social, les individus, en cédant leur droit de défense à l'État, s'étaient réservé la faculté de se défendre eux-mêmes en cas de péril imminent.

C'est en Allemagne surtout que la question a été agitée pendant tout le cours du XIXème siècle. Parmi les nombreuses théories proposées, il convient de citer la célèbre doctrine de Fichte : la défense légitime est hors de la sphère du droit..., la doctrine Hegelienne ou de la nullité de l'injustice: l'agression est la négation du droit, la défense est la négation de cette négation, c'est-à-dire l'affirmation du droit..., la doctrine de la rétribution du mal par le mal : le délit commis en état de légitime défense trouverait sa compensation anticipée dans l'injuste agression (Geyer)..., la doctrine de la collision des droits et des devoirs : lorsque deux intérêts sont en conflit tel que la conservation de l'un exige la perte de l'autre, la loi doit sacrifier le moins important. Or, par le fait de l'agression, le droit de l'agresseur diminue ou disparaît et doit céder devant le droit intact de la personne menacée

(Von Buri). Toutes ces doctrines, après une certaine faveur, ont été réfutées.

2) Les conditions de la légitime défense.

1201. Cette doctrine, toute relative, fixe en même temps **les conditions de la légitime défense**. C'est à la loi qu'il appartient de déterminer dans quels cas elle peut l'autoriser, et cette défense doit cesser de justifier le crime lorsque l'intérêt social exige la répression. Ces conditions générales sont depuis longtemps dégagées. **Il faut d'abord que la défense soit nécessaire** : l'ordre social ne peut souffrir le crime commis pour éviter l'agression que s'il était impossible d'y échapper autrement.

1202. Le danger doit être actuel : la société serait continuellement troublée si la défense individuelle était autorisée contre une menace éventuelle et hypothétique; et, le mal étant accompli, elle n'apparaît plus que comme un acte de vengeance et de justice privée.

1203. Enfin, **l'agression doit être injuste** : la loi doit, en effet, imposer à l'individu de souffrir un mal juste et qu'elle-même ordonne. Les limites de la légitime défense découleront du même principe. On semble croire, en général, que si les conditions de la légitime défense sont réalisées, la personne menacée peut user de tous les moyens pour repousser l'attaque, et que son droit va jusqu'au meurtre : « Dans la mesure de la défense, il ne peut être question de chercher à proportionner le mal que l'on occasionne au mal dont on est menacé.

1204. L'idée de proportion peut se comprendre dans la mesure de la répression, mais elle est évidemment étrangère à la mesure de la défense. Celui qui est attaqué et qui est mis, suivant l'expression légale, dans la *nécessité* de se défendre, peut faire à son agresseur tout le mal indispensable pour que son droit soit sauvegardé. Telle est la limite de la réaction défensive.

1205. Ortolan¹⁰²³ refuse aussi d'admettre, en principe, qu'il faille mesurer le mal de la défense sur celui de l'agression et n'autoriser qu'un mal égal tout au plus, mais non supérieur. La défense autorise tout le mal qu'il sera indispensable de faire à l'agresseur pour arriver à sauvegarder le droit

¹⁰²³ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal, pénalité, juridiction, procédure suivant la science rationnelle, la législation positive, et la jurisprudence*, Tome 1er, troisième édition, Henri Plon, Paris, 1863, 606 p. ; voir spécialement, Deuxième partie « Partie générale du Droit pénal », Titre Ier « De l'agent ou sujet actif du délit », Chapitre IV « De l'agent du délit considéré dans ses droits », § 1. Du droit de légitime défense, pp. 168-191.

Joseph-Louis-Elzéar Ortolan (1802-1873). Pays : France, langue : français, naissance : 21-08-1802, Toulon, mort: 27-03-1873. Il fut Avocat à la cour de Paris puis Professeur de droit, Professeur titulaire de la chaire de législation pénale comparée à la faculté de droit de Paris (depuis 1837). Source : Dictionnaire historique des juristes français : XIIe-XXe siècle, 2007 : Ortolan (Joseph-Elzéar), précité et Bibliothèque nationale de France ; <http://data.bnf.fr/15127635/joseph-louis-elzear_ortolan/>

attaqué : sa mesure se trouve dans la formule : « ni plus ni moins que ce qui est nécessaire ». Mais cet auteur apporte à ce principe un tempérament; il reconnaît qu'il est des cas où la personne attaquée doit faire, sinon une équation, du moins une comparaison entre le mal qu'il s'agit pour elle d'éviter et celui qu'elle serait obligée de faire pour parvenir à défendre son droit : si l'un est minime, tandis que l'autre est considérable, il est de son devoir de faire le sacrifice de ce droit minime, et si elle ne le fait pas, il pourra y avoir de sa part culpabilité.

1206. Cette proportion paraît le principe même sur lequel doit se mesurer la défense. L'intérêt social, qui est pour nous la base de la justification, ne permet plus d'autoriser cette défense, lorsqu'elle cause un mal en disproportion manifeste avec celui qui résulterait de la menace réalisée. Dans le conflit de deux biens dont l'un doit périr, il est juste qu'on sacrifie celui de l'agresseur. Mais la défense privée devient illégitime, parce qu'elle est incompatible avec tout ordre public, si, pour éviter un mal insignifiant, elle se réalise par un crime grave. Cette idée de proportionnalité nous paraît comprise dans la notion même de la nécessité; il n'est jamais nécessaire de causer un mal considérable pour éviter un petit dommage.

1207. On objecte à cette doctrine qu'il sera difficile de déterminer cette proportion, qu'il est impossible d'établir une équation entre les biens, qu'enfin on ne peut ainsi justifier le meurtre qu'en présence d'un danger de mort. Ces reproches sont ceux qu'on peut faire à toute théorie relative. La défense n'est pas nécessairement excessive parce que l'agresseur souffre un mal plus grave, dans une certaine mesure, que celui qu'il vaut causer : la société ne peut imposer à personne le sacrifice d'un bien très précieux injustement attaqué. Elle le devient lorsqu'il existe, entre l'attaque et la défense, une disproportion *manifeste et évidente*. La loi a été sage en posant un principe souple et en abandonnant au juge le soin de décider, dans l'infinie variété des espèces, si la disproportion est telle que la réaction n'était plus nécessaire.

1208. Il importe d'ailleurs de remarquer que la gravité de l'agression doit s'apprécier subjectivement. Il ne faut s'attacher ni aux résultats effectifs de l'attaque que la défense peut d'ailleurs avoir modifiés, ni même au danger réel couru par la personne attaquée, mais bien au péril que cette personne a pu croire raisonnablement courir. Le juge doit rechercher les circonstances du crime, reconstituer les faits tels qu'ils se sont accomplis, et déterminer quelle impression psychologique l'attaque injuste a produite sur l'accusé dans le feu de l'action. C'est sur la crainte que lui a inspirée l'agression qu'il faut mesurer la nécessité de la défense.

Comme il est impossible de justifier le meurtre commis pour éviter un préjudice peu important causé à la personne ou aux biens, les théories absolues sont amenées à nier que la défense soit autorisée en pareil cas. Permettre cette défense pour repousser toute attaque injuste au droit d'une personne est sans danger pour l'ordre social parce que la résistance devient illégale dès

qu'elle est excessive en égard à la nature du danger évité.

1209. Cette théorie paraît être celle dont s'inspire la pratique. Tout au moins l'idée fondamentale d'une proportionnalité entre la défense et l'agression se trouve-t-elle clairement dans les décisions de la jurisprudence. La seule difficulté semble être de déterminer quelles conséquences elle a tirées de ce principe.

1210. L'historique de la légitime défense est connu. En droit romain elle faisait disparaître la responsabilité criminelle ou civile. Dans notre ancienne jurisprudence, elle ne justifiait pas le crime de plein droit, l'auteur du crime devait prendre des lettres de rémission dans les chancelleries des parlements (Ordonnances de 1539, article 168, et de 1870). Le droit intermédiaire en fit une cause de justification absolue, dans les termes qui ont été reproduits par le Code pénal. Il spécifiait même expressément que l'homicide légitime ne pouvait donner lieu à aucune réparation civile.

a) Nature de l'agression et de la défense

1211. La première condition de la légitime défense est un acte d'agression auquel la personne menacée ne peut échapper qu'en commettant un crime ou un délit contre l'agresseur. La difficulté est ici de savoir quelles attaques rendent cette défense nécessaire et par conséquent légitime. Si on applique les principes que nous avons dégagés jusqu'ici, cette question ne comporte pas de réponse absolue : le caractère licite ou illicite de la défense dépend de la nature même de l'attaque. La condition d'existence de la légitime défense et sa mesure nous paraissent donc intimement liées et nous les étudierons en même temps.

1212. Il est certain d'abord que la loi ne justifie pas seulement la défense de soi-même, mais encore la défense d'autrui. Certaines législations étrangères restreignent ce droit d'intervention au cas où l'attaque est dirigée contre un proche parent. Cette distinction est formellement repoussée par notre Code pénal et avec raison. Si personne n'a le devoir légal de venir au secours de celui qui est victime d'une injuste agression, au moins celui qui accomplit cet acte de générosité ne doit-il pas être puni.

En principe, le crime n'est point justifié lorsque la personne menacée pouvait y échapper par quelque autre moyen. Ayant le choix entre ce crime et un acte licite, elle n'était pas dans la nécessité de violer la loi. Si la victime de l'agression peut opter entre deux infractions pénales, elle doit préférer la moins grave. Ainsi, celui qui a la faculté de mettre son adversaire dans l'impossibilité de nuire en l'enfermant, en le garrottant, en s'emparant de ses armes, dépasse les limites de la défense légitime en tuant ou en blessant son agresseur.

1213. De là vient une très ancienne controverse : Le crime cesse-t-il d'être justifié lorsque la victime de l'agression pouvait éviter le danger par la fuite ? Les criminalistes modernes s'accordent, en général, pour décider que la personne menacée n'est pas obligée de fuir. Le droit n'est pas tenu de céder devant l'injustice, et la fuite, souvent honteuse, ne peut être une obligation légale. Ce principe est admis, mais sans être absolu : ainsi les juges refuseraient avec raison de justifier celui qui, attaqué par un fou ou un infirme, aurait préféré le tuer plutôt que de se mettre hors de sa portée ; le fils qui frapperait son père alors qu'il pouvait facilement se soustraire à ses coups.

1214. Le cas le plus clair de légitime défense est celui où une personne, injustement attaquée, a de raisonnables motifs pour croire que sa vie est en danger. Tout le monde s'accorde sur ce premier point. Les arrêts de la Cour de cassation fournissent certains exemples. Ainsi, les juges du fait avaient à bon droit relaxé un prévenu qui, se voyant assailli chez lui à l'improviste par un homme d'un caractère violent, doué d'une force physique exceptionnelle, annonçant hautement l'intention de le maltraiter, avait conçu pour sa vie des craintes sérieuses, et, sous l'impression de cette pensée, avait obéi au sentiment de la conservation personnelle en frappant son agresseur avec une serpe qu'il tenait à la main. (Cour de Cassation, chambre criminelle, 7 août 1873, S. 1874, 1, 95 ; D. 1873 1 385).

1215. Le droit de défense individuelle existera encore lorsque la personne attaquée est menacée de blessures ou lésions corporelles graves. Le plus souvent cette hypothèse se confondra avec la précédente, car, dans le feu de l'action, la victime d'une pareille agression aura de justes raisons de craindre pour sa vie même.

1216. La défense est autorisée pour repousser toute agression contre les personnes; ce qui est vrai,

c'est qu'elle deviendrait alors excessive si elle était manifestement en disproportion avec la gravité de l'attaque. Tout mal causé à la personne est par sa nature même irréparable: rien ne peut faire qu'un coup de poing donné dans la figure n'ait pas été reçu, et la réparation pécuniaire n'en effacera pas les traces.

1217. Ces solutions se sont imposées à la pratique, et cette doctrine apparaît clairement dans certains arrêts. Le garde particulier d'un polygone d'artillerie, ayant trouvé un individu en contravention, avait été injurié par lui, puis saisi à la gorge et frappé à la tête d'un coup de pierre dont la violence, amortie par sa coiffure, n'occasionna pas de blessures; le garde, qui avait d'abord tiré en l'air, fit feu sur son agresseur et lui fractura la mâchoire. La cour d'appel refusa de reconnaître la légitime défense. Un pourvoi, formé d'ordre du garde des Sceaux, fut rejeté par le motif, « que dans les circonstances souverainement constatées, la cour d'appel avait pu estimer la défense en disproportion avec l'agression dont le garde était l'objet, et ne point reconnaître le péril actuel commandant la nécessité de la blessure faite ». (Affaire Thil, Cour de cassation, chambre criminelle, 16 juillet 1897).

Cet arrêt n'est peut-être pas à l'abri de toute critique : on pourrait soutenir que la défense n'était pas excessive. Mais, il est impossible de dire, avec plus de clarté, que la nécessité de la défense cesse lorsqu'elle est en disproportion avec le danger couru, et que l'excès de cette défense dans les actes commis pour repousser une agression actuelle constitue l'excuse de provocation.

Elle n'est pas affirmée moins nettement dans des arrêts qui ont jugé qu'un tribunal de police avait pu relaxer un individu prévenu de violences légères, parce qu'il avait agi en état de légitime défense en repoussant modérément, sans lui faire aucun mal, un adversaire qui menaçait de le frapper avec son sabot. (Cour de cassation, chambre criminelle, 2 août 1866, *D.* 1866, 5, 493).

Il est évident que la Cour de cassation a reconnu, dans cette espèce, que le délit ou la contravention étaient justifiés par la légitime défense, parce que les violences modérées commises par la personne attaquée n'avaient pas dépassé les limites de la nécessité. Mais on tirerait une conclusion certainement erronée de ces décisions en disant que, la légitime défense étant reconnue, la même solution eût été donnée si la victime de l'agression avait tué ou blessé grièvement son adversaire.

1218. La défense est légitime contre toute atteinte à la personne, quel qu'en soit le but, mais à la condition qu'elle ne soit pas manifestement exagérée. En principe, la légitime défense ne peut s'exercer que contre l'auteur même de l'injuste agression. Mais il ne faut pas oublier que la légitime défense n'est qu'une application particulière de la théorie plus générale de la nécessité. Si donc il est vrai qu'un homme en péril imminent de mort n'est point en légitime défense vis-à-vis d'un tiers

complètement étranger à ce danger, on doit au moins se demander si le crime qu'il commet en le blessant ou en le tuant pour sauver sa vie menacée, n'est pas justifié parce qu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

1219. Le meurtre ou les coups et blessures, commis par erreur, en état de légitime défense, seraient justifiés. Une personne, attaquée par des rôdeurs, tire sur eux des coups de revolver et tue un passant. La légitime défense s'appréciant subjectivement, l'auteur de ce meurtre n'est pas coupable parce qu'il a cru agir pour sa défense; il ne serait pas juridique de le poursuivre sous la qualification d'homicide par imprudence. La jurisprudence a en effet mis hors de doute le caractère volontaire de l'homicide commis *aberratione ictus* et la légitime défense ne fait pas disparaître cette intention. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher ici si cet homicide par imprudence serait justifié par la nécessité de la défense.

1220. Le meurtre serait encore justifié s'il était commis en légitime défense *errore personae*. Frappé dans l'obscurité et blessé par derrière d'un coup de couteau, je me retourne et, me trompant sur la personne de mon agresseur, je fais feu sur un passant inoffensif.

b) Simultanéité de l'agression et de la défense.

1221. La défense privée n'est jamais autorisée que pour repousser un mal présent, parce que c'est alors seulement qu'elle devient nécessaire. La loi exprime formellement cette condition en disant que le crime doit être commandé par la nécessité *actuelle*.

1222. Il suit d'abord de ce principe que la défense ne serait point légitime contre une attaque qu'on peut prévoir et redouter, mais qui n'est pas encore réalisée. Il n'est pas permis de tuer un ennemi, sous prétexte qu'il médite et prépare une agression, qu'on peut tout craindre de lui et qu'il a même manifesté ses projets par des menaces de mort écrites ou verbales.

Ce principe trouverait une claire application dans une vendetta. Sans doute, chaque membre des familles, entre lesquelles elle est déclarée, court un réel péril de mort : elle n'autorise pas cependant à prévenir par un meurtre une agression future, probable même, mais qui ne se produit pas encore et qui, après tout, demeure incertaine.

1223. On doit considérer comme actuelle non seulement l'attaque réalisée et consommée, mais l'attaque imminente. Celui qui est l'objet d'une agression n'est pas tenu d'attendre, pour se défendre, que le premier coup lui ait été porté, car alors cette défense serait souvent tardive et inefficace. Il suffit que le danger soit actuel.

1224. De même que le droit de légitime défense n'existe pas contre un danger futur et incertain, de même il cesse dès que le péril actuel a disparu. La défense n'est évidemment plus nécessaire lorsque l'attaque a pris fin : tuer ou blesser un agresseur qui se retire ou qui s'enfuit est un acte de vengeance qui peut être excusé à raison de la provocation, mais qui ne saurait être justifié. Il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'il est souvent difficile de discerner l'instant précis où la défense cesse et où le crime commence. C'est une question de fait à résoudre par le juge dans chaque espèce.

c) Agression injuste.

1225. La défense n'est légitime que pour repousser une attaque injuste. La loi ne peut pas autoriser à résister à un acte qu'elle commande ou qu'elle autorise. Celui qui souffre un préjudice légal n'a pas de droit à défendre.

1226. Ce principe trouve son application pour les actes des agents de l'autorité dans l'exercice de leurs fonctions. Non seulement la résistance n'est pas permise contre eux, mais elle constitue le délit spécial de rébellion. Il est clair que l'insurgé n'est pas en état de légitime défense vis-à-vis des soldats qui rétablissent l'ordre par la force ; un condamné n'a pas le droit de se défendre contre les gendarmes qui exécutent un mandat d'amener ou un jugement.

1227. Mais, ici se pose la question célèbre et toujours discutée de savoir si la défense est permise contre un acte illégal des agents de l'autorité. Si on ne peut admettre que l'agression d'un fonctionnaire est alors nécessairement injuste et justifie la défense, doctrine absolue, destructive de toute discipline sociale, on ne peut non plus décider que la résistance est punissable quelle que soit la nature de l'illégalité.

Certaines distinctions s'imposent. La jurisprudence, bien qu'elle pose toujours en principe que la résistance n'est jamais autorisée, paraît cependant faire exception pour le cas où l'acte est tellement illégal que le fonctionnaire n'a plus agi dans l'exercice de ses fonctions. La résistance, en principe défendue, pour s'opposer aux actes même irréguliers des agents de l'autorité, peut être licite dans certains cas exceptionnels où l'illégalité est évidente.

Cette solution paraît devoir être cherchée dans la loi qui a elle-même fixé sous quelles conditions les agents de l'autorité peuvent, conformément au droit, faire usage de la force. Le fonctionnaire public est coupable lorsqu'il emploie la violence « sans motif légitime » et la peine est même aggravée contre lui. Ce motif manque lorsque la loi n'autorise, ni expressément, ni tacitement, les mesures coercitives sur la personne, et *a fortiori* lorsqu'elle les interdit formellement, ou lorsque les violences légalement autorisées ont dépassé les limites de la nécessité. C'est ce motif légitime,

expression heureuse du Code même. Lorsqu'il fait défaut, l'agression est certainement injuste, et la défense devient légitime. L'agent de l'autorité a toujours un motif légitime pour mettre à exécution un ordre rentrant dans le cercle des attributions du fonctionnaire dont il émane, même si cet ordre est entaché de quelque nullité. Ce motif légitime ne cesse même pas par cela seul que l'agent d'exécution a lui-même commis quelque irrégularité ou a dépassé les bornes exactes de sa compétence.

1228. Cependant, les violences accomplies dans l'exercice des fonctions, n'ont plus de motif légitime lorsqu'elles sont tellement illégales qu'aucun doute ne peut exister même dans l'esprit de l'agent. Le critérium devient ainsi plus clair et plus précis : il faut voir si les violences de l'agent de l'autorité sont punissables. Lorsqu'elles constituent un crime ou un délit, on ne peut pas forcer la victime à les subir passivement.

D'ailleurs, dans les cas mêmes où la défense est autorisée, elle n'est pas sans limites. On paraît accroire que le droit de résistance justifie nécessairement toutes les violences et permet de tuer l'agent de l'autorité. La défense ne peut s'exercer sans mesure et elle ne justifie les violences que si elles ne sont pas en disproportion manifeste avec le mal évité.

Quelques exemples éclaireront ces formules abstraites. Des gendarmes, porteurs d'un mandat d'amener, se saisissent d'un inculpé. L'irrégularité de ce mandat n'autorise pas la résistance violente, et par exemple elle n'est permise, ni parce qu'il a été délivré par un juge incompetent, ni parce qu'il est frappé de nullité, ni parce qu'il n'est pas exécuté selon les formes strictement légales, ni parce qu'il y a erreur sur l'identité de la personne arrêtée. L'agent a un motif légitime pour employer la force en exécutant l'ordre qu'il a reçu, et, d'ailleurs, il n'existe pas de nécessité d'opposer la violence à une arrestation qui peut cesser légalement.

Dans le cas d'un agent de l'autorité, égaré par la colère, menace sérieusement de son revolver un individu arrêté et partant, réduit à l'impuissance, les témoins auraient le droit d'intervenir pour sauver une existence menacée et la défendre par tous les moyens en leur pouvoir.

1229. Le point le plus délicat paraît être de savoir si la légitime défense existerait encore au cas où l'agent de l'autorité, sans menacer de tuer ou de blesser l'individu arrêté et inoffensif, le frapperait du poing, des pieds, de la crosse du fusil ou le bousculerait brutalement. La jurisprudence ne l'admet point et punit, comme rébellion, les voies de fait défensives. On peut dire, à l'appui de cette solution, que la défense n'est pas nécessaire parce que le mal souffert n'est pas irréparable. Sans doute des violences de cette nature n'autoriseraient point le meurtre, mais elles pourraient justifier une défense mesurée, comme le fait de saisir le bras de l'agent et de le repousser violemment.

1230. En principe, l'emploi de la violence n'est jamais permis aux particuliers. Cependant, par exception, elle est quelquefois autorisée par la loi, elle cesse alors d'être injuste et la défense n'est plus légitime. Ainsi, l'article 106 du Code d'instruction criminelle obligeait toute personne à saisir le prévenu surpris en flagrant délit et à le conduire devant le procureur de la République, si le crime emporte peine afflictive et infamante. Cette arrestation est donc légitime et la résistance ne pourrait être justifiée.

Ce principe permettra de résoudre la vieille question de savoir si un agresseur, menacé à son tour par la victime de son agression, a lui-même le droit de se défendre. Beaucoup d'auteurs font une distinction; si les violences commises par la personne attaquée étaient commandées par la nécessité actuelle de sa défense, elles sont légitimes et n'autorisent aucune riposte, mais si elles ont dépassé les limites autorisées par la loi, elles deviennent injustes et peuvent constituer l'agresseur primitif en état de légitime défense; mais, comme la plupart des criminalistes n'autorisent la résistance que si la personne est menacée de mort, de blessures graves ou de viol, l'agresseur se trouvera le plus souvent, en fait, en présence d'une défense illégale.

§ 2. Le contrôle juridictionnel de la force publique meurtrière : d'une irresponsabilité des membres de la force publique à un contrôle juridictionnel renforcé.

1231. L'histoire permet de retracer l'évolution remarquable qui intervint dans le domaine des droits et libertés s'agissant de la responsabilité des membres de la force publique lorsque celle-ci recourait à la force allant jusqu'à ôter la vie humaine. Au XIX^{ème} siècle, les membres de la force publique ne répondaient pas des meurtres commis dans l'exercice de leurs fonctions (A). De cette irresponsabilité des membres de la force publique, l'action de la force publique s'est trouvée encadrée par un contrôle juridictionnel renforcé en matière de recours à la force publique meurtrière (B).

A. La consécration prétorienne d'une irresponsabilité pour les membres de la force publique au XIX^{ème} siècle.

1232. Afin d'appréhender la position jurisprudentielle qui consacrait une irresponsabilité des membres de la force publique dans le domaine du recours à la force meurtrière, l'on se fondera sur trois affaires topiques : le meurtre commis par un gendarme dans l'exercice de ses fonctions dans lequel les juges voyaient une absence de tout crime ou délit (1), la question de provocation envers un fonctionnaire public qui fut accusé de meurtre commis dans l'exercice de ses fonctions (2), et les meurtres et actes de violence commis sur les agents de l'autorité et de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions (3).

1) Le meurtre, commis par un gendarme, dans l'exercice de ses fonctions : une absence de tout crime ou délit.

1233. Le meurtre, commis par un gendarme, dans l'exercice de ses fonctions, s'il a été provoqué par des coups ou violences graves, n'est pas seulement excusable aux termes de l'article 321 du Code pénal. Il y a absence de tout crime ou délit. (Loi du 28 germinal an VI, article 231, et ordonnance du roi, du 29 octobre 1820, article 305)

1234. Lorsqu'une cour criminelle, saisie d'une accusation de meurtre commis par un gendarme qui était à la recherche d'un contumax, reconnaît que le meurtre est excusable, en ce qu'il a été provoqué par des coups et des violences graves, elle doit en outre, et même d'office, examiner si le gendarme était dans l'exercice de ses fonctions. Cette dernière circonstance tend à faire disparaître la criminalité du fait (sur le fondement du Code pénal, en son article 33 et du Code d'instruction criminelle, en son article 364)¹⁰²⁴

La cour royale de Corse, chambre des mises en accusation, avait renvoyé, par arrêt du 3 septembre 1824, devant la cour de justice criminelle du département de la Corse, Jean-François Maître, gendarme, comme prévenu d'avoir, le 11 avril 1814, dans la commune de Piadicroce, volontairement tiré un coup de carabine sur la personne de Don-Ange Albertini, de Piedipertino, qui en aurait été atteint, et qui périt le 27 du même mois à la suite de ses blessures ; et Jean-Joseph Commun, brigadier de gendarmerie, comme ayant, par abus d'autorité, provoqué à cette action en criant audit Maître de faire feu immédiatement avant que le coup eût été tiré par Maître, ce qui caractérisait un fait de complicité criminelle.

¹⁰²⁴ Cour de cassation, Section criminelle, 20 janvier 1825, « Maître », *Recueil SIREY* 1825, Tome XXV, 1^{ère} partie, Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 276-277. Arrêt de cassation — Prés., M. Portalis. — Rapp., M. Brière. — Concl. M. Vatimesnil, av. gén.

L'acte d'accusation, rédigé par le procureur général, en exécution de cet arrêt, commençait l'exposition des faits par ces termes : « Le 11 avril 1824 , le brigadier Commun et les gendarmes Maitre et Raynal se rendirent à la commune de Piadicroce, pour y rechercher un contumax : ils rencontrèrent, devant la maison du sieur Colombani, les nommés Louis Paoli, Don-Ange Albertini, Félix, dit Félix, frère de celui-ci, et Pompei Pietri : ce dernier avait un stylet à la main. Ces quatre individus, à l'aspect de la gendarmerie, cachèrent cette arme entre le seuil et la porte de ladite maison. Les gendarmes, qui le remarquèrent, accoururent pour saisir le poignard, et demandèrent à celui qui avait cherché à le dérober à leurs yeux, s'il en était le propriétaire. Ce poignard appartenait à Don-Ange Albertini, que les gendarmes voulurent arrêter »: suit le détail d'une rixe violente, qui fut l'occasion du coup de carabine tiré par Maitre, et du triste événement qui en résulta.

Le brigadier Commun a été acquitté ; Maitre, déclaré coupable, mais excusable, et condamné à cinq années d'emprisonnement, s'est pourvu en cassation. Jean-François Maître, gendarme, était à la recherche d'un coutumax, avec le brigadier Commun, son co-accusé acquitté, et un autre gendarme nommé Raynal. Il a été renvoyé par ledit arrêt devant la Cour de justice criminelle du département de la Corse, pour y être jugé sur le crime d'homicide volontaire dont il était accusé.

La cour de justice criminelle du département de la Corse, en déclarant, par l'arrêt attaqué, Jean-François Maitre coupable d'avoir, le 11 avril 1824, volontairement, mais sans préméditation, donné la mort au nommé Don-Ange Albertini en tirant sur lui un coup de carabine, a déclaré néanmoins ce fait excusable, attendu qu'il avait été provoqué par des coups ou violences graves exercées envers ledit Maitre, et l'a condamné à la peine de cinq années d'emprisonnement.

1235. La recherche et la poursuite des malfaiteurs sont classées parmi les fonctions ordinaires et habituelles de la gendarmerie, sans qu'il soit besoin de réquisition des officiers de police judiciaire, ni d'aucun ordre spécial, par les articles 125 et 126 de la loi du 28 germinal an VI , 179 et 180 de l'ordonnance du roi, du 29 octobre 1820. Aux termes des articles 231 de la même loi et 303 de la même ordonnance, la gendarmerie ne peut déployer la force des armes que dans les deux cas suivants. Le premier, si des violences ou voies de fait sont exercées contre les gendarmes ; le second, s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur seraient confiés ; ou enfin si la résistance était telle qu'elle ne put être vaincue que par la force des armes.

1236. La cour de justice criminelle ayant déclaré par l'arrêt attaqué, le fait excusable parce qu'il avait été provoqué par des coups ou des violences graves exercées envers ledit Maitre, devait déclarer, même d'office, s'il était ou non légalement dans l'exercice de ses fonctions, puisque cette circonstance était élémentaire et formait une partie essentielle de l'excuse. En supposant la déclaration affirmative, jointe à celle des coups ou violences graves exercées

contre ledit Maitre, gendarme, il en serait résulté qu'il n'y avait ni crime ni délit, et que l'accusé devait être renvoyé absous, d'après les dispositions de l'article 326 du Code pénal, et de l'article 364 du Code d'instruction criminelle.

La cour de justice criminelle, en s'abstenant de toute déclaration sur ce fait d'exercice de fonctions, n'a pas purgé toutes les circonstances de l'accusation. Elle a donc méconnu, et par conséquent violé les règles de sa propre compétence.

La déclaration est incomplète, il ne peut être statué par la cour sur la juste ou la fausse application de la loi pénale. D'où, la cassation et l'annulation de l'arrêt rendu par la cour de justice criminelle du département de la Corse, le 6 décembre 1824, contre Jean François Maitre¹⁰²⁵.

2) La question de provocation envers un fonctionnaire public, accusé de meurtre commis dans l'exercice de ses fonctions.

1237. Il convient d'ajouter que la question de provocation envers un fonctionnaire public, accusé de meurtre commis dans l'exercice de ses fonctions, doit nécessairement être posée au jury, comme à l'égard d'un accusé non fonctionnaire, si l'accusé réclame le bénéfice de cette excuse ; il ne suffirait pas de demander au jury si l'accusé agi sans motifs légitimes (sur le fondement du Code d'instruction criminelle, en son article 339 ; et sur le fondement du code pénal, en ses articles 186 et 321)¹⁰²⁶.

1238. Pierre Pons, garde champêtre, avait été renvoyé devant la Cour d'assises de l'Aude, sous le poids d'une accusation d'homicide volontaire, commis sans motifs légitimes, dans l'exercice de ses fonctions, crime prévu par l'article 186 du Code pénal. L'accusé alléguait pour sa justification, qu'il s'était trouvé dans le cas de la légitime défense. Il avait agi avec des motifs légitimes, il avait été provoqué. Au surplus, son intention n'avait pas été de donner la mort à son adversaire. Il demanda enfin la position d'une question d'excuse résultant de la provocation par coups et violences graves sur sa personne.

La Cour d'assises rejeta cette demande, par arrêt du 20 décembre 1834, en estimant que si la loi a placé dans une position à part, sous le rapport de la pénalité, les fonctionnaires publics qui se rendent coupables de crimes ou de délits, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, d'un autre côté, elle a tracé des règles particulières pour déterminer les conditions de leur

¹⁰²⁵ Et, pour être procédé à de nouveaux débats et être statué conformément à la loi, sur l'accusation portée contre ledit Jean-François Maitre, le renvoi en l'état qu'il est, et les pièces de la procédure, devant la cour d'assises du département des Bouches-du-Rhône.

¹⁰²⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 janvier 1835, « Pons », *Recueil SIREY* 1835, tome XXXV, 1ère partie, Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 429-432. — Prés., M. de Rastard. — Rapp., M. Rocher. — Concl. conf., M. Tarbé, av. gén. — PL, M. Crémieux.

culpabilité.

1239. Les fonctionnaires publics, et notamment les agents de la force publique, ayant mission spéciale de veiller au maintien de l'ordre et de donner protection, aux personnes et aux propriétés, sont, par la nature même de leurs fonctions, exposés à des agressions, qu'ils doivent être en droit de repousser, alors même qu'elles ne les placeraient pas dans la nécessité actuelle de la légitime défense, dans le sens de l'article 328 du Code pénal.

En matière d'homicide, coups et blessures, il faut distinguer avec la loi, s'ils ont été commis par des agents ou préposés du gouvernement, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ; ou s'ils ont eu lieu d'individus à individus non revêtus de fonctions publiques.

Dans ce dernier cas, le meurtre ou les coups et blessures ne perdent le caractère de crime ou de délit que lorsque l'action a été commise en état de légitime défense, aux termes de l'article 328 du Code pénal ; et ne deviennent excusables, que lorsque leur auteur a été provoqué par des coups ou violences graves envers sa personne. C'est uniquement aux crimes commis par des individus non fonctionnaires publics, que se réfèrent l'article 321 du Code pénal, sur les effets de la provocation, et l'article 339 du Code d'instruction criminelle, qui fait un devoir impérieux aux Cours d'assises de soumettre au jury la question d'excuse, si l'accusé la réclame.

1240. Dans les accusations relatives à des crimes commis par des fonctionnaires publics ou des agents de la force publique, ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de cet exercice, il ne peut être question de savoir s'ils ont été dans le cas de la légitime défense ou de la provocation.

Quant à eux, il n'est qu'un seul point à examiner : ont-ils agi avec des motifs légitimes ? Dans cette question, rentrent et celle de la légitime défense et celle de la provocation, aussi bien que l'appréciation de toutes les circonstances, qui peuvent légitimer les actes du fonctionnaire inculpé. C'est ce qui résulte du système général du Code pénal et des dispositions de l'article 186 en particulier.

1241. Dès lors, d'après les distinctions ci-dessus établies, le jury doit être interrogé sur le point de savoir, si le garde champêtre était dans l'exercice de ses fonctions ; et en second lieu, s'il a agi sans motifs légitimes. L'accusé ne proposant point pour excuse un fait admis comme tel par la loi, dans ce cas particulier ; puisque, s'il était vrai que le garde champêtre, dans l'exercice de ses fonctions, eût été provoqué par des coups et violences graves, le meurtre par lui commis, ne serait pas seulement excusable, mais il ne constituerait ni crime ni délit, le garde champêtre ayant eu des motifs légitimes pour faire usage de son arme.

Le refus de soumettre aux jurés la question de provocation, ne saurait nuire à la défense,

puisque le jury demeure averti que cette question est comprise dans celle relative aux motifs légitimes qui auraient fait agir l'accusé, et que, s'il estime que le garde champêtre ait été l'objet de coups et violences graves, il doit le déclarer non coupable, en résolvant en sa faveur la question relative à la légitimité des motifs qui ont déterminé son action.

En l'occurrence, la Cour déclare qu'il n'y a lieu de soumettre au jury la question d'excuse. Les questions posées au jury et maintenues par cet arrêt étaient ainsi conçues : 1° Pierre Pons est-il coupable d'avoir volontairement tiré un coup de fusil et fait des blessures à..... ? 2° Avait-il l'intention de donner la mort ? 3° Le coup de fusil et les blessures ont-ils occasionné la mort ? 4° L'accusé a-t-il agi sans motifs légitimes ? 5° Était-il dans l'exercice de ses fonctions ? Toutes ces questions, excepté la deuxième, ayant été résolues affirmativement, l'accusé a été condamné à dix ans de travaux forcés.

3) Les meurtres et actes de violence commis sur les agents de l'autorité et de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions.

1242. Dans le domaine de l'excuse de légitime défense, au XIX^{ème} siècle, aucune parité n'était établie, quoique sur les mêmes faits, entre un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions et un individu agissant sans caractère public. L'article 321 du Code pénal, portant que le meurtre, ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups, ou violences envers les personnes, ne s'applique qu'aux meurtres et actes de violence commis sur des individus sans caractère public, ou agissant hors de l'exercice de ce caractère. Il ne s'applique pas aux meurtres et actes de violence commis sur les agents de l'autorité et de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, point d'excuse admissible pour provocation par violences et coups : admettre d'autres principes, ce serait « contrevénir au Code pénal et énerver l'action de la force publique, encourager l'esprit de rébellion, et désorganiser l'ordre social »¹⁰²⁷.

1243. En l'occurrence, Louis Boissin avait été traduit devant la Cour d'assises du département du Gard, comme accusé d'une tentative de meurtre, avec préméditation, sur la personne du général Lagarde, chef de la force armée, et agissant avec elle pour le maintien de l'ordre public, ou du moins de s'être rendu coupable de rébellion, et d'avoir fait au général Lagarde des blessures par l'effet desquelles ce général avait été rendu incapable de travail personnel pendant plus de vingt jours.

Aux débats, Boissin alléguait que le général avait exercé sur lui des violences qui avaient

¹⁰²⁷ Cour de cassation, Section criminelle, 13 mars 1817, « Req. C. Boissin », *Recueil SIREY* 1817, tome XVII, 1^{ère} partie, Jurisprudence de la Cour de cassation, pp. 188-189.— Rap. M. Ollivier . —Concl. M. Henri Larivière, av. gén.

constitué la provocation atténuante établie par l'article 321 du Code pénal, et demanda que la question relative à la provocation par coups et violences graves fût soumise au jury.

1244. Le ministère public s'y opposa, fondé sur ce que la position de la question relative à la provocation, de la part d'un chef de la force armée agissant pour le maintien de l'ordre et dans l'exercice de ses fonctions, était contraire à la disposition de la loi.

1245. La Cour d'assises ordonna la position de la question en ces termes : « Est-il constant que Louis Boissin a agi, provoqué par des coups ou violences graves exercées contre sa personne, sans motifs légitimes, par l'agent de la force publique, dans l'exercice de ses fonctions ? »

1246. L'article 321 a été classé dans le Code pénal sous le titre des crimes et délits contre les particuliers. L'application de ces dispositions est limitativement déterminée par ce titre. Elle ne peut donc être faite qu'aux meurtres et aux actes de violence commis sur des individus sans caractère public, ou agissant hors de l'exercice de ce caractère. Ce n'est donc qu'aux faits de provocation dont ces individus peuvent s'être rendus coupables, qu'on peut appliquer ledit article 321, pour déclarer excusables les excès commis sur eux.

1247. Les excès commis sur les agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions, ont été l'objet, dans le Code pénal, de dispositions distinctes et séparées de celles relatives aux excès commis sur des particuliers. Ils ont été prévus et punis d'une manière spéciale, au titre des Crimes et délits contre la paix publique, section 4, §. 2, lequel est intitulé « Des outrages envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique ».

Dans ce paragraphe, tous les genres de blessures et d'excès qui peuvent être commis sur les agents de l'autorité et de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions, ont été déterminés ; ils y sont punis plus rigoureusement que ne le sont, dans le titre des Crimes et délits contre les particuliers, les crimes et délits de la même espèce. Ceux-ci, en effet, ne blessent que la sûreté individuelle, et que les autres sont tout à la fois un attentat à la sûreté particulière, et un attentat à la sûreté publique. Si le meurtre avec préméditation n'est pas rappelé dans ce paragraphe, c'est que le simple meurtre y est puni de mort, et que dès lors il devenait sans objet de s'y occuper de la circonstance aggravante de la préméditation.

Cependant, ce paragraphe n'a point déclaré communes aux crimes et délits dont il traite, les dispositions du susdit article 321 ; il ne renferme non plus aucune disposition particulière semblable à celles de cet article. Ce serait donc ajouter à loi et violer son texte, que d'admettre, dans une accusation de meurtre ou de violences commis envers un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions, l'exception atténuante d'une prétendue provocation violente. Ledit article 321 n'a établi que relativement aux meurtres et violences commis sur des particuliers. Ce serait également

violer l'esprit de la loi, que d'étendre, par induction, cette exception d'un cas à un autre. En ne l'énonçant que pour un cas, le législateur l'a nécessairement exclue dans l'autre.

D'ailleurs, il n'est pas permis d'argumenter d'un cas moins grave à un cas plus grave, pour étendre à celui-ci des dispositions favorables qui n'ont été créées que pour celui là, et que le Code pénal a signalé par la différence des peines qu'il a ordonnées, la différence de gravité que la raison et l'intérêt social établissent entre des excès commis sur des particuliers et ceux qui sont commis sur les agents de l'autorité dans leurs fonctions relatives au maintien de l'ordre public.

1248. L'article 170 de la loi du 28 germinal an VI a confirmé le droit que les lois antérieures donnaient aux dépositaires de la force publique, de repousser par la force les violences et voies de fait qui pourraient être exercées contre eux dans l'exercice de leurs fonctions. Si, dans ces fonctions, ils se rendent eux-mêmes coupables de violences criminelles, la loi a pourvu à la vengeance du citoyen injustement offensé ou maltraité. L'article 186 du Code pénal a sévèrement puni cet abus de la force et de l'autorité ; mais, après cet article, pour que les violences dont les préposés de la force armée ont usé ou fait user, acquièrent un caractère criminel, il faut qu'elles aient été exercées sans motif légitime.

1249. De cette disposition, il ne suit pas néanmoins que, lorsqu'elles n'ont pas eu de motif légitime, elles puissent constituer la provocation atténuante que la loi fait résulter des coups et violences graves dont un particulier se serait rendu coupable, et à laquelle elle donne l'effet de rendre excusable le meurtre et les coups dont il peut avoir été victime par suite de cette provocation. Aucune parité ne peut être établie, quoique sur les mêmes faits, entre un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions et un individu agissant sans caractère public.

1250. Les violences d'un individu agissant comme simple particulier, ne peuvent jamais être présumées légitimes ; le dépositaire de la force publique, au contraire, est toujours présumé, lorsqu'il agit au nom de la loi, de faire que ce qu'elle lui prescrit ou lui permet. Ce n'est pas aux individus sur lesquels il exerce ses fonctions, à se rendre juges des actes de cet exercice ; et moins encore à les réprimer, qu'aux seuls magistrats de la loi appartient ce pouvoir.

Admettre d'autres principes, ce serait non-seulement contrevenir au Code pénal, mais encore énerver l'action de la force publique, encourager l'esprit de rébellion et désorganiser l'ordre social.

1251. Boissin avait été traduit devant la Cour d'assises du département du Gard, comme accusé d'une tentative de meurtre avec préméditation sur la personne du général Lagarde, chef de la force armée; et agissant avec elle pour le maintien de l'ordre public, ou du moins de s'être rendu coupable

du crime de rébellion et de blessures, par l'effet desquelles le général Lagarde avait été rendu incapable de travail personnel pendant plus de vingt jours. Sur cette accusation, ledit Boissin a allégué que le général avait exercé sur lui des violences qui avaient constitué la provocation atténuante établie par l'article 321 du Code pénal, et a demandé que la question en fût soumise au jury.

Au lieu de rejeter cette demande, qui, dans une accusation de rébellion à la force armée, agissant dans l'exercice de ses fonctions, et d'excès commis sur la personne de son chef, agissant aussi dans ledit exercice, était contraire à la loi, la Cour d'assises l'a accueillie, et a, en conséquence, posé une question sur cette prétendue provocation ; en quoi cette Cour a violé l'article 65 du Code pénal, faussement appliqué l'article 321 de ce Code, et aussi violé l'article 539 du Code d'instruction criminelle. La Cour casse et annule, dans l'intérêt de la loi, l'arrêt de la Cour d'assises du département du Gard, du 8 février dernier, qui, lors du jugement de l'accusation portée contre Louis Boissin, a ordonné la position de la question suivante: « est-il constant que Louis Boissin a agi, provoqué par des coups ou violences graves, exercé contre sa personne, sans motif légitime, par l'agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions; » casse, aussi dans l'intérêt de la loi, ladite question. »

B. Le contrôle juridictionnel renforcé du recours à la force publique meurtrière.

1252. De nos jours, les membres de la force publique voient leur action soumis au droit commun de la légitime défense, c'est-à-dire une défense proportionnée à l'attaque (1). De plus, le juge judiciaire procède à l'examen minutieux de l'usage de l'arme de service par le policier (2).

1) Le droit commun de la légitime défense : une défense proportionnée à l'attaque.

1253. De nos jours, les juges judiciaires apprécient différemment les conditions constitutives de la légitime défense. Au XXe et XXIe siècles, pour que la légitime défense soit constituée, il faut que la défense soit proportionnée à l'attaque.

1254. Dès lors qu'il ressort de la procédure et des débats qu'un prévenu n'a ni provoqué, ni suscité, ni été à l'initiative des violences mais qu'il n'a fait, bien au contraire, que répliquer à l'agression dont il a été victime et qui a été perpétré par plusieurs individus avec une batte de base-ball, à l'arme

blanche et avec un fusil, étant rappelé que les autres n'ont subi aucune ITT, la riposte a été proportionnée à l'attaque et le fait justificatif de légitime défense doit être retenu par application de l'article 122-5 du Code pénal¹⁰²⁸.

1255. Sur le fondement du Code pénal, en son article 122-5, est en état de légitime défense une personne à laquelle un agresseur impose la domination, et la réduit à l'impuissance, ne lui laissant d'autre choix, face aux menaces d'atteintes graves à sa personne, que l'emploi de la violence pour quitter les lieux. C'est dès lors par l'exacte application des dispositions de l'article 122-5 du Code pénal que les juges ont retenu que l'intéressé avait agi pour se protéger d'une infraction en train de se commettre à son domicile et que la riposte était proportionnée à l'action¹⁰²⁹.

En l'espèce, il est reproché à Monsieur Y... d'avoir, le 25 juin 2000, volontairement commis des violences sur la personne de Joaquim DA SILVA X... dont il est résulté pour ce dernier une incapacité de travail de plus de 8 jours. L'enquête menée par les services de police révèle que le 25 juin 2000 à 21 heures 45, DA SILVA X... et POINSOT se sont présentés au domicile de Y... pour lui demander des comptes sur des appels téléphoniques intempestifs dont ils le tenaient pour être l'auteur ; au cours de la soirée, Y... a poussé DA SILVA X... par la fenêtre de son appartement situé au premier étage d'un immeuble et la victime tombée sur le trottoir a subi un traumatisme crânien, une plaie du cuir chevelu, une plaie du 5ème doigt gauche et un traumatisme thoracique sans lésion osseuse occasionnant selon certificat médical initial une incapacité de travail de 10 jours.

Le tribunal correctionnel de TROYES a, après une analyse circonstanciée des événements de la soirée, retenu que Y... avait agi dans le cadre de la légitime défense et dit qu'il n'était pas responsable des actes qui lui étaient reprochés.

1256. Monsieur l'Avocat Général observe que si la victime s'est rendue coupable d'une violation de domicile, il s'évince de l'enquête policière que Y... a agi à froid, sans être immédiatement menacé, accomplissant un acte non proportionné à l'infraction dont il était victime. Il requiert de la Cour qu'elle le déclare coupable des faits de violence qui lui sont reprochés ; il relève que le casier judiciaire du prévenu témoigne de problèmes d'alcool, que les protagonistes de la soirée du 25 juin 2000 se trouvaient sous l'emprise de l'alcool et requiert le prononcé d'une peine d'emprisonnement dont une partie serait assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve prévoyant une obligation de soins et celle d'indemniser la victime.

¹⁰²⁸ Cour d'appel de Paris, (13ème chambre, section A), 19 mars 2002, 2001/02264. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

¹⁰²⁹ Cour d'appel de Reims, du 28 mars 2002, 00/00748. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

Les faits de violence sur la personne de DA SILVA X... sont constants ; la question est de déterminer s'ils ont été commis en état de légitime défense ainsi que l'ont retenu les premiers juges. Les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis sont décrites par les témoins et les protagonistes de manière telle qu'il s'en dégage des éléments constants : à 21 heures 45, DA SILVA X... et POINSOT décident, après avoir absorbé une certaine quantité d'alcool, de se rendre chez Y... pour lui réclamer des explications à propos d'appels téléphoniques adressés chez la mère de POINSOT, concubine de DA SILVA X..., qui les indisposent. Ils n'obtiennent pas de Y... qu'il déverrouille l'entrée de l'immeuble et ont recours à un voisin pour se faire ouvrir et accéder au palier de l'appartement de Y... . Ils se heurtent alors à un nouveau refus d'ouvrir de Y... qui passe une soirée paisible en compagnie de sa petite amie devant le match de foot télévisé et forcent sa porte ; une fois entrés, POINSOT porte deux gifles et un coup de tête au visage de Y... dont l'arcade sourcilière gauche éclate. Ils investissent les lieux malgré les demandes de Y... de quitter son appartement, s'emparent de bouteilles d'alcool qu'ils consomment, s'installent dans la place, répandent de l'alcool sur le sol et pressent Y... de questions sur les appels téléphoniques. DA SILVA X... ouvre alors les volets de la fenêtre elle-même ouverte, s'installe devant celle-ci et invective les passants jetant des bouteilles dans la rue. Y... pousse alors DA SILVA X... par la fenêtre provoquant sa chute sur le trottoir, s'empare d'un cutter et en menace POINSOT qui quitte l'appartement.

1257. La Cour retient des circonstances ainsi mises en lumière que DA SILVA X... accompagné de POINSOT décrit par un témoin comme un homme très fort et par un autre témoin comme un malade psychiatrique et alcoolique a pénétré en force au domicile de Y..., s'y est maintenu malgré les multiples demandes du propriétaire des lieux et s'y est installé en maître disposant de l'alcool, des cigarettes et des meubles à sa convenance. Il a placé Y... sous sa domination l'insultant et le menaçant. Installé à la fenêtre il a menacé directement Y... de le jeter par la fenêtre.

Il apparaît qu'ainsi DA SILVA X... accompagné et soutenu par POINSOT a imposé sa domination à Y... réduisant ce dernier à l'impuissance et ne lui laissant d'autres choix face aux menaces d'atteintes graves à sa personne, que l'emploi de la violence pour lui faire quitter les lieux.

C'est donc par une exacte appréciation des faits, une analyse pertinente des circonstances de la cause et une juste application des dispositions de l'article 122-5 du Code pénal que les premiers juges ont retenu que Y... avait agi pour se protéger d'une infraction en train de se commettre à son domicile et que la riposte était proportionnée à l'action. La décision de relaxe sera confirmée.

1258. En matière de légitime défense, la Cour de cassation de **Belgique** adopte une jurisprudence similaire. Ainsi, le juge du fond apprécie souverainement, en matière de légitime défense, si la défense ne dépasse pas les limites de la défense actuelle et si elle est proportionnée au danger à

écarter. (Code pénal, article 416.)¹⁰³⁰

Aussi, ne justifie pas légalement sa décision acquittant, en raison de la légitime défense, un prévenu poursuivi du chef de coups ou blessures volontaires le juge qui fonde ladite décision uniquement sur la présomption, formulée in abstracto, que "l'occupant d'un immeuble qui a toutes raisons de penser qu'un vol va y être commis est en droit de présumer l'auteur hostile et d'employer la force pour se protéger", et donc sans constater l'existence, in concreto, des conditions requises par l'article 416 du Code pénal pour qu'il y ait, au sens de cette disposition légale, légitime défense¹⁰³¹.

De plus, l'arrêt qui constate que le défendeur, après s'être rendu coupable d'actes de violences à l'égard du demandeur, a fait un geste ayant pu faire croire à celui-ci qu'il se préparait à saisir une arme, peut en déduire légalement que ce demandeur, lorsqu'il a blessé le défendeur par l'usage de son arme à feu se trouvait, au sens de l'article 416 du Code pénal, dans la nécessité actuelle de la légitime défense¹⁰³².

Enfin, lorsque la légitime défense est invoquée comme cause de justification, le juge du fond apprécie souverainement la gravité et l'actualité de l'agression injuste ainsi que la nécessité et la proportionnalité de la défense, en se fondant sur les circonstances de fait et en tenant compte des réactions que la personne agressée pouvait ou devait raisonnablement avoir¹⁰³³.

2) L'examen minutieux de l'usage de l'arme de service par un policier.

1259. La juridiction judiciaire suprême a été amenée à se prononcer dans plusieurs affaires sur l'usage de l'arme de service d'un membre de la force publique. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a forgé un cadre d'emploi de l'arme de service à destination des membres de la force publique allant même jusqu'à adopter une interprétation *contra legem* (a). Le principe cardinal de proportionnalité applicable en la matière s'est répandu notamment sur le continent européen ; l'on se fondera sur un exemple remarquable d'examen de la légitime défense par le Tribunal fédéral suisse (b).

¹⁰³⁰ Cour de cassation, Belgique, 22/01/1991, N° de rôle 4213. *Pasicrisie belge*, 1991 (I, p. 469).

¹⁰³¹ Cour de cassation, Belgique, 07/12/1977, *Pasicrisie belge*, 1978 (I, pp. 398-399).

¹⁰³² Cour de cassation, Belgique, 21/05/1981, N° de rôle 3125. *Pasicrisie belge*, 1981 (I, pp. 1101-1102).

¹⁰³³ Cour de cassation, Belgique, 28/02/1989, N° de rôle 8482. *Pasicrisie belge*, 1989 (I, p. 662).

a) L'appréciation prétorienne des tirs de la force publique en France.

1260. L'usage de l'arme de service par un policier qui procède à une interpellation. Dans son arrêt en date du 26 juin 2012, la chambre criminelle de la Cour de Cassation se prononça sur l'usage de l'arme de service d'un policier qui procédait à une interpellation¹⁰³⁴. Le moyen unique de cassation visait la violation de l'article 122-5 du Code pénal et de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'occurrence, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de METZ, le 15 septembre 2011, qui, dans l'information suivie, sur sa plainte, contre personne non dénommée du chef de violences aggravées, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction. Il n'existait pas de charges suffisantes contre M. Y... d'avoir commis, en tant que personne dépositaire de l'autorité publique, des violences volontaires avec arme contre M. X... ayant entraîné une ITT supérieure à huit jours, ni une autre infraction, et a déclaré n'y avoir lieu à suivre.

1261. En l'espèce, le 8 mars 2000 à Thionville vers 4 heures 30 du matin, M. Z... a appelé la police, se plaignant d'avoir constaté la présence d'un individu agrippé au rebord de sa fenêtre et qui l'avait insulté. Arrivés sur les lieux, les policiers ont interpellé M. A... Le policier Y... a affirmé qu'en revanche M. X... l'avait menacé en avançant vers lui avec un couteau et qu'il avait alors tiré un coup de feu dans sa direction.

M. X... a affirmé que le couteau se trouvait, fermé, dans la poche de sa veste, et que le policier lui avait porté plusieurs coups, lui fracturant la clavicule droite, puis avait tiré une balle, qui a pénétré à la base du cou près de la gorge. Les policiers arrivés ensuite en renfort ont affirmé avoir constaté la présence d'un couteau à cran d'arrêt sur le sol. Par ailleurs, l'analyse de sang a révélé qu'au moment des faits M. X... se trouvait sous l'influence de l'alcool et du cannabis. L'alcoolémie du fonctionnaire de la police nationale s'est révélée négative. L'attitude agressive de M. X... au moment où les fonctionnaires de police sont intervenus n'est pas discutable et est attestée non seulement par les résidents de l'immeuble, qui ont été réveillés par les éclats de voix des perturbateurs, mais également par M. Z..., qui était très inquiet lorsqu'il a téléphoné à la police.

En outre, M. X... s'est enfui à la vue des policiers. Une altercation a opposé M. X... à M. Y..., dans le noir de la nuit. Si M. X... a toujours déclaré qu'il n'avait pas sorti le couteau qu'il avait dans sa poche, il a également déclaré qu'il était poli et souriant alors que de nombreux témoignages et éléments de la procédure attestent le contraire et établissent sa particulière agressivité, certainement causée par une alcoolisation excessive et une consommation de cannabis, mélange

¹⁰³⁴ Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 juin 2012, « M. Fouhed X... », 11-87.806, Inédit, non publié au bulletin, rejet ; M. Louvel, président. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

tout à fait compatible avec l'attitude menaçante et agressive décrite par M. Y... au moment où il tentait de procéder à son interpellation.

Cette excitation et cette agressivité étaient en outre constatées à l'hôpital où M. X... était ensuite conduit pour y être soigné. M. X..., qui ne conteste pas qu'il avait bien un couteau sur lui, n'a jamais expressément déclaré que celui-ci avait été retrouvé dans sa poche par les policiers, de sorte que rien ne permet d'écarter le témoignage des policiers arrivés peu après en renfort, qui ont déclaré que le couteau avait été retrouvé par terre, ce qui viendrait confirmer que M. X... le tenait à la main au moment où M. Y... tentait de l'interpeller.

1262. Il est difficile de savoir et de dire ce qui s'est exactement passé lors de l'interpellation de M. X..., au moment même où ce dernier et M. Y... se sont retrouvés l'un en face de l'autre dans le noir de la nuit. Cependant, M. X... était irascible et ne voulait pas se laisser interpeller. Plusieurs mains courantes montrent que M. X... était déjà connu des services de police, de sorte qu'il pouvait craindre son interpellation. Dans ces circonstances, il n'est guère possible de donner un total crédit aux déclarations de M. X...

Étant ivre et sous l'influence du cannabis, il a pu, alors qu'il était quatre heures trente du matin et dans un état d'excitation manifeste, mal apprécier la situation et ne pas ensuite se souvenir avec précision du déroulement des faits, comme le montrent ses différentes versions. Il a ainsi initialement affirmé avoir reçu des coups de matraque, pour ensuite parler de coups de torche, alors que les policiers ont déclaré qu'ils n'avaient pas de matraques lors de leur intervention, les ayant laissées dans le véhicule.

M. X... a un temps soutenu avoir été frappé sur la tempe gauche et sur la clavicule droite, alors qu'il n'a pas été constaté de trace de coup sur la tempe. Si l'existence d'une fracture de la clavicule droite est incontestable, elle n'a pas été décelée lors du premier séjour de M. X... à l'hôpital, où il a été soigné pour ses plaies résultant des points d'entrée et de sortie de la balle. Ainsi, l'analyse de la procédure ne permet pas de remettre en cause la thèse de la légitime défense de M. Y..., alors que ce policier s'est retrouvé, en pleine nuit, dans un endroit où il faisait noir, opposé à un individu ivre et irascible, pour lequel des riverains avaient sollicité l'intervention des forces de l'ordre, alors qu'un témoin a entendu le policier intimer l'ordre à cet individu de montrer ses mains : « je veux voir tes mains, les deux », et qu'un couteau, appartenant à cet individu, a été retrouvé sur place par terre. Le policier, appelé pour faire cesser le trouble que des individus ivres causaient, a été confronté à l'un d'eux particulièrement agressif et excité et s'est retrouvé face à une situation de menace qui a pu légitimement lui faire craindre pour sa vie et justifier que pour sa défense il fasse usage de son arme de service, sans que celui-ci ne puisse permettre son incrimination pénale.

En effet, M. Y..., dont l'alcoolémie était négative et qui possédait toutes ses facultés au moment des faits, a toujours expliqué que s'il a tiré en direction de la personne qu'il tentait d'interpeller, c'est parce qu'il s'est retrouvé, en pleine nuit, face à un homme particulièrement excité par les effets de l'alcool et du cannabis, en possession d'un couteau, déterminé à ne pas se laisser interpeller, qui l'a menacé dans des circonstances qui ont pu lui faire craindre pour sa vie.

1263. L'usage de son arme de service par ce policier qui procédait à cette interpellation particulièrement difficile doit être jugé proportionnel aux circonstances de menace dans lesquelles il s'est retrouvé. Dès lors, si M. Y... a blessé M. X... alors qu'il tentait de l'interpeller, les blessures occasionnées à ce dernier n'apparaissent être que le résultat de la légitime défense qu'a opposé ce policier confronté à un homme qui, de nuit, le menaçait, étant rappelé que n'est pas pénalement responsable la personne qui, confrontée à une atteinte injustifiée envers elle-même, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même, et ce, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

1264. L'auteur du pourvoi faisait valoir que la preuve de la légitime défense incombe à celui qui l'invoque. Dans la mesure où il n'est pas contesté que M. Y... a volontairement tiré sur M. X..., l'incertitude subsistant sur l'agression à son encontre au moyen d'un couteau, toujours niée par M. X..., constatée par aucun témoin mais seulement affirmée par M. Y..., devait conduire la chambre de l'instruction, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, à écarter la légitime défense, l'excitation et l'attitude agressive imputées M. X... n'étant pas susceptibles de justifier le tir par arme à feu.

1265. Cependant, selon une formule devenue classique, la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise que « les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que », pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile appelante, a exposé, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, que l'information était complète et qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit reproché, ni toute autre infraction. Dès lors, le moyen doit être écarté.

1266. L'appréciation de tirs réflexe sans viser cherchant simplement à atteindre la partie importante du corps. La juridiction judiciaire suprême accepta l'excuse de légitime défense pour des tirs réflexe sans viser cherchant simplement à atteindre la partie importante du corps¹⁰³⁵. Le pourvoi en cassation est intenté contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix-En-Provence, en date du 3 mai 2011, qui, dans la procédure suivie contre M. Serge Y... du chef de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner par dépositaire de l'autorité publique et avec usage d'une arme, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.

1267. Aux termes de l'article 122-5 du Code de procédure pénale, « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accompli, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. »

De même l'article 2-2 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire.

1268. Il convient de rappeler que les policiers sont intervenus à la suite de l'appel de la directrice de la crèche qui voyait une agression se dérouler sous ses yeux. Il est tout à fait inexact de soutenir qu'au moment des tirs qui ont atteint Louis X..., M. Z... ne se trouvait plus sur les lieux. En effet, M. Z... a toujours déclaré qu'à la suite de l'altercation avec le policier, il avait vu Louis X... au sol puis se relever, que Louis X... l'ayant aperçu s'était remis à le poursuivre. Il était alors revenu sur ses pas tout en courant en direction du boulevard du pont de Las qu'il avait traversé comme un fou. Il avait entendu le dernier coup de feu lorsqu'il courrait sur la ligne droite de la halte garderie. Il avait senti une présence derrière lui tant qu'il se trouvait sur la rue de la halte garderie.

Ainsi au moment du tir M. Z... était toujours poursuivi ; ce n'est qu'après avoir traversé le boulevard qu'il s'est retourné et n'a vu personne derrière lui à ce moment, Louis X... ayant été atteint par le tir du policier.

1269. Sur la question de la proportion des moyens employés, il résulte du supplément d'information que M. Y... a expliqué avoir tiré par tirs réflexe sans viser cherchant simplement à atteindre la partie importante du corps. Ces explications sont cohérentes avec les éléments du dossier, notamment, l'expertise balistique. L'expert présent à la reconstitution a confirmé que l'évaluation par M. Y... de la distance qui le séparait de Louis X..., soit cinq mètres, était cohérente

¹⁰³⁵ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 2 mai 2012, 11-83.845, inédit ; non publié au bulletin ; rejet ; M. Louvel, président ; M. Fossier, conseiller rapporteur ; M. Arnould, conseiller de la chambre. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

avec les constatations balistiques. Il convient de rappeler que le policier comme Louis X... étaient en train de courir, que les deux étaient en mouvement, ce qui à la distance de cinq mètres ne permet pas de tir précis, et que d'ailleurs les premiers coups précédemment tirés n'avaient pas atteint Louis X...

1270. Ainsi, il n'est nullement établi que le tir a été effectué en visant délibérément la tête, que par contre la riposte était proportionnée à la gravité du danger qui menaçait M. Z... alors que le deuxième policier blessé ne pouvait plus intervenir. Les conditions de la légitime défense d'autrui prévues par l'article 122-5 du Code de procédure pénale sont réunies. Il convient de dire n'y avoir lieu à suivre à l'encontre de M. Y... ou de quiconque.

1271. L'auteur du pourvoi fit valoir que pour être proportionné à la gravité du danger, le tir ne devait pas avoir été effectué en visant délibérément la tête de la victime. En se bornant, pour retenir l'état de légitime défense, à retenir qu'il n'était pas établi que le tir a été effectué en visant délibérément la tête, quand elle devait, pour caractériser la condition de proportionnalité de la riposte dont la charge de la preuve incombait à la partie poursuivie, établir que l'auteur du tir n'avait pas délibérément visé la tête de la victime, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de l'article 122-5 du Code pénal.

De plus, la chambre de l'instruction ne pouvait, pour retenir que l'acte de M. Y... était commandé par la nécessité de la légitime défense d'autrui, se borner à relever que M. Z... se trouvait toujours sur les lieux et qu'il était toujours poursuivi au moment des tirs qui ont atteint Louis. X..., mais devait rechercher, comme l'y invitait expressément la partie civile dans un moyen péremptoire de ses écritures, si au moment du coup de feu mortel la victime était suffisamment proche de M. Z... pour que celui-ci coure un danger actuel et immédiat. La décision, qui ne répond pas à une articulation essentielle du mémoire déposé par la partie civile, ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale.

Mais, la Cour de cassation confirme l'ordonnance de non-lieu de la chambre de l'instruction.

1272. Tir réalisé en position de tir instinctif, avec une arme. La Cour de cassation abonda dans le sens des juges du fond qui ont condamné un militaire de la gendarmerie pour avoir mortellement blessé un délinquant qui s'enfuyait, au moyen de son arme de service, excluant ainsi l'excuse de légitime défense¹⁰³⁶. L'exclusion de la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction en raison,

¹⁰³⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 26 juillet 2000, 00-83.552, inédit ; non publié au bulletin ; rejet ; M. Gomez, président ; M. Ruysen, conseiller rapporteur ; MM. Pibouleau, Farge, Mme Koering-Joulin, conseillers de la chambre ; Avocat général : M. Di Guardia. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

soit de l'état de nécessité, soit de l'état de légitime défense dans lequel il se serait trouvé au moment où il l'a commise, suppose notamment, dans l'un et l'autre cas, d'une part, que l'agression ou la nécessité de sauvegarde qui est invoquée soit actuelle ou imminente, d'autre part, que la riposte ou la réaction de sauvegarde soit nécessaire et mesurée.

1273. En l'espèce, si Pascal Z... a décrit l'état d'émotivité dans lequel il se trouvait du fait de la mort violente de sa collègue Marie-Christine X... survenue quinze à vingt minutes plus tôt et la peur qu'il éprouvait à la vue des véhicules se dirigeant dans sa direction, il demeure que son action de tir ayant atteint mortellement Youcef A..., conducteur de l'un de ces véhicules, est intervenue au moment où celui-ci s'enfuyait après avoir viré à courte distance de lui et ne pouvait, de ce fait, constituer le danger actuel ou imminent, ou la nécessité de sauvegarde répondant aux mêmes caractéristiques auxquels il est soutenu qu'il a répondu par son action de tir.

En ces mêmes circonstances, Pascal Z... a eu recours à l'usage de son arme de service pour tenter de stopper la progression d'un véhicule qui, pour avoir pu être présumé occupé par des délinquants et avoir antérieurement fait partie, avant de s'en séparer, du même groupe qu'une autre voiture impliquée, quinze à vingt minutes auparavant dans le franchissement, aux conséquences mortelles, d'un barrage de police, n'en venait pas moins, à la différence de ce dernier, d'éviter le contact direct et l'affrontement avec les forces de police.

Ainsi, au moment de l'action, la proportionnalité entre, d'une part, un tir effectué comme il a été rappelé plus haut à l'aide d'une arme de fort calibre et, d'autre part, la gravité supposée de la menace, déjà décroissante dans son intensité, n'est pas établie en l'espèce.

1274. Selon les dispositions combinées des articles 96 et 174 du décret du 20 septembre 1903 portant règlement sur l'organisation du service de la gendarmerie, seuls les gendarmes exerçant leur action en tenue militaire sont autorisés, sous les conditions définies par ce dernier texte, à faire usage des armes pour immobiliser les véhicules dont les conducteurs n'obtempèrent pas aux ordres d'arrêt.

En outre, aux termes de l'article 73 du Code de procédure pénale, dans le cas de crime ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche, ces dispositions n'ont aucunement pour effet d'autoriser ladite personne à commettre une infraction qui ne serait pas justifiée par aucun des motifs tirés de l'état de légitime défense ou l'état de nécessité.

1275. La légitime défense est caractérisée par le fait que l'agresseur a fait naître, dans l'esprit de la victime, la croyance de l'existence d'un danger et la nécessité de riposter pour échapper à ce dernier. En l'espèce, il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que Pascal Z..., quelques minutes avant de

tirer, avait été témoin et victime de l'action meurtrière du groupe de jeunes au volant de quatre véhicules automobiles dont l'un n'avait pas hésité à foncer délibérément sur le barrage de police et les policiers qui se trouvaient là, heurtant de plein fouet un des policiers qui devait décéder de ses blessures. Quelques minutes plus tard, Pascal Z... avait vu revenir les véhicules qui avaient entrepris à nouveau de foncer dans sa direction et c'est alors qu'ils arrivaient à sa portée que Pascal Z... a tiré au jugé.

1276. Pour écarter le fait justificatif, la cour d'appel retient que l'action de tir se serait située à un moment où les véhicules venaient de bifurquer dans la rue des Garennes et s'enfuyaient. En se fondant sur de telles circonstances apparues au cours de l'instruction et étrangères à la mesure du danger tel qu'il s'était imposé à la victime faisant face à une agression réitérée, de nuit, par une bande organisée, l'auteur du pourvoi soutient à juste titre que la chambre d'accusation a violé par fausse interprétation les textes susvisés.

1277. L'expert en balistique a conclu que le tir a été réalisé en position de tir instinctif, avec une arme courte, en double action, de nuit et sur un objectif en mouvement. L'expert a ajouté qu'on devait prendre en compte le temps de vol du projectile qui correspondait à la distance parcourue par la voiture entre le moment où la balle a quitté le canon et celui où elle a atteint la victime et qu'en raison de tous ces facteurs, la probabilité d'atteinte était tout à fait aléatoire.

La chambre d'accusation en conclut que l'action de tir se serait située à un moment où les véhicules venaient de bifurquer dans la rue des garennes. En se fondant sur de tels éléments de fait parfaitement hypothétiques pour en déduire que Pascal Z... n'aurait pas agi en état de légitime défense car il aurait tiré alors que les véhicules s'éloignaient, la chambre d'accusation n'a pas justifié sa décision au regard des textes susvisés.

1278. La Cour de Cassation ne fait pas droit à ces arguments et précise que pour renvoyer Pascal Z..., gardien de la paix, devant la cour d'assises sous l'accusation de violences mortelles avec arme, l'arrêt attaqué énonce, par motifs propres et expressément repris de l'arrêt infirmant l'ordonnance de non-lieu, que, de nuit, dans le quartier du Val Fourré à Mantes-la-Jolie, les patrouilles de police ont été avisées de la circulation, à la manière dite du "rodéo", de véhicules volés. Un véhicule, présumé appartenir au groupe signalé, a été poursuivi par une voiture de police. Son conducteur a tenté de franchir, à vive allure, le barrage matérialisé à un carrefour par une autre voiture de police. Il est entré en collision avec celle-ci, causant des blessures mortelles à un gardien de la paix, puis a pris la fuite.

L'arrêt retient qu'une quinzaine de minutes plus tard, Pascal Z..., chef de bord du véhicule de police heurté, averti par message radio de l'arrivée des autres véhicules suspects, aurait, depuis le centre du carrefour, tiré trois coups de feu dans leur direction avec son arme de service, atteignant mortellement l'un des conducteurs.

Les juges relèvent que l'action de tir se serait déroulée au moment où les véhicules, parvenus à une courte distance de lui, auraient, changeant de trajectoire, viré dans une autre rue pour s'enfuir. Ils en déduisent qu'à supposer les faits établis, Pascal Z... aurait eu recours à l'usage de son arme de fort calibre en vue d'arrêter la progression de véhicules qui, contrairement à celui précédemment impliqué, venaient d'éviter le contact direct et l'affrontement avec les forces de police, de sorte que la réaction n'aurait pas été proportionnée à la menace.

En cet état, la chambre d'accusation, qui a exposé les raisons pour lesquelles elle estimait devoir écarter les causes d'irresponsabilité pénale alléguées, a caractérisé, au regard tant des articles 309 et 311 anciens que des articles 222-7 et 222-8 du Code pénal, désormais applicables, les circonstances dans lesquelles Pascal Z... se serait rendu coupable du crime de violences avec arme ayant entraîné la mort sans intention de la donner.

1279. L'emploi de l'arme de service à l'encontre d'individus circulant à bord de véhicules terrestres à moteur et qui refusent d'obtempérer. S'agissant de l'usage des armes à feu à l'encontre d'individus qui circulent à bord de véhicules terrestres à moteur sur le domaine public routier et autoroutier, la Cour de Cassation s'est prononcée sur cette question dans plusieurs affaires ; position prétorienne de laquelle, l'on peut déterminer un cadre d'intervention de la force publique.

1280. Ainsi, la **Cour de Cassation** statua le **10 octobre 2007** relativement à un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de LYON, en date du 26 octobre 2006, qui, dans l'information suivie sur leur plainte contre personne non dénommée, du chef d'homicide volontaire, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction¹⁰³⁷. Le moyen unique de cassation vise la violation de l'article 122-5 du Code pénal et de l'article 2-2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1281. Pour contester la décision de non-lieu motivée par l'état de légitime défense, les parties civiles exposent que les forces de police auraient pu interpellé Nicolas X... alors que ce dernier

¹⁰³⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 10 octobre 2007, 06-88.426, inédit ; non publié au bulletin ; irrecevabilité ; M. Le Gall, conseiller le plus ancien faisant fonction de président en remplacement du président empêché ; Mme Ponroy, conseiller rapporteur ; M. Pelletier, conseiller de la chambre. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

soustrayait de manière frauduleuse un véhicule terrestre à moteur, et que le mal qui a été causé par les conditions de l'interpellation est bien supérieur à l'infraction liée au vol d'une voiture. Cependant, les conditions dans lesquelles les policiers ont mis en place, en amont, l'opération de surveillance et les conditions dans lesquelles ils ont décidé de procéder à l'interpellation de Nicolas X... n'ont pas à interférer sur l'appréciation de l'état de légitime défense, lequel doit être examiné, au regard du texte susvisé, au moment précis de l'atteinte. Par ailleurs, la notion de proportionnalité ne doit être appréhendée qu'entre l'atteinte injustifiée et l'acte commandé par la légitime défense et nullement, comme tentent de le faire croire les parties civiles, entre le mal que l'on cherchait à éviter et le préjudice effectif. En conséquence, la notion d'état de légitime défense devrait être appréciée en l'espèce au moment où les policiers ont tiré sur le véhicule conduit par Nicolas X...

1282. Les constatations matérielles effectuées immédiatement et les auditions de chacun permettent de dégager de manière constante les éléments suivants : Nicolas X... a traversé le parking vers 21 heures 20, en passant devant les deux voitures banalisées des policiers situées à l'entrée de celui-ci, puis il a gagné par un escalier situé sur sa droite une terrasse qui surplombait l'endroit où le véhicule était en stationnement avant de faire demi-tour, de redescendre par l'escalier situé de l'autre côté et d'actionner la télécommande de l'Audi.

Eric A..., chef du dispositif, a alors donné l'ordre à ses collègues d'intervenir et tous sont sortis des véhicules munis du brassard police, à l'exception des deux chauffeurs Karim D... et Sébastien E... Sébastien F... s'est positionné au milieu de la voie centrale, Patrick C... et Frédéric B... se sont positionnés sur sa gauche, et Eric A... sur sa droite. Sébastien E..., au volant de la 306 banalisée, a démarré, baissant le pare soleil " police ", puis il est sorti de l'emplacement de parking et a positionné la voiture sur la chaussée en précisant avoir " laissé une possibilité de s'échapper ". Le véhicule Audi a démarré " en trombe " prenant le virage " à très vive allure ", puis a accéléré en se dirigeant sur Sébastien F... toujours placé au milieu de la chaussée, cette action constituant une attaque de nature à mettre en cause la vie du gardien de la paix. Sébastien F... a levé la main vers le conducteur pour lui enjoindre de s'arrêter en criant " police " et les policiers lui enjoignaient également de s'arrêter.

1283. Nicolas X... a accéléré en fonçant sur le policier ; et, le conducteur n'a pas obtempéré aux sommations de s'arrêter, celui-ci a continué de foncer en direction des personnes qui ont été obligées de s'écarter sur le côté pour ne pas être renversées ". Aucune trace de freinage n'a été retrouvée sur le parking. Sébastien F..., sans avoir le temps de sortir son arme, s'est jeté au sol (côté gauche dans le sens de circulation du véhicule) et a rampé jusqu'aux places de stationnement. Dans le même laps de temps chacun des trois autres policiers a sorti son arme et tiré comme suit : Eric A...

deux coups de feu sur le côté gauche de la voiture (impact non perforant retrouvé sur la vitre de la portière arrière gauche et impact transfixiant retrouvé en bas de la portière avant gauche) ; Patrick C... deux coups de feu en direction de la vitre arrière droite, deux impacts étant retrouvés dans la vitre de la portière arrière droit au centre, un dans la partie médiane, l'autre sur la partie supérieure ; Serge B... plusieurs fois en visant la vitre droite indiquant avoir tiré 4 coups avec continuité, deux impacts ayant été retrouvés dans la vitre de la portière avant droite, un à hauteur du montant de la portière, un autre dans un coin inférieur gauche.

1284. Le laboratoire de police scientifique a relevé d'autres impacts : dans le pare-brise côté droit et au niveau de l'aile du véhicule avant droit ; dans l'arrière de l'appui tête du siège avant droit ; deux impacts évoquant la possible atteinte de projectiles de type flash ball sur le côté droit du véhicule. Le laboratoire de police scientifique a conclu que deux balles, l'une correspondant à la vitre de la portière avant droite, l'autre à celle de la vitre de la portière arrière droite pouvaient avoir atteint le corps directement. Le véhicule Audi a poursuivi sa course, et percuté de face la 306 immobilisée sur la chaussée, laquelle a reculé de plusieurs mètres. Patrick C... a saisi son flash ball, et tiré deux cartouches dans la vitre arrière droite du véhicule pour pénétrer dans celui-ci.

Les policiers ont découvert le corps de Nicolas X..., lequel a été transporté à l'hôpital, le décès survenant le lendemain en fin d'après-midi. Les faits se sont déroulés en quelques secondes seulement.

1285. L'autopsie a confirmé un décès par tirs d'arme à feu calibre 38 spécial avec une plaie au niveau du foie, une au niveau du membre supérieur gauche (avec orifice d'entrée et de sortie), une enfin au niveau du crâne (orifice d'entrée en occipital gauche, projectile retiré moins d'un cm au niveau du lobe frontal gauche). Le médecin légiste a indiqué que deux plaies étaient vitales, celle du foie et celle de la boîte crânienne, et que les coups de feu ont été tirés d'arrière en avant au niveau crânien, de droite à gauche et d'avant en bas et discrètement en arrière au niveau abdominal, et que l'examen des orifices permet de constater qu'il s'agit de tirs à distance.

1286. Les constatations matérielles faites, tant lors de la reconstitution des faits que par le laboratoire de police scientifique et par le rapport d'autopsie, viennent étayer les déclarations concordantes des policiers et des deux témoins quant à l'enchaînement des faits. Il apparaît en conséquence que les policiers, en faisant usage de leur arme de service au moment où Nicolas X... fonçait à une vitesse excessive sur Sébastien F..., positionné au milieu de la chaussée, collègue dont la vie était indiscutablement en danger au regard de la vitesse et de la puissance du véhicule, n'ont pas adopté un comportement disproportionné à l'atteinte subie par leur collègue.

Un tir en direction des pneumatiques équipant le véhicule était vain, celui-ci pouvant

poursuivre sa route malgré la crevaison, et dangereux pour le collègue qui s'était jeté à terre. Les conditions de la légitime défense, telles que visées par le texte précité, sont en l'espèce réunies, et qu'il convient de confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le magistrat instructeur.

1287. La chambre de l'instruction ne pouvait énoncer, sans contradiction, d'une part, que les policiers avaient fait usage de leur arme au moment où leur collègue se trouvait positionné au milieu de la chaussée sur la trajectoire du véhicule et d'autre part, qu'au moment des tirs, le policier se trouvait à terre sur le côté. Ces motifs, contradictoires, ne permettent pas de savoir si la vie du policier était en danger, si le recours à la force était absolument nécessaire et, partant, si les conditions de la légitime défense étaient réunies.

La Cour de cassation fut en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par les parties civiles appelantes, a exposé les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le crime reproché, ni toute autre infraction.

1288. Cour de Cassation, Chambre criminelle, 18 février 2003, 02-81.742, Inédit M. Cotte président, Mme Beaudonnet conseiller rapporteur, M. Roman conseiller de la chambre. Il résulte de la reconstitution et du rapport d'expertise balistique que Bernard B... se plaçant dans l'axe de la trajectoire de la voiture tandis que Laurent A... se plaçait sur le côté gauche et à plus courte distance de celui-ci, et qu'au moment où Laurent A... a pris la décision de tirer, Bernard B... se trouvait toujours face au véhicule à 8,66 mètres de celui-ci qui roulait alors à une vitesse de 40 Km/h dans sa direction.

1289. Il résulte également des rapports d'expertise balistique que les 4 tirs dont le premier celui mortel ont été initiés alors que le véhicule se trouvait en amont des tireurs. Par ailleurs, selon les déclarations du témoin C..., la voiture avait roulé sur l'herbe toujours vite en se dirigeant droit sur un policier en civil. Il apparaît ainsi que Laurent A... pouvait raisonnablement croire, au moment de son tir initié alors que le véhicule se trouvait en amont de lui, que la vie de son collègue était en danger et que seule la décision de tirer sur le véhicule en mouvement pour arrêter sa progression était susceptible de la protéger d'une menace dans sa vie ou dans son intégrité physique.

Contrairement à ce qu'est soutenu par la partie civile le coup de feu mortel tiré par Laurent A... n'était pas disproportionné par rapport au danger encouru par son collègue Bernard B... En effet, il convient de rappeler que le véhicule, roulant à une vitesse estimée entre 36 et 40 km/h par les experts en direction du policier B... qui se trouvait sur la trajectoire à une distance de 8,66 mètres et

dont le conducteur avait préalablement forcé un premier barrage routier, constituait une menace extrêmement grave pour la vie ou l'intégrité physique de ce policier.

Il est soutenu que la riposte de Laurent A... n'était pas commandée par une nécessité absolue dans la mesure où le conducteur du véhicule a toujours manifesté la volonté d'éviter le barrage dressé par les policiers, le contournant par la droite, en empruntant l'accotement herbeux.

Si effectivement Abdelkader X... a tenté de fuir en contournant le barrage mis en place, cependant après ce contournement, les deux policiers, agissant dans l'accomplissement de leur mission après s'être déplacés ainsi qu'il a été précédemment exposé, tentaient d'arrêter la course du véhicule qui alors se dirigeait droit sur le gardien B...

1290. Le recours à la force armée dont est résultée la mort d'Abdelkader X... sans intention de la donner, doit être considéré comme un acte de légitime défense d'autrui au sens de l'article 122-5 du Code pénal et rendu absolument nécessaire au sens de l'article 2-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1291. S'agissant des conditions qui déterminent la légitime défense, la Cour de Cassation dans une analyse casuistique se prononça le 20 mars 2001 sur la mise en danger de la vie du fonctionnaire de police qui a utilisé son arme à feu et a mortellement blessé un délinquant¹⁰³⁸. Au terme d'une course poursuite avec un véhicule de police, et après avoir commis plusieurs infractions graves au Code de la route et forcé un premier contrôle routier, Abdelkader Y..., 16 ans, circulant de nuit au volant d'un véhicule Golf où avait pris place Jamel Bouchareb, 19 ans, a contourné le dispositif d'interception mis en place par les services de police à l'entrée de Fontainebleau en s'engageant sur l'accotement herbeux de la route.

Bernard B... et Laurent A..., gardiens de la paix en tenue civile, munis de brassards indiquant leur qualité de fonctionnaires de police, se sont aussitôt déplacés de la chaussée vers l'accotement, dégainant leurs armes de dotation, et se sont placés, le premier dans l'axe de la course de la voiture, le second légèrement en retrait, sur le côté gauche et à plus courte distance de celle-ci. Les deux policiers ont tiré chacun deux coups de feu en direction du véhicule en mouvement.

1285. Selon l'expertise balistique ordonnée par le juge d'instruction, le premier de ces coups de feu, tiré par Laurent A... à une distance d'environ un mètre trente cinq et suivant une trajectoire faisant un angle de 90 avec l'axe du véhicule progressant en direction de Bernard B..., a

¹⁰³⁸ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 20 mars 2001, 01-80.015, inédit ; non publié au bulletin ; cassation ; M. Cotte, président ; M. Blondet, conseiller rapporteur ; MM. Roman, Mistral, Le Corroller, Beraudo, conseillers de la chambre ; Mmes Ferrari, Agostini, Beaudonnet, conseillers référendaires ; Avocat général : Mme Commaret. Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

mortellement blessé Abdelkader Y... à la tête.

1292. Mis en examen du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner commises par une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions, Laurent A... a fait valoir que l'acte qui lui est reproché était commandé par la nécessité de la légitime défense de son collègue Bernard B..., lui-même victime dans le même temps de l'atteinte injustifiée résultant de la progression du véhicule dans sa direction.

1293. Pour écarter cette cause d'irresponsabilité, et renvoyer Laurent A... devant la cour d'assises, les juges relèvent qu'Abdelkader Y... n'avait pas l'intention d'exercer des violences sur les policiers, dès lors qu'il tentait de s'enfuir en engageant son véhicule sur l'accotement herbeux. Ils ajoutent que le gardien de la paix Bernard B..., qui se trouvait à une distance de trois mètres du véhicule lorsque celui-ci est passé devant lui à une vitesse évaluée à 40 kilomètres à l'heure au plus, n'était pas en danger au moment où le coup de feu mortel a été tiré.

1294. La Cour de Cassation précisa qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle ne pouvait sans se contredire, affirmer que Bernard B... n'était pas en danger, tout en constatant qu'il se trouvait sur la trajectoire de la voiture, la chambre d'accusation, à laquelle il appartenait de rechercher si l'auteur du coup de feu mortel pouvait raisonnablement croire, au moment où il a pris la décision de tirer, que son collègue était menacé dans sa vie ou son intégrité physique, n'a pas donné de base légale à sa décision.

1295. En l'occurrence, le 17 décembre 1997, à Dammarie les Lys, une "Golf" conduite par Abdelkader Y..., 16 ans et Jamel X..., 19 ans, comme passager avant, sortait à vive allure d'un parking souterrain. Une patrouille de la brigade anti-criminalité la poursuivait. À la vue des policiers, le véhicule en cause prenait de la vitesse et commettait plusieurs infractions au Code de la route. Le commissariat de Fontainebleau était informé par radio que le véhicule se dirigeait vers cette localité. À l'entrée de la ville, au carrefour de la Libération, un dispositif d'interception se mettait en place. Laurent Z... et Bernard B..., en tenue civile, munis d'un brassard "police", prenaient position sur la voie la plus à gauche en direction de Fontainebleau qui était libre, les deux autres étaient occupées par deux camions et des voitures arrêtées au feu rouge.

À la vue des policiers, la "Golf" virait brusquement sur sa droite, contournait les camions à l'arrêt et roulait sur l'accotement pour rejoindre la voie de dégagement. Laurent Z... et Bernard B... courraient vers ledit accotement. Laurent Z... se postait sur la chaussée, en amont d'un camion à l'arrêt, tandis que Bernard B... se plaçait sur l'accotement herbeux emprunté par la "Golf".

Laurent Z... dégainait son arme et tirait, à deux reprises, en direction du véhicule qui passait à sa hauteur. Le premier tir blessait mortellement le chauffeur, Abdelkader Y..., à la tête ; le second

coup de feu atteignait le montant de la portière, puis traversait le pare-brise. Bernard B... tirait également deux cartouches coup sur coup. Le premier projectile, tiré à une distance de trois mètres, atteignait le côté gauche du véhicule, traversait la portière puis la console centrale à l'intérieur.

Le second projectile pénétrait dans le bas de la caisse, traversait la carrosserie, ricochait sur le longeron puis sur la portière. La "Golf" finissait sa course en percutant un lampadaire, tournait sur elle-même et s'immobilisait contre l'axe médian sur la voie la plus à gauche de la chaussée.

Après que le conducteur de la "Golf" eût montré sa détermination de ne pas s'arrêter et tandis qu'il se dirigeait vers Chailly-en-Bière, le commissariat de Fontainebleau était prévenu de la fuite du véhicule en cause vers cette ville. Il est spécifié que ledit véhicule venait de forcer un barrage de police. Laurent Z... et Bernard B..., de la brigade anti-criminalité locale, plaçaient leur propre véhicule administratif, avec gyrophare en action, au milieu de la chaussée. Bernard B... invitait deux camions à l'arrêt, de front, aux feux tricolores, à y demeurer.

Voyant le véhicule signalé les contourner par sa droite, Laurent Z... et Bernard B... se portaient sur l'accotement herbeux qu'empruntait le contrevenant. Laurent Z... sortait son arme lorsqu'il voyait le véhicule rouler sur l'herbe. Il tirait le premier coup mortel, alors que la "Golf" débouchait de la droite du camion et qu'il se trouvait près de celui-ci. En pivotant pour suivre la progression du véhicule en cause, il tirait une seconde fois, atteignant le seul habitacle. Bernard B..., après avoir sorti son revolver, se postait, à quelques mètres, dans la perspective de la "Golf" qu'il voyait avancer vers lui. Il reculait et faisait feu, à deux reprises vers le bas de la caisse, lorsque la "Golf" passait à sa hauteur.

En l'espèce, la voiture de police placée sur la chaussée était visible, qu'en contournant le camion par la droite et en montant sur l'accotement herbeux, Abdelkader Y... a manifesté une volonté d'échapper au barrage et de fuir.

1296. L'arrêt attaqué a ordonné le renvoi de Laurent Z... devant la cour d'assises de Seine et Marne. L'auteur du pourvoi soutenait que les policiers ne sont pas autorisés à user de la force armée à l'égard d'un véhicule qui n'obtempère pas à l'ordre d'arrêt. Un policier n'est incité à faire usage de la force armée que si une voiture à qui il a été fait signe de s'arrêter par des procédés indubitables, fonce à toute vitesse sur un gardien constituant un des éléments du barrage échelonné sur quelques cinquante ou cent mètres.

Il n'y a pas légitime défense si ce véhicule est déjà passé, sauf usage par un malfaiteur d'une arme à feu. En l'espèce, la voiture de police placée sur la chaussée était visible, qu'en contournant le camion par la droite et en montant sur l'accotement herbeux, Abdelkader Y... a manifesté une

volonté d'échapper au barrage et de fuir. Aucune intention de foncer sur les policiers ne saurait être établie dès lors que ceux-ci ne se trouvaient pas sur l'accotement herbeux lorsque, pour les éviter, Abdelkader Y... a décidé de quitter la chaussée sur laquelle ils se trouvaient.

L'expertise balistique a établi que le véhicule ne fonçait pas dans la direction de Bernard B... pour être passé à trois mètres devant lui, tandis que l'expertise automobile a évalué sa vitesse entre 36 et 40 km/h. Dans ces conditions, aucun danger réel, actuel ou imminent, ne menaçait les policiers interpellateurs ou les usagers de la route, lorsque Laurent Z... a tiré, à hauteur d'homme, en direction du conducteur.

Ce tir ne saurait donc être considéré comme un acte de légitime défense au sens de l'article 122-5 du Code pénal. Au regard des circonstances de fait, ci-dessus rappelées, Laurent Z... ne saurait soutenir avoir eu la conviction honnête que ce tir était justifié par un recours à la force rendu nécessaire pour assurer la défense de Bernard B... qui effectuait l'arrestation régulière du véhicule automobile. Donc, il existe des charges suffisantes contre Laurent Z... d'avoir commis des violences illégitimes ayant entraîné la mort d'Abdelkader Y...

Les conclusions de l'expertise balistique énonçaient, notamment, que dans la mesure où Bernard B... s'écarte de la trajectoire du véhicule au dernier moment, comme lors de la reconstitution des faits, lorsque Laurent Z... prend la décision de tirer, Bernard B... se trouve toujours face au véhicule. En cet état, les énonciations de l'arrêt relatives à la position de Bernard B... au regard de la trajectoire du véhicule poursuivi au moment où Laurent Z... a pris la décision de tirer sont en contradiction avec les constatations du rapport d'expertise auquel il prétend les emprunter.

1297. En statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter le fait justificatif de la légitime défense puisqu'ils procédaient d'une dénaturation manifeste de l'expertise balistique, la chambre d'accusation a entaché sa décision d'un manque de base légale par contradiction de motifs. Les conclusions du rapport balistique énonçaient encore que Laurent Z... prend la décision de tirer, alors que Bernard B... se trouve sur la berge, face au véhicule qui avance sur lui.

En cet état, les énonciations de l'arrêt relatives à la circonstance selon laquelle Bernard B... ne se serait pas trouvé sur l'accotement herbeux lorsque le véhicule poursuivi, quittant la chaussée, s'est porté sur ce même accotement herbeux, sont en contradiction avec les constatations du rapport d'expertise auquel il prétend les emprunter.

1298. Causes d'irresponsabilité ou d'atténuation grâce à l'autorisation de la loi : l'article L. 2338-3 du Code de la défense. Pour dire qu'un gendarme en service doit bénéficier de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-4, alinéa 1er, du code pénal et résultant de

l'application de l'article L. 2338-3 du code de la défense les juges doivent établir que l'usage de son arme de service était absolument nécessaire compte tenu des circonstances de l'espèce.¹⁰³⁹ L'usage de l'adverbe « absolument » dans l'expression « absolument nécessaire » est l'illustration remarquable du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Aux termes de l'article 122-5 du code pénal, le gendarme Y...n'est pas pénalement responsable s'il fait face à une atteinte injustifiée envers lui ou autrui et s'il accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense de lui-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

L'article L. 2338-3 du Code de la défense dispose en outre que : « Les officiers et sous-officiers de gendarmerie ne peuvent, en l'absence de l'autorité judiciaire ou administrative, déployer la force armée que dans les cas suivants : 1° Lorsque des violences ou des voies de fait sont exercées contre eux ou lorsqu'ils sont menacés par des individus armés ; 2° Lorsqu'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur sont confiés ou, enfin, si la résistance est telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes ; 3° Lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de " Halte gendarmerie " faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes de s'arrêter que par l'usage des armes ; 4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt (...) ».

1299. En l'espèce, à 21 h 02, un plan « filet bleu » était déclenché sur le département 41, obligeant toutes les patrouilles à rechercher, contrôler puis interpellier, dans certaines conditions qui étaient rappelées par le commandement opérationnel les occupants d'un véhicule Renault Chamade blanche en fuite, après la tentative d'interpellation de son occupant effectué par le gendarme A...et la tentative concomitante d'homicide volontaire sur le gendarme A...quand le véhicule l'avait heurté pour s'échapper, puis, alors qu'il s'accrochait sur le capot du véhicule, l'avait traîné sur plusieurs centaines de mètres à grande vitesse, en tentant par des mouvements brusques du volant de le faire tomber du véhicule.

Le centre opérationnel de renseignement de la gendarmerie (CORG) du Loir et Cher a auparavant su, ainsi qu'il ressort des retranscriptions des bandes saisies, que le gendarme A...était blessé après avoir été éjecté du véhicule, les sapeurs pompiers étant sur place depuis 20 h 27. A 20 h 46, le CORG fait part des circonstances de commission de ces faits, soulignant que le conducteur du

¹⁰³⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 mars 2013, 12-82.683, publié au *Bulletin criminel* 2013, n° 63. Rejet. M. Louvel, président ; Mme Mirguet, conseiller rapporteur ; M. Berkani, avocat général.

véhicule avait constaté et entendu la qualité du gendarme A...et que le conducteur avait alors fait " gonfler " tout à coup le moteur du véhicule pour foncer sur le gendarme A...et le percuter. Lors de cette même transmission, le conducteur du véhicule, impliqué dans le vol commis au préjudice de M. B...était identifié comme pouvant être M. C... A 21h35, le CORG 41 informait en conséquence les patrouilles engagées que la " personne recherchée serait M. C..., défavorablement connu de la brigade d'Onzain, individu dangereux, précautions d'usage à prendre ". A 21h59, la patrouille de Montrichard, composée des gendarmes D...et E..., croisait le véhicule recherché, et se lançait à sa poursuite.

Il était demandé à la patrouille de ne pas l'intercepter seule. La patrouille de Saint-Aignan, composée des gendarmes Y...et F..., et la patrouille de Romorantin, composée des gendarmes G...et H..., étaient immédiatement alertées, et se rendaient en urgence à Thesee, conformément aux ordres du CORG, afin d'intercepter et d'immobiliser le véhicule en fuite. La patrouille de Montrichard informait le centre opérationnel que la Renault Chamade blanche était occupée par deux individus. Les gendarmes indiquaient que la poursuite s'effectuait à environ 100 km/ h, gyrophare en action, à l'entrée du bourg de Thesee. A 22h03, le CORG avertissait alors la patrouille de Saint-Aignan : « Ils sont en direction de Thesee (.) ils arrivent sur toi normalement (.) la patrouille est 4100 mètres derrière eux (..) Et attention parce qu'ils roulent à vive allure. Ils roulent à 100 km/ h (...) ».

1300. Les gendarmes Y...et F...positionnaient rapidement leur véhicule sérigraphié sur une moitié de la chaussée, gyrophare et rampe lumineuse en action, et se plaçaient sur l'autre moitié de la chaussée tandis que leurs collègues du PSIG prenaient place tout aussi rapidement en protection derrière eux sur le côté gauche du trottoir de la chaussée face au véhicule qui arrivait. Les gendarmes, en uniforme, porteurs de leur gilet phosphorescent, comme il a été confirmé par l'expertise des résidus de tirs des 4 et 27 janvier 2011, parfaitement identifiables par le sigle " Gendarmerie " inscrit sur leur chasuble, se postaient ainsi physiquement sur l'autre partie de la voie et du trottoir afin d'occuper l'autre moitié de la chaussée correspondant au sens de circulation du véhicule pourchassé.

Les quatre militaires de la gendarmerie étant en position au moment de l'arrivée du véhicule, le gendarme F...prenait en joue avec son fusil à pompes le conducteur du véhicule pour lui intimer l'ordre de stopper, tandis que ses collègues sortaient leurs armes de service de leurs étuis pour le protéger et mener à son terme la mission d'interception d'individus qu'ils savaient responsables de plusieurs infractions dont l'une concernait l'atteinte commise précédemment à l'intégrité d'un gendarme dans l'exercice de ses fonctions.

La sortie préalable des armes et le maniement du fusil à pompes apparaissent ainsi conformes à la mission d'interception du véhicule poursuivi par la patrouille de Montrichard et proportionnés au risque encouru par les gendarmes présents sur la chaussée à l'instant où se présente le véhicule.

1301. La description donnée par les gendarmes F...et Y...de l'enchaînement brutal des événements correspond aux opérations de reconstitution et d'expertises menées par la mesure d'instruction ; elle est conforme à toutes leurs auditions et interrogatoires ; elle est aussi conforme à la transcription du compte rendu donné en temps réel par la patrouille de Montrichard au CORG. Les gendarmes ont ainsi indiqué de façon constante, dès leurs premières auditions, que le véhicule avait réduit sa vitesse, semblant vouloir s'arrêter, et qu'il roulait à moins de 20 km/ h au moment où le gendarme F...abaissait son fusil à pompes.

Alors que celui-ci se rapprochait du côté du conducteur pour procéder au contrôle, tous les éléments recueillis au cours de la mesure de reconstitution font ressortir que le conducteur du véhicule décidait de forcer le barrage en accélérant brutalement la vitesse du véhicule, qui se trouvait alors à une vitesse au moins égale, selon l'expert automobile, à 10, 6 km/ h au moment de l'impact de la crosse du fusil sur le pare-brise du véhicule puisque cet impact, de forte intensité, ne pouvait s'expliquer que par l'importance de l'accélération du véhicule, à un moment où le gendarme F..., qui se dirigeait vers le conducteur, se trouvait dans l'obligation pour l'éviter de faire un pas de côté en heurtant de la crosse de son arme le pare-brise du véhicule ; qu'il convient de rappeler l'observation de l'expert automobile indiquant que si la vitesse du véhicule avait été inférieure à 10, 6 km/ h au moment de l'accélération, " l'impact n'aurait pas altéré le pare-brise de manière aussi étoilée ".

1302. Les expertises font ressortir qu'au moment où la crosse du fusil à pompe touchait le pare-brise, un coup de feu partait du fusil à pompes, audible par la patrouille de Montrichard. Au même moment le véhicule pour forcer le barrage modifiait sa trajectoire de 5 degré vers le trottoir, où se trouvaient les militaires du PSIG.

Le gendarme Y..., posté légèrement en retrait de son camarade F...avec son arme de service à la main pour le protéger, se trouvait alors à cet instant directement en face du véhicule qui, non seulement poursuivait sa course, mais accélérât et obliquait vers lui. C'est dans ces conditions, alors qu'étaient forcément entendus l'impact de la crosse du fusil à pompes sur le pare-brise et la détonation concomitante, que le gendarme Y...a, en un laps de temps très court au vu de la distance parcourue par le véhicule, tira une première fois dans le capot du véhicule puis, moins d'une seconde plus tard, une seconde fois au moment où, réussissant à se trouver sur le trottoir, la voiture passait à sa hauteur alors que dans le même mouvement nécessaire pour s'écarter de sa trajectoire et ne pas

être heurté par le véhicule, il se retrouvait jambes fléchies et en position instable sur le trottoir.

Au vu de la mesure de reconstitution, il est établi que si le gendarme Y...était resté sans réaction et ne s'était pas jeté sur le côté gauche de la chaussée afin de rejoindre finalement le trottoir, il aurait été heurté par le véhicule conduit par M. C..., celui-ci étant, ainsi que cela a été précédemment souligné, déterminé à franchir le barrage.

Le gendarme Y..., qui avait pu entendre le choc et la détonation du fusil à pompes et qui voyait le véhicule opérer un changement de direction vers lui et vers le trottoir, était dès lors en état de légitime défense, son intégrité physique étant directement et immédiatement menacée comme pouvait l'être celle de ses collègues se trouvant sur le trottoir aussitôt derrière lui.

1303. L'appréciation de la légitime défense doit se faire au regard de la réalité du danger et de sa perception, de telle sorte que le gendarme Y...pouvait raisonnablement croire, au moment des deux actions de tirs, que son intégrité physique était en danger et que seule la décision de tirer volontairement sur le véhicule en mouvement pour arrêter ou contrer sa progression était susceptible de le protéger.

Cette action de légitime défense est confortée par l'expert en balistique qui conclut au fait que lors du premier tir, le gendarme Y...se trouvait sur la droite de l'avant du véhicule, dans une zone comprise entre un et deux mètres environ, la zone de tir apparaissant à l'expert compatible avec un mouvement d'esquive de sa part, alors qu'il cherchait à éviter la trajectoire du véhicule en montant sur le trottoir et que les deux tirs étaient effectués en moins d'une seconde, l'impact du second tir à hauteur de la portière du passager avant démontrant aussi l'accélération et la vitesse du véhicule au moment du tir de riposte du gendarme Y...

L'information a en effet établi que le second tir était intervenu immédiatement après le premier conformément aux règles d'usage des armes enseignées dans les écoles de gendarmerie lors d'un tir dit de riposte et qu'il était ainsi, au regard des circonstances de temps et de lieu, exclusif d'une volonté d'atteindre le ou les passagers du véhicule, l'action du second tir étant décidée au moment du premier tir et avant que le véhicule ne passe à hauteur du gendarme Y...

Sentant son intégrité physique directement menacé alors que le véhicule forçait le barrage, le gendarme Y...a effectué les deux tirs en les limitant à la nécessité de sa défense et à celle de ses collègues alors que son arme contenait plusieurs autres cartouches. Son acte qui visait principalement sa défense et l'immobilisation du véhicule, n'apparaît ainsi nullement disproportionné face au péril imminent auquel il a, dû faire face.

Dans le contexte de sa mission et des instructions reçues, l'usage de l'arme et les tirs effectués par le gendarme Y...étaient au surplus autorisés au regard des dispositions de l'article L.

2338-3 du code de la défense alors que les militaires de la Gendarmerie étaient engagés dans une action d'interpellation d'une personne poursuivie pour des faits criminels et que plusieurs infractions graves venaient d'être commises, les tirs du gendarme Y...ne visant en fait que le véhicule automobile et étant également limités aux nécessités de la procédure et proportionnés à la gravité du refus d'obtempérer.

La décision de non-lieu prise à l'égard du gendarme Y...par les premiers juges doit alors être confirmée. Le mis en examen devait bénéficier de la cause d'irresponsabilité pénale, prévue à l'article 122-4, alinéa 1, du code pénal, résultant de l'application de l'article L. 2338-3 du code de la défense, dès lors qu'il a été établi, qu'en raison des circonstances de l'espèce, l'usage de son arme de service par le gendarme était absolument nécessaire pour contraindre le conducteur du véhicule, qui avait commis des infractions graves et refusé, à plusieurs reprises, d'obtempérer aux ordres d'arrêt des gendarmes dans des circonstances dangereuses pour leur sécurité.

1304. Causes d'irresponsabilité ou d'atténuation : l'examen de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour dire qu'un gendarme était autorisé à faire usage de son arme par l'article 174 du décret du 20 mai 1903, qui n'est pas contraire à l'article 2.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juges doivent rechercher si cet usage était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce¹⁰⁴⁰. Les consorts X... concluent à l'inapplication des dispositions de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 et de l'article 122-4 du Code pénal, comme étant incompatibles avec l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aux termes de l'article 122-4 du Code pénal, n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires.

Aux termes de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, les gendarmes peuvent déployer la force armée lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt.

1305. En l'espèce s'il n'existe pas de témoignage confirmant les affirmations du gendarme Z... suivant lesquelles à plusieurs reprises Romuald X... s'est déporté avec son véhicule ou a ouvert sa portière pour l'empêcher de le dépasser ou le faire chuter, aucun élément ne permet de les mettre en doute, le comportement et la personnalité de Romuald X..., tels que décrit ci-dessus étant, au contraire, de nature à les accréditer, étant précisé, au surplus, que le récit constant de l'ensemble

¹⁰⁴⁰ **Cour de Cassation, Chambre criminelle, 18 février 2003, 02-80.095**, publié au *Bulletin criminel* 2003 N° 41 p. 154. **Cassation partielle. M. Cotte, président** ; M. Palisse, conseiller rapporteur ; M. Launay, avocat général.

des faits par le gendarme Z... est en conformité avec les constatations techniques et les témoignages recueillis, et que l'emplacement des débris de verre sur la partie gauche de la chaussée démontre que lors du tir, le véhicule avait dépassé l'axe médian.

Romuald X... a nécessairement entendu la sirène deux tons de la motocyclette du gendarme et les témoins se trouvant au carrefour d'Ozee, comme les derniers témoins, ont tous identifié la scène comme une poursuite. Romuald X... a également nécessairement, au moment où le coup de feu a été tiré, pu voir le gendarme à hauteur de son véhicule qui lui faisait signe de s'arrêter, comme a pu le voir et le comprendre M. A... en se retournant, ce qui correspond en outre aux déclarations du prévenu. Ainsi, au moment du coup de feu, Romuald X..., qui avait fait demi-tour à la vue des gendarmes, ne pouvait ignorer qu'il était poursuivi depuis environ six kilomètres par un motard de la gendarmerie qui lui intimait l'ordre de s'arrêter. Le prévenu s'est donc trouvé dans la situation où un automobiliste n'obtempère pas à un ordre d'arrêt au sens de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, c'est-à-dire dans les conditions où il est autorisé à faire usage de son arme de service.

Certes la conduite d'une motocyclette d'une seule main, à une vitesse pouvant dépasser les 90 kilomètres heure, tout en tenant une arme de l'autre en direction d'un automobiliste roulant de front, constitue un fait dangereux, au moins imprudent, où la moindre crispation, le moindre écart, le moindre choc de l'arme avec le véhicule (hypothèse la plus vraisemblable émise par l'expert en balistique), peut entraîner le départ de coup de feu de façon prématurée et donc involontaire.

1306. Cependant la clause d'irresponsabilité pénale prévue par les textes susvisés s'entend aux fautes involontaires commises au cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement. En conséquence c'est à bon droit que le tribunal a relaxé le prévenu en application de l'article 122-4 du Code pénal et de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, et le jugement sera donc confirmé.

1307. Mais, la Cour de cassation précisa que Romuald X..., qui conduisait un véhicule sans être assuré, a fait demi-tour à la vue de deux gendarmes motocyclistes. Après une poursuite mouvementée, l'un des deux gendarmes, Christophe Z..., est parvenu à se porter à la hauteur de la portière gauche du véhicule et que, dirigeant d'une main la motocyclette, il a brandi avec l'autre son pistolet en direction du fuyard pour le contraindre à s'arrêter. Le coup étant parti, Romuald X..., atteint au thorax, a été tué.

Pour renvoyer Christophe Z... des fins de la poursuite exercée contre lui du chef d'homicide involontaire, les juges d'appel retiennent que, confronté à un automobiliste refusant de s'arrêter, le prévenu était autorisé par l'article 174 du décret du 20 mai 1903 à faire usage de son arme de

service. En se déterminant ainsi, sans rechercher si cet usage était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Aussi, la juridiction judiciaire suprême casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Caen, en date du 19 octobre 2001. Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée, renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Rouen.

1308. Tuer accidentellement un collègue au cours de l'opération de police judiciaire : l'examen de la responsabilité pénale du fonctionnaire de police. Cour de Cassation, Chambre criminelle, 26 février 2003, 02-88.217, inédit ; non publié au bulletin ; rejet ; irrecevabilité ; M. COTTE, président¹⁰⁴¹.

L'auteur du pourvoi se fondait sur la violation de l'article 122-5 du Code pénal pour contester l'arrêt attaqué, confirmant l'ordonnance du 21 juin 2002, laquelle a dit n'y avoir lieu à supplément d'information et n'a pas procédé à la mise en examen de Didier A..., Fonctionnaire de la police nationale, qui a fait usage de son arme de service et a mortellement blessé son collègue Stéphane Z...

L'auteur du pourvoi soutient que Stéphane Z... n'avait pu être atteint que par le premier tir. En effet, suite à celui-ci, Robert X... avait démarré brutalement. La progression du véhicule avait alors fait pivoter Stéphane Z... avant de l'éjecter. Dans ces conditions, dès que le véhicule avait avancé, Stéphane Z... ne se trouvait plus en position permettant au projectile de l'atteindre au niveau de la partie gauche du crâne. Il fallait donc un tir transfixiant le pare-brise et orienté de la droite vers la gauche de la voiture, imposant un tireur légèrement à droite de l'axe médian de la 605.

Didier A... n'avait été en position d'atteindre son camarade que lors du premier tir alors qu'il était encore debout en train d'être soulevé par la voiture. En outre, Didier A... a présenté les blessures suivantes : une contusion bénigne de la cheville gauche, un traumatisme du membre inférieur droit associant une fracture de la rotule droite, une contusion de la cuisse droite et une fracture arrachement de l'extrémité supérieure de la tête, une fracture avec enfoncement du corps vertébral de la première lombaire. Ces lésions correspondaient à un impact direct des structures de carrosserie au niveau du membre inférieur droit et démontraient que ce policier n'avait pas sauté mais avait été chargé sur le capot de celui-ci. La version de Didier A... légèrement corrigée par les autres fonctionnaires de police, était parfaitement compatible avec les éléments objectifs rassemblés.

1309. En l'espèce, Didier A..., en danger de mort, n'avait d'autre moyen pour arrêter le démarrage de la 605 que d'ouvrir le feu et a donc agi dans les conditions prévues par l'article 122-5 du Code

¹⁰⁴¹ Source : Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

pénal. C'est donc à juste titre et en l'absence d'indices au sens de l'article 80-1 du Code de procédure pénale que le juge d'instruction n'a pas procédé à sa mise en examen.

1310. Dans l'un de ses moyens de pourvoi en cassation, l'auteur du pourvoi argumente que la légitime défense exonère pénalement celui qui a commis une infraction afin de se défendre contre une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui. L'admission de la légitime défense postule l'existence d'une infraction pénalement répréhensible.

En reconnaissant à Didier A... le bénéfice de la légitime défense tout en considérant qu'il n'avait pas participé à la commission des infractions dont était saisie la juridiction d'instruction, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'un défaut de motifs certains.

De plus, la légitime défense implique que l'agression soit réelle. Ne constitue pas une menace réelle, justifiant une riposte, celui qui fuit pour échapper à la police. En l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué qu'au moment où Didier A... a tiré le coup de feu qui a mortellement blessé son collègue, Stéphane Z..., Robert X... tentait de s'enfuir. En jugeant néanmoins que Didier A... s'était trouvé "en danger de mort" et avait agi en état de légitime défense, sans expliquer en quoi le fuyard représentait une réelle menace, la chambre de l'instruction n'a pas donné de motifs suffisants à sa décision.

1311. Les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de Cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile appelante, a exposé les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu de mettre Didier A... en examen, ni d'ordonner un supplément d'information. De plus, l'arrêt attaqué a prononcé la mise en accusation de Robert X... du chef de tentative d'homicide volontaire sur un fonctionnaire de la police nationale dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Celui-ci forma pourvoi devant la Cour de Cassation en prétendant que l'intention homicide est par définition exclue lorsque l'auteur prétendu du crime d'homicide volontaire a agi en état de légitime défense.

En l'absence de toute violence préalable envers lui de la part de Robert X..., Didier A... a tiré avec son arme de poing en direction de celui-ci, n'atteignant que par accident son collègue policier à la suite de quoi seulement, Robert X... a fait démarrer en première son véhicule dans la direction de son agresseur (ce qui constituait une défense nécessairement proportionnée à l'attaque dont il était l'objet).

En outre, la manœuvre qu'a effectuée avec son véhicule Robert X... en direction du policier qui se trouvait à l'avant de celui-ci a précédé et non suivi le coup de feu de ce dernier, ne permet pas de caractériser l'existence de l'élément intentionnel du crime de tentative d'homicide volontaire. Par

ailleurs, la circonstance aggravante du crime d'homicide volontaire visée à l'article 222-8-4 du Code pénal et tirée de la qualité de la victime suppose, pour être retenue, que cette qualité ait été apparente ou connue de l'auteur.

S'il résulte clairement des énonciations de l'arrêt que les policiers, qui sont intervenus au péage de Roquemaure en civil et dans une voiture banalisée, n'étaient pas porteurs de leur brassard professionnel, il résulte en revanche des pièces de la procédure, expressément invoquées par Robert X..., que les déclarations des policiers confirmant celles de Didier A..., selon lesquelles ce dernier aurait fait précéder ces injonctions adressées à Robert X... du mot "police" en hurlant, étaient démenties, d'une part, par la péagère, Monique B..., se trouvant environ à trois mètres du véhicule de Robert X..., d'après laquelle il n'y avait eu aucune déclaration des policiers en ce sens, d'autre part, par Bernard C..., conducteur du fourgon Mercedes, véhicule précédant celui de Robert X... arrêté au péage qui n'a pas réalisé que l'individu qui était devant lui était un policier, enfin par Christian C..., conducteur du véhicule suivant immédiatement celui de Robert X..., qui a seulement entendu « bouge pas, fais pas le con » à l'exclusion du mot « police ».

1312. En omettant de s'expliquer sur ces importantes contradictions et en affirmant, d'une part, que de manière générale les déclarations des policiers étaient "à peu près" corroborées par les autres témoins de la scène et, d'autre part, que sur ce point particulier, les déclarations des policiers étaient confirmées par Monique B..., contredisant les déclarations de cette dernière, l'arrêt attaqué a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé.

L'arrêt attaqué a prononcé la mise en accusation de Robert X... du chef de coups mortels sur un fonctionnaire de la police nationale dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions alors que le crime de coups mortels suppose nécessairement pour être constitué que l'auteur ait commis des violences volontaires à l'encontre de la victime et que la chambre de l'instruction, qui a constaté que la victime, Stéphane D... avait été atteint par un coup de feu tiré, non par l'auteur prétendu des coups mortels, Robert X..., mais par un policier, Didier A..., ayant très précisément tiré en direction du demandeur et n'ayant atteint que par accident la victime ne pouvait, sans priver sa décision de base légale au regard des articles 121-3 et 222-7 du Code pénal, mettre en accusation Robert X... pour coups mortels.

1313. L'action de Robert X... aurait joué un rôle causal dans la mort de Stéphane D..., dès lors que le coup de feu du policier, Didier A..., l'avait atteint, trouvait sa justification dans la réaction de ce dernier à la manœuvre - elle-même constitutive de tentative d'homicide volontaire sur sa personne - effectuée avec son véhicule par Robert X... et ayant consisté, selon le policier, à avoir passé la première et à l'avoir percuté de face le projetant sur le capot de la 605. En effet, cette thèse, abstraction même du fait qu'elle permet, en violation des articles 121-3 et 222-7 du Code pénal, de

retenir la responsabilité pénale d'une personne qui n'a exercé aucune violence volontaire à l'encontre de la victime, est formellement démentie, d'une part, par les constatations de l'arrêt d'où il résulte que Robert X... n'a démarré brutalement qu'après que Didier A... ait tiré, atteignant mortellement Stéphane D... au lieu de l'atteindre, d'autre part, par les déclarations claires et précises de Bernard C... invoquées par le demandeur dans ses conclusions, de ce chef délaissées, d'où il résulte que le coup de feu du policier a précédé et non suivi la manoeuvre prétendument constitutive de tentative d'homicide volontaire sur sa personne effectuée par Robert X... avec son véhicule".

La Cour de Cassation fut en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir exposé les faits, a relevé l'existence de charges qu'elle a estimées suffisantes contre Robert X... pour ordonner son renvoi devant la cour d'assises sous l'accusation de tentative de meurtre aggravé, violences mortelles aggravées et violences aggravées.

b) L'examen de la légitime défense par le Tribunal fédéral suisse : l'examen précis de la condition de la proportionnalité¹⁰⁴².

1314. Par jugement du 1er juin 2012, la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis les appels formés par X. et A. contre un jugement du 1er décembre 2011 du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Côte. Elle a considéré que X. s'était rendu coupable de lésions corporelles graves par négligence, l'a libéré de l'accusation de mise en danger de la vie d'autrui et l'a condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, à 50 francs le jour, et a suspendu l'exécution de la peine pour une durée de deux ans.

Aux termes de ce même jugement, la cour cantonale a reconnu A. coupable de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, à l'encontre du policier X., contravention à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (loi sur les stupéfiants, LStup; RS 812.121), conduite en état d'incapacité et infraction à l'ordonnance fédérale sur les règles de la circulation routière. Ce jugement se fonde sur les principaux éléments de fait suivants.

1315. Le 10 décembre 2008, vers 15h20, à Gland, A., encore sous l'influence du cannabis consommé la veille au soir, a décidé de remorquer avec sa voiture celle de son ami B. jusqu'à une station service située à quelque 900 mètres. Le policier X. était quant à lui au volant d'une voiture de

¹⁰⁴² Tribunal fédéral [Cour de droit pénal], 12 avril 2013, « X., recourant, contre Ministère public central du canton de Vaud et A. », 6B_549/2012.

police banalisée, cherchant un endroit où installer un appareil radar.

Dans un giratoire, X., qui n'avait pas vu que le véhicule conduit par A. tractait une voiture, a laissé passer la première et a été surpris que la seconde lui coupe la route. Il a freiné, donné un coup de klaxon et levé les bras au ciel. B. a répondu par un geste perçu par X. comme un doigt d'honneur. Celui-ci a alors décidé de procéder à l'interpellation de ce conducteur. Il s'est porté à la hauteur de B., qui lui a adressé un nouveau doigt d'honneur. X. s'est aperçu à ce moment que le second véhicule était tracté et il s'est rangé derrière lui.

Arrivés à la station-service, les trois véhicules se sont arrêtés le long d'un bâtiment. X. est sorti précipitamment de sa voiture afin de faire constater aux deux automobilistes la non-conformité du câble de remorquage et pour leur faire la leçon. Il a d'abord croisé B., à qui il a demandé ses papiers, et a poursuivi son chemin en direction de A.

Celui-ci a agressé verbalement X., a proféré des menaces de mort à son encontre et l'a poussé à l'épaule gauche, à l'endroit où se trouvait son badge de police. X. a repoussé le jeune homme avec son bras gauche et mis sa main droite sur la crosse de son pistolet. A. lui a alors asséné une série de coups de poing à la tête. X. l'a repoussé aux épaules, a reculé de deux pas et a sorti son pistolet, l'index tendu sur le canon de l'arme, pour le diriger vers les jambes de son agresseur, en lui intimant l'ordre de se calmer. Au vu de l'état d'excitation de son adversaire, qui fustigeait son comportement, il a rengainé son arme pour tenter de calmer la situation. Ce geste a été immédiatement suivi par une nouvelle série de coups de poing de A., au cours de laquelle les lunettes de X. se sont brisées. X. a répondu en faisant usage de son spray au poivre.

Incommodé, les yeux le brûlant, A. est parti en courant vers le fond de la cour, heurtant les rétroviseurs de plusieurs véhicules stationnés. X. l'a rattrapé et l'a saisi aux épaules dans l'intention de le mettre à terre pour l'immobiliser et lui passer les menottes. A. lui a toutefois derechef asséné plusieurs coups de poing, puis a ramassé une demi-palette qui se trouvait au sol, s'est relevé et a frappé le policier à la tête avec cet objet, coup que celui-ci a partiellement paré avec la main gauche. Ayant peur, X. a reculé de deux pas, soit une distance d'environ un mètre, a sorti son pistolet et l'a pointé vers le sol, devant lui, dans l'intervalle le séparant de A., le doigt sur la détente, dans l'intention d'effectuer un tir de semonce et a crié "stop".

Simultanément, A. est revenu à la charge et au moment où ils étaient en contact, un coup de feu est parti. Le projectile a heurté l'angle inférieur gauche de la boucle métallique de la ceinture de A., qui s'est brisé. Deux fragments de balle se sont logés, selon une trajectoire oblique de l'intérieur vers l'extérieur, dans la région inguinale du jeune homme à, respectivement, 12 et 5,5 centimètres de profondeur.

1316. Il ressort de l'examen clinique effectué le 24 décembre 2008 que A. présentait, en sus des plaies dues à la balle, trois dermabrasions superficielles en voie de cicatrisation au niveau du rebord orbitaire supérieur droit et de l'arête nasale. X. a quant à lui présenté, lors de l'examen clinique du 12 décembre 2008, des dermabrasions et des ecchymoses au niveau du cuir chevelu, du visage, des membres supérieurs et du thorax.

1317. X. forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre le jugement du 1er juin 2012. Il conclut à ce qu'il soit libéré de toute infraction. Invités à se déterminer sur le recours, le Ministère public et A. ont conclu à son rejet. Ce dernier sollicite en outre l'assistance judiciaire. La cour cantonale s'est référée aux considérants de sa décision.

1318. En droit, le recourant invoque une violation de l'article 15 CP. Il soutient qu'il a intentionnellement tiré un coup de semonce afin d'arrêter son agresseur. Par ce coup, il entendait stopper celui-ci et donc se défendre face aux coups qu'il avait reçus et qu'il allait encore recevoir s'il ne faisait rien. On ne comprenait pas pourquoi il aurait tiré si ce n'était pour arrêter son agresseur, étant rappelé qu'il avait déjà essayé de le neutraliser au moyen de son spray au poivre et en tentant de lui passer les menottes. Le Ministère public et l'intimé considèrent pour leur part, en substance, que le recours à une arme constituait un moyen de défense disproportionné.

1319. La cour cantonale a considéré que le recourant reconnaissait lui-même que l'intimé avait été blessé parce qu'il s'était jeté sur lui au moment où il avait effectué le tir de semonce. Il s'en suivait que ce dernier avait été blessé accidentellement. Le recourant n'avait donc pas voulu utiliser son arme pour se défendre, mais pour tirer un coup de semonce, qui avait raté. Il n'avait pas causé les lésions corporelles en état de légitime défense. Selon l'art. 15 CP, quiconque, de manière contraire au droit, est attaqué ou menacé d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances ; le même droit appartient aux tiers. La légitime défense suppose une attaque, c'est-à-dire un comportement visant à porter atteinte à un bien juridiquement protégé, ou la menace d'une attaque, soit le risque que l'atteinte se réalise. Il doit s'agir d'une attaque actuelle ou à tout le moins imminente, ce qui implique que l'atteinte soit effective ou qu'elle menace de se produire incessamment¹⁰⁴³. Un policier peut invoquer, comme tout autre citoyen, le droit à la légitime défense (ATF 121 IV 207 consid. 2a p. 212).

1320. D'un point de vue subjectif, la légitime défense implique que l'auteur agisse dans le but de se défendre contre une attaque. Ainsi, celui qui blesse quelqu'un avec un couteau qui n'était pas dirigé volontairement contre cette personne dans un but de défense, mais qui la blesse accidentellement

¹⁰⁴³ ATF 106 IV 12 consid. 2a p. 14; 104 IV 232 consid. c p. 236 s.; arrêt 6B_632/2011 du 19 mars 2012 consid. 2.1.

parce qu'elle s'est jetée contre cette arme, ne peut invoquer la légitime défense (ATF 104 IV 1 consid. b p. 2).

Il n'est cependant pas nécessaire que celui qui se défend soit conscient du résultat de ses actes de défense et le veuille. Souvent, la personne se défend en le sachant et en le voulant, mais sans avoir la volonté de porter atteinte au bien juridique d'autrui. Il serait choquant, et absurde, de ne pas la mettre au bénéfice de la légitime défense lorsqu'elle a blessé ou tué son attaquant, alors qu'elle devrait être libérée si elle avait voulu que le même geste de défense cause une blessure ou la mort.

La légitime défense n'est ainsi pas limitée aux infractions intentionnelles, mais elle doit également être admise en cas d'infraction par négligence (ATF 104 IV 1 consid. a. p. 1 s.; 79 IV 148 consid. 1 p. 151).

1321. Le Tribunal fédéral a admis la légitime défense de celui qui avait tiré un premier coup d'avertissement avec un pistolet contre le sol, un deuxième, de nouveau au sol, après avoir été saisi à la gorge par son agresseur, puis un troisième, tiré involontairement, alors qu'il avait roulé au sol avec ce dernier, qui a été atteint mortellement (ATF 79 IV 148).

1322. En l'espèce, l'intimé a donné plusieurs coups de poing au recourant, l'a frappé à la tête avec une demi-palette et revenait à la charge. Le recourant faisait ainsi l'objet d'une attaque actuelle.

L'intimé a été blessé accidentellement par le coup de feu tiré par le recourant. La cour cantonale en a déduit que ce dernier n'avait dès lors pas agi en état de légitime défense. Cette circonstance n'est cependant pas pertinente. Il convient en effet de distinguer la volonté de blesser et la volonté de se défendre.

Si le recourant n'a pas cherché à blesser l'intimé, il a eu en revanche la volonté de faire feu puisque la cour cantonale a constaté que le coup de pistolet n'avait pas été tiré accidentellement. La présente cause se distingue ainsi du cas précité de celui qui tient un couteau à la main, sans aucune volonté de défense, sur lequel un tiers vient se jeter.

On ne voit pas, sur la base des faits constatés (art. 105 al. 1 LTF), quel autre but aurait pu avoir le coup tiré par le recourant, accompagné du cri "stop", si ce n'est celui de tenter de dissuader l'intimé de le frapper à nouveau, et donc de se défendre, après que celui-ci lui eut donné plusieurs coups de poing, puis frappé à la tête avec une demi-palette. Il doit donc être admis que le coup de semonce, tiré volontairement par le recourant, constitue un acte de légitime défense, même si le recourant n'avait pas la volonté de blesser l'intimé. Dès lors, en considérant que le recourant n'avait pas agi en état de légitime défense, la cour cantonale a violé le droit fédéral.

1323. L'art. 23 ch. 1 du règlement vaudois d'application de la loi sur la police cantonale (RLPol;

RS/VD 133.11.1) autorise l'usage de l'arme lorsque la police est attaquée ou menacée d'une attaque imminente. Dans son principe, un tel usage était donc admissible selon les règles en matière de police. Reste cependant à examiner s'il était proportionné.

Conformément à la jurisprudence, pour déterminer si les moyens utilisés étaient proportionnés, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la gravité de l'attaque, les biens juridiques menacés par celle-ci respectivement par les moyens de défense, la nature de ces derniers ainsi que l'usage concret qui en a été fait.

La proportionnalité des moyens de défense est à déterminer en regard de la situation de celui qui cherche à repousser l'attaque illégale au moment où il agit. Il faut éviter de se livrer a posteriori à des raisonnements trop subtils pour déterminer s'il n'aurait pas été possible d'avoir recours à des moyens différents, moins dommageables (ATF 136 IV 49 consid. 3.2 p. 51). Celui qui utilise pour se défendre un objet dangereux, tel qu'un couteau ou une arme à feu, doit faire preuve d'une retenue particulière car sa mise en oeuvre implique toujours le danger de lésions corporelles graves ou même mortelles. On ne peut alors considérer la défense comme proportionnée que s'il n'était pas possible de repousser l'attaque avec des moyens moins dangereux, si l'auteur de l'attaque a le cas échéant reçu une sommation et si la personne attaquée n'a utilisé l'instrument dangereux qu'après avoir pris les mesures nécessaires pour éviter un préjudice excessif (ATF 136 IV 49 consid. 3.3 p. 52).

Le recourant avait préalablement usé de moyens de défense moins dangereux que son arme à feu pour tenter de stopper les attaques de l'intimé. Il a en effet d'abord repoussé celui-ci du bras, puis après avoir reçu plusieurs coups de poing, il a utilisé son spray au poivre. Ce n'est qu'après que l'inefficacité de ces différents moyens a été avérée, alors que l'intimé poursuivait ses attaques, menaçant directement l'intégrité physique du recourant, que celui-ci a sorti son pistolet. Le recourant a pointé son arme vers le sol, dans l'intervalle qui le séparait de l'intimé, pour tirer un coup de semonce afin d'intimider ce dernier et le dissuader de se jeter à nouveau sur lui. Un tel coup n'est pas destiné à blesser l'adversaire. Il n'est pas en lui-même de nature à porter atteinte à son intégrité corporelle et il est, en ce sens, moins dommageable qu'un coup de poing au visage, par exemple (cf. ATF 79 IV 148 consid. 4 p. 155).

En outre, celui qui commet une infraction par négligence peut se prévaloir du fait qu'il se trouvait en état de légitime défense. L'imprévoyance coupable dont la cour cantonale a considéré que le recourant avait fait preuve en ne dirigeant pas son arme de côté ou en l'air ne suffit donc pas à exclure que la défense était proportionnée, étant rappelé qu'il n'y a pas lieu en la matière de procéder, a posteriori, à une analyse trop fine pour déterminer si le recourant aurait pu agir différemment.

Il doit dès lors être admis, en définitive, que la cour cantonale a violé le droit fédéral en considérant que l'art. 15 CP n'était pas applicable. Le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale afin qu'elle acquitte le recourant de l'infraction de lésions corporelles graves par négligence dont elle l'a reconnu coupable.

Conclusion du Titre deuxième

1324. La force publique, qui constitue le service public du bonheur public, exerce ses missions de police judiciaire, lesquelles tendent à la recherche et à l'arrestation des auteurs d'infractions. Exerçant le monopole de la violence physique légitime pour accomplir les missions primordiales que la société lui assigne, la force publique peut être amenée à recourir à la force pour contraindre les personnes, qui ont violé le contrat social. Ainsi, la force publique garantit aux membres de la communauté humaine la jouissance pleine et entière de leurs droits et libertés. Agissant dans le cadre de l'État de droit et des valeurs de la société démocratique, les membres de la force publique doivent agir à l'aune du principe primordial de proportionnalité afin de ne pas porter une atteinte funeste aux personnes appréhendées.

1325. Eu égard à la valeur suprême du droit à la vie, le recours à la force publique meurtrière doit être « absolument nécessaire et proportionné » comme le prévoit la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En France, l'instauration du principe de responsabilité de la force publique constitua une source de limitation effective des atteintes au droit la vie qu'il convient de souligner. En outre, le droit à la vie revêt une si grande importance que la puissance publique peut voir sa responsabilité en raison de l'utilisation des armes à feu par la force publique, engagée sur le terrain de la responsabilité administrative ; et, sur le terrain pénal. Cette dualité de contrôle sert les droits des victimes de l'opération de police.

1326. Les atteintes au droit à la vie constituent les atteintes les plus graves que la force publique puisse infliger à un être humain. Aussi, l'encadrement *a posteriori* doit être le plus développé afin de garantir le droit à la vie des personnes ou en cas de décès occasionné par la force publique en vue de faire la lumière sur les circonstances de la mort. À cet effet, la France serait bien inspirée de prendre comme modèle le Canada qui a institué un contrôle non juridictionnel *a posteriori* remarquable : la Commission des plaintes du public contre la gendarmerie royale du Canada. En dernier lieu, il convient de souligner que la force publique agit dans le cadre du droit commun de légitime défense.

Conclusion de la Deuxième partie

1327. À la lumière de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, la force publique constitue le service public du bonheur public. En vue d'accomplir ce but éminent dans le cadre des sociétés humaines, l'action de la force publique doit être encadrée. Autrement dit, la force publique peut constituer de manière potentielle une source d'atteinte aux droits et libertés qu'elle doit protéger. Le droit à la vie est un droit intangible qui revêt une valeur suprême. Pour que la force publique soit le ciel étatique au service du soleil des libertés, la contrainte qu'elle exerce doit s'opérer à l'aune du principe cardinal de proportionnalité. Ainsi, les atteintes potentielles de la force publique à l'égard de l'intégrité de la personne, s'en trouvent réduites.

1328. La force publique exerçant le monopole de la violence physique légitime peut recourir à la force. Dans cette matière, l'intégrité personnelle de l'être humain qui subit la contrainte doit être protégée de la meilleure manière. Aussi, il sera nécessaire que la force publique respecte le principe primordial qu'est le principe de proportionnalité ; en fonction du droit considéré (droit à l'intégrité physique ou droit à la vie), la jurisprudence en exerçant son contrôle est venue préciser la notion de proportionnalité. Faisant œuvre de protection des droits et libertés, le juge judiciaire français a ainsi prévu que le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique ne pouvait être que « strictement et nécessairement proportionné »¹⁰⁴⁴. Palladium des droits et libertés sur le continent européen, la Cour européenne des droits de l'Homme précise que le recours à la force publique meurtrière ne peut être qu' « absolument nécessaire et proportionné ».

De cette manière, l'action de la force publique s'inscrit dans le cadre démocratique des droits de l'homme. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France est ici un encadrement juridique *a posteriori*. Et, il faut ajouter pour ce qui concerne cet encadrement juridique *a posteriori* que celui-ci peut être étoffé grâce à l'instauration d'un contrôle non juridictionnel opéré par des autorités administratives indépendantes lesquelles font briller les droits et libertés par leur contrôle remarquable de l'action de la force publique.

¹⁰⁴⁴ Sur le rôle fondamental que joue le juge au sein des sociétés humaines, il convient de viser la pensée nourissante de John LOCKE. « La privation d'un commun Juge, revêtu d'autorité, met tous les hommes dans l'état de nature : et la violence injuste et soudaine, dans le cas qui vient d'être marqué, produit l'état de guerre, soit qu'il y ait, ou qu'il n'y ait point de commun juge ». LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), § 19. Nous nous fonderons sur le texte du *Traité du gouvernement civil* de la 5ème édition de Londres ; voir LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), Flammarion, collection « Garnier-Flammarion/Philosophie », 2^{ème} édition, 1999, 381 p.

Conclusion générale

1329. L'action de la force publique vise au bonheur public, à savoir l'exercice plein et entier des droits et libertés consacrés et reconnus au sein de l'ordonnement juridique de l'État. La force publique veille donc à remplir des missions primordiales pour toute société humaine, à savoir la préservation de la paix publique, l'établissement ou le rétablissement de l'ordre public, la constatation et la recherche des auteurs d'infractions, lesquelles constituent une violation du contrat social et partant de la fraternité.

1330. La force publique peut être amenée à recourir à la contrainte en vue d'accomplir ses missions cardinales. Cet emploi de la contrainte doit obéir à des standards démocratiques afin de respecter les droits et libertés, y compris les droits des personnes qui se sont rendues coupables de ces infractions. Aussi, fut forgé un encadrement tant sur le plan du droit interne de l'État que sur le plan de la protection régionale et internationale des droits de l'homme.

L'action de la force publique en France s'est donc trouvée encadrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. L'encadrement de l'emploi de la contrainte est un encadrement *a priori*, dont la figure constitutionnelle est en France le Conseil constitutionnel.

1331. L'encadrement réside également en un encadrement *a posteriori*. L'office du juge judiciaire et administratif joue ici un rôle majeur en matière de garantie des droits et libertés. L'encadrement *a posteriori* a également été développé par des corps internes d'inspection qui veillent à la déontologie professionnelle (sur le fondement en France de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) ; l'encadrement *a posteriori* fut également étoffé par l'institution d'autorités administratives indépendantes, lesquelles peuvent jouer un rôle particulièrement fructueux. L'action de la force publique fait donc l'objet d'un encadrement fourni, encadrement qui tend ainsi au mieux à garantir le respect des droits et libertés de tout être humain.

1332. À la lumière de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, la force publique est le service public du bonheur public, à savoir qu'elle garantit à tout être humain la jouissance pleine et entière de ses droits et libertés. Le constituant TARGET déterminait le concept de

bonheur public comme étant « l'exercice plein, entier et libre de tous les droits.»¹⁰⁴⁵ Le bonheur public constitue ainsi la véritable fin de tout gouvernement. La volonté des Pères de la Déclaration, monument juridique coruscant qui rayonne dans l'ordonnement juridique français était de confier à la force publique la garantie des droits de l'Homme et du citoyen. Et, il convenait d'examiner comment la force publique devait agir pour servir les droits et libertés des êtres humains qui vivent au sein de la société humaine. Aussi, il convenait de se poser la question : « De quelle manière la force publique est-elle la garante des droits de l'homme et du citoyen ? ». La force publique constitue donc le service public du bonheur public si et seulement si son action qui réside dans la contrainte est encadrée. Pour que la force publique soit le ciel étatique au service du soleil des libertés, la contrainte qu'elle exerce doit s'opérer à l'aune de deux principes cardinaux, lesquels régissent l'action de la force publique au regard des droits et libertés considérés. La contrainte employée par la force publique s'exerce à l'égard des droits et libertés de chaque être humain vivant en société. À cet égard, il convenait d'étudier l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte opérée par la force publique au regard des libertés individuelles, lesquelles concernent la liberté d'aller et de venir et le droit de propriété. À cette fin, le principe d'action réside dans une conciliation nécessaire entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; cette conciliation incombe au législateur. La force publique agit donc à l'aune du principe de légalité. Mais, cela ne suffit pas et encore faut-il bien préciser que pour atteindre ce but fondamental, la force publique doit agir à l'aune du principe de légalité, lequel est l'œuvre du Législateur qui doit respecter lui-même les Droits de l'Homme, comme le proclamait en 1789, le constituant Malouet, les droits de l'homme et du citoyen « sont tout à la fois la lumière et la fin du législateur : car les lois ne sont que le résultat et l'expression des droits et des devoirs naturels, civils et politiques»¹⁰⁴⁶.

1333. En outre, la force publique exerçant le monopole de la violence physique légitime peut recourir à la force. Dans cette matière, l'intégrité personnelle de l'être humain qui subit la contrainte doit être protégée de la meilleure manière. Aussi, il sera nécessaire que la force publique respecte strictement le principe primordial qu'est le principe de proportionnalité. Pour que la force publique soit le ciel étatique au service du soleil des libertés, elle ne peut recourir à la force qu'en suivant le principe cardinal de proportionnalité. Ainsi, les atteintes potentielles de la force publique à l'égard de l'intégrité de la personne, s'en trouvent réduites. Aussi, il sera nécessaire que la force publique proportionne son recours à la force en fonction du droit considéré ; en ce qui concerne le droit à

¹⁰⁴⁵ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, 1er août 1789, p. 320.

¹⁰⁴⁶ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1er août 1789, voir les pages 322-323. Voir, Introduction, p. 8.

l'intégrité physique, le juge judiciaire français a ainsi prévu que le recours à la force ne pouvait être que « strictement et nécessairement proportionné »¹⁰⁴⁷. Et, s'agissant du droit à la vie, la Cour européenne des droits de l'Homme précise que le recours à la force publique meurtrière ne peut être qu' « absolument nécessaire et proportionné ». De cette manière, l'action de la force publique s'inscrit dans le cadre démocratique des droits de l'homme.

1334. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France constitue donc une orchestration qui permet que la symphonie des droits de l'Homme retentisse dans la patrie des droits de l'homme. L'eurythmie de cette symphonie doit être sans cesse améliorée par l'État, lequel pourra se fonder sur les exemples que représentent les démocraties anglo-saxonnes. En effet, une certaine mentalité contemptrice à l'égard de la force publique sévit en France où la force publique ne reçoit pas le respect et la considération qu'elle est en droit d'attendre de la part d'une partie de la population. Cette situation n'est pas nouvelle ; déjà à la fin du XIXe siècle, le préfet Louis Lépine tenta de faire aimer la police. Il instaura une plus grande sélection pour ce qui concerne l'intégration à la force publique. La nécessité de donner aux nouveaux gardiens de la paix un minimum de formation professionnelle se fit ressentir à la fin du XIXe siècle. À cet effet, une École pratique de police municipale fut créée par un arrêté en date du 30 juillet 1883¹⁰⁴⁸ pour assurer une meilleure qualité du service public policier. Il convient ici de mettre en lumière que la mauvaise image attachée aux policiers français et qui contrastait déjà avec le respect dont étaient entourés leurs collègues londoniens constitua l'une des causes des difficultés de recrutement de la préfecture de police. Le préfet Louis Lépine souhaitait que ces policiers soient aimés et considérés et pour cela il lui fallut améliorer leur comportement et leur niveau. C'est ce que le préfet explique le 14 décembre 1893 à la deuxième sous-commission du budget du conseil municipal. « Lorsqu'ils connaîtront mieux leurs devoirs professionnels, les gardiens de la paix auront plus d'autorité, ils rendront plus de services et le public parisien, habitué à les considérer comme des agents de la force brutale, se

¹⁰⁴⁷ Sur le rôle fondamental que joue le juge au sein des sociétés humaines, il convient de viser la pensée nourissante de John LOCKE. « La privation d'un commun Juge, revêtu d'autorité, met tous les hommes dans l'état de nature : et la violence injuste et soudaine, dans le cas qui vient d'être marqué, produit l'état de guerre, soit qu'il y ait, ou qu'il n'y ait point de commun juge ». LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), § 19. Nous nous fonderons sur le texte du *Traité du gouvernement civil* de la 5ème édition de Londres ; voir LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), Flammarion, collection « Garnier-Flammarion/Philosophie », 2^{ème} édition, 1999, 381 p.

¹⁰⁴⁸ Cet arrêté était signé conjointement par le chef de la police municipale Caubet et par le préfet Comescaze. Ses locaux qui se résumaient en deux salles de cours et en une salle d'armes étaient situés au deuxième étage de la préfecture, à la caserne de la Cité. La création de cette école montre le souci réel à l'époque d'améliorer le niveau, la formation et la qualification professionnelle des policiers.

réconciliera peu à peu avec la police qui n'assurera pas seulement sa sécurité, mais interviendra pour le protéger et le secourir. »¹⁰⁴⁹

1335. Cette situation est et sera phagédénique pour la société tout entière. Ainsi, l'année 2014 a connu une hausse du nombre de suicides de policiers soit environ un suicide par semaine. Si en France les membres de la force publique qui constituent le service public du bonheur public attendent à leur vie, c'est que la France rencontre un très grave problème. À rebours, la force publique est davantage considérée dans les États anglo-saxons. Et, cela ne relève pas du hasard. En effet, la force publique anglo-saxonne repose sur une philosophie forgée au XIXe siècle par le fondateur de la *Metropolitan Police* de Londres, le ministre de l'Intérieur du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sir Robert PEEL¹⁰⁵⁰. Il convient de mettre en lumière les neuf principes applicables aux personnes chargées de faire respecter la loi, principes forgés par Sir Robert PEEL en 1829.

1336. Le premier principe est que la mission fondamentale pour laquelle la police existe est de prévenir le crime et le désordre. Le deuxième principe est que la capacité de la police à satisfaire à leurs devoirs dépend de l'approbation publique des actions de la police. Le troisième principe énonce que la police doit s'assurer de la pleine coopération du public dans une observation volontaire de la loi en vue d'être capable d'assurer et de maintenir le respect du public. Le quatrième principe vise le degré de coopération du public qui peut être assuré, et diminue de manière proportionnelle la nécessité de l'utilisation de la force physique. Le cinquième principe précise que la police recherche et préserve l'approbation publique non pas en restaurant l'opinion publique mais en démontrant de manière constante et absolue un service impartial de la loi. Le sixième principe vise l'utilisation de la force physique. Ainsi, la police doit user de la force physique selon le degré nécessaire pour l'observation de la loi et pour restaurer l'ordre seulement si l'exercice de la persuasion, du conseil et de l'avertissement s'est avéré être insuffisant. Le septième principe précise que la police, en tout temps, devrait maintenir des rapports avec le public qui donne réalité à la tradition historique que la police est le public et que le public est la police ; la police est composée seulement de membres du public, lesquels sont payés pour donner une attention pleine et entière aux devoirs qui leur incombent, à l'égard de tout citoyen dans les intérêts du bien-être de la communauté et de son

¹⁰⁴⁹ Cité par BERLIÈRE (Jean-Marc), *Naissance de la police moderne*, p. 201

¹⁰⁵⁰ Sir Robert PEEL 2nd Baronet (15 février 1788 [Bury, Lancashire], 02 juillet 1850 [Londres]) devint Ministre de l'Intérieur (« Home Secretary ») en 1822 ; il introduisit une réforme de la procédure criminelle et des prisons. Il fonda en 1829 la « Metropolitan Police ». Il convient ici de mettre en lumière que le surnom « Bobbies » attribué aux policiers britanniques vient de son prénom Robert. Il fut Premier Ministre de 1834 à 1835 et de 1841 à 1846. Source : Gouvernement du Royaume-Uni, <<http://www.gov.uk/>> et la *Metropolitan Police*, <<http://content.met.police.uk/>>

existence. Le huitième principe précise que la police devrait toujours diriger son action strictement à l'aune de leurs fonctions et ne devrait jamais apparaître comme usurpant les pouvoirs du judiciaire. Enfin, le neuvième principe énonce que le test de l'efficacité de la police réside dans le constat de l'absence de crimes et de désordre, et non pas dans les preuves visibles que l'action de la police déploie pour s'occuper de ces crimes et de ce désordre¹⁰⁵¹.

1337. Aussi, la force publique est soutenue par la population. En France, la police nationale et la gendarmerie nationale appartiennent à la Nation. Il convient que la force publique reçoive un même soutien pour faire briller les droits et libertés. Ce soutien est naturel au regard du sacrifice que sont prêts à consentir les membres de la force publique : être blessé ou mourir pour la patrie¹⁰⁵². Il est particulièrement édifiant que nous soyons dans l'impossibilité d'adresser un *in memoriam* aux membres de la force publique décédés en service en ayant accès aux circonstances de la mort en service¹⁰⁵³. À rebours, les États anglo-saxons rendent l'hommage qui leur est dû aux policiers morts « in the line of duty ». Ainsi, nous avons pu étudier les policiers morts dans l'exercice du devoir au Royaume-Uni¹⁰⁵⁴, en Australie¹⁰⁵⁵, en Nouvelle-Zélande¹⁰⁵⁶, au Canada¹⁰⁵⁷ et aux États-Unis d'Amérique¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵¹ Source : l'on peut consulter ces neuf principes cardinaux de la force publique britannique et plus largement anglo-saxonne sur le site institutionnel du Département de Police de New Westminster (Royaume-Uni) à l'adresse suivante : <http://www.nwpolice.org/inside-new-westminster-police-department/history/> et voir également, la police de Durham (Royaume-Uni) : http://www.durham.police.uk/About-Us/Documents/Peels_Principles_Of_Law_Enforcement.pdf

¹⁰⁵² KANTOROWICZ (Ernst H.), *Mourir pour la patrie et autres textes*, Fayard, collection « Les quarante piliers », collection dirigée par Pierre Legendre, série matériaux, Paris, 2004, 166 p.

¹⁰⁵³ D'un point de vue étatique, nous ne pouvons que lire la Citation à l'ordre de la Nation qui figure au Journal officiel de la République française. Cette citation reprend une formule stéréotypée qui précise : « Policier dynamique, courageux, d'une haute conscience professionnelle et d'un dévouement exemplaire. » Voir, par exemple, pour le décès d'un officier de paix de la police nationale dans l'accomplissement de la mission qui lui avait été confiée, Citation à l'ordre de la Nation, NOR :INTX9400100T, *JORF* du 1^{er} mars 1994, p. 3347.

¹⁰⁵⁴ En mémoire des **Officiers de Police Britanniques** qui ont perdu leur vie « in the line of duty », l'on pourra se reporter au *National Police Officers Roll of Honour and Remembrance*, <<http://www.policememorial.org.uk/>> Et <<http://www.policerollofhonour.org.uk/>>

S'agissant de la **Metropolitan Police**, il convient de viser « The Book of Remembrance » :

<<http://content.met.police.uk/Article/The-Book-of-Remembrance/>>

¹⁰⁵⁵ Pour l'**État de la Nouvelle-Galles-du-Sud**, l'on pourra voir l'*Honour Roll* qui commémore les membres de la force de police qui ont fait l'ultime sacrifice dans l'exécution de leur devoir, <http://www.police.nsw.gov.au/about_us/proud_traditions>

¹⁰⁵⁶ Voir le *Roll of Honour*, **Police de la Nouvelle-Zélande**, <<http://www.police.govt.nz/about-us/publication/remembrance-days>>

¹⁰⁵⁷ Voir le Tableau d'honneur de la GRC (**Gendarmerie Royale du Canada**), <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/hon/lineduty-exerfonc/honour-honneur-roll-tableau-fra.htm>>

¹⁰⁵⁸ Pour l'**État de Hawaï**, le *Roll of Honor* de la **Police de Honolulu** <<http://www.honolulu.police.org/departement/index.php?page=rollofhonour>>

Pour l'**État du Maine**, l'*Honor Roll* de la *Police* d'État <http://www.maine.gov/dps/msp/honor_roll.shtml>

1338. En effet, notre génération vient de se voir présenter par la génération des « babyboomers » laquelle vient de prendre sa retraite, la facture de leur impéritie ; le concept du droit des générations futures semblant être pour une partie de cette génération inconnu. Il conviendrait que notre génération n'adopte pas une telle attitude à l'égard de l'humanité déjà née ou à venir, laquelle mérite de vivre au sein d'une société dans laquelle la sécurité est assurée pour que puissent s'épanouir les libertés. Effectivement, deux élus de la République¹⁰⁵⁹ ont déjà réclamé pour leur territoire d'élection l'intervention de l'armée. La force publique extérieure ne doit pas intervenir pour assurer l'ordre public car elle n'est pas formée à cette fin¹⁰⁶⁰. Pour obvier à cette intervention qui deviendra inéluctable dans quelques décennies pour que l'État reconquiert sa souveraineté dans ces parties du territoire national abandonnées (il vaudrait mieux dire que ce sont des êtres humains qui sont délaissés et qui n'ont pas droit au bonheur public), il convient que la force publique intérieure déploie sa contrainte en suivant l'encadrement forgé depuis la Révolution française. De cette façon, notre génération ne se rendra pas coupable d'une faute inexcusable à l'égard des générations futures. Ainsi, au moment de la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, le député Delandine estima que la rédaction d'une constitution permettait l'établissement du « bonheur qui manqua à nos pères »¹⁰⁶¹. Il est d'un impérieux devoir d'en « faire jouir nos descendants, et la France peut reprendre le sentiment de sa gloire et de son ancienne splendeur. »

Pour l'**État de Californie**, la Ville de **Los Angeles**, les Officiers morts « in the line of duty »
<http://www.lapdonline.org/officers_killed_in_the_line_of_duty>.

¹⁰⁵⁹ Madame Samia Ghali, sénatrice des Bouches-du-Rhône (Provence-Alpes-Côte d'Azur) et maire des 15^e et 16^e arrondissements de la Ville de Marseille ; Monsieur Stéphane Gatignon, maire de la Ville de Sevran (Seine-Saint-Denis).

¹⁰⁶⁰ Ainsi, la France ne doit pas suivre le chemin qu'ont emprunté les autorités politiques du Brésil. Celles-ci abandonnèrent les populations des favelas aux trafiquants de drogue lesquels instaurèrent leur conception du maintien de l'ordre fondée sur leurs valeurs criminelles. Le Brésil qui souhaitait réintroduire sa souveraineté sur ces parties du territoire étatique pour présenter une bonne image aux yeux du monde entier (le Brésil ayant organisé la 20^e édition de la phase finale de la Coupe du Monde de football en 2014 et le Brésil organisant les XXXI^e Jeux Olympiques d'été en 2016) a envoyé son armée, et en particulier des unités d'élite militaires, lesquelles ont réussi à reconquérir la souveraineté de l'État brésilien mais aux prix de nombreux morts et notamment de victimes innocentes habitant ces favelas.

¹⁰⁶¹ *Archives parlementaires*, Assemblée nationale constituante, séance du 1^{er} août 1789, voir les pages 323-325.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

Abus d'autorité, 290

Armes

- armement des polices municipales, 594
- codes de déontologie et emploi des armes à feu, 598
- armement de la force publique, 590
- notion, 540
- notion de port d'armes, 542
- Port d'arme à feu, 584
- Usage des armes par la force publique, 536

Armes à feu, 584

Arrestation, 224

- exécution des mandats de justice, 227

Assemblée Nationale Constituante de 1789, 1

- Comité de Constitution, 2

Autoroute

- force publique routière et autoroutière., 150
- peloton de gendarmerie, 119

Bonheur public

- bonheur général, 16

Chien policier, 448

circonscriptions, 102

circonscriptions de police, 114

Colombie, 54

commissaires de police, 71

Compétence *ratione loci*, 45 94

Compétence *ratione personae*, 45

Confiscations, 407, 419

Conseil constitutionnel français, 123

Contrainte

- moyens de la contrainte, 442

Contrainte physique, 436

Contrat social, 14

Contrebande, 415

Contrefaçon, 393

Contrôle sanitaire aux frontières, 174

Contrôles d'identité

- Convention de Schengen, 137

contrôles d'identité, 134

Contrôles économiques, 160

Contrôles hodographiques, 147

Contrôles routiers

- encadrement déontologique, 154, 158, 441, 608, 768, 773

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 274

Coopération européenne policière, 234

Criminalité organisée, 265

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Article 12, 1

- Exportation Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de Franchimont, 11

- Projet de déclaration des droits du marquis de Lafayette, 6

- utilité d'une déclaration des droits, 7

Déclarations de droits

- Charte canadienne des droits et libertés, 385

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 666

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 665

- Déclaration universelle des Droits de l'homme, 643

Défenseur des droits, 619

Déontologie de la police

- déontologie des policiers du Québec appliqué, 459

Déontologie de la police nationale, 458

Détentions arbitraires, 291

- Convention européenne des droits de l'homme, 292
- interdiction, 280

Dignité inhérente à la personne humaine, 475

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (D.G.C.C.R.F.), 177

Domicile

- inviolabilité du domicile, 323
- notion de domicile, 327
- violation de domicile, 365

Douane

compétence territoriale des douanes, 165
contrôle douanier argentin, 167
Douanes vénézuéliennes, 168
droit de visite des douanes, 366

Douanes
rayon des douanes, 165

Droit à la vie, 555, 691

Droit de propriété, 302
conceptions philosophiques, 305
consécration en droit constitutionnel, 314

Droits de l'homme
Origine de l'expression, 23

École nationale de police
création, 76

Espèces vivantes protégées, 398

Excès de vitesse, 154

FBI, 49

Force meurtrière, 624

Force publique
fusion de la force publique Belgique, 62
principe de la responsabilité de la force publique, 561

Force publique,
constitutionnalisation, 53

Fouille
procédure de flagrance, 379

Fouilles, 368
Cour Suprême du Canada, 381

Fouilles à corps, 388

Fouilles de véhicules, 368

Fourrière, 401

Garde à vue, 224, 247, 262
droits du gardé à vue, 271
terrorisme, 264

Garde nationale, 52

Gardes champêtres, 93

Gendarmerie, 56
Espagne - Guardia Civil, 67
gendarmerie du Chili, 68
Gendarmerie royale du Canada, 69
Gendarmerie royale Khmère, 65
Gendarmerie royale marocaine, 62
République de Djibouti, 64
République de Saint-Marin, 64

Gendarmerie mobile, 518

Grand-Duché de Luxembourg, 47

Grenade lacrymogène, 538

Inspection de la police, 611

Interpol, 238

Légalité des délits et des peines, 196
principe de la proportionnalité des peines,
214

Légitime défense, 642, 706

liberté d'aller et de venir
République du Congo, 133

Liberté d'aller et de venir, 36

liberté d'aller et venir, 131

liberté individuelle, 130

Liberté individuelle, 38

Libertés individuelles, 36

libertés publiques
Origine de l'expression, 25

Loi pénale, 198
égalité devant la loi pénale, 219

Maintien de l'ordre, 516, 534, 604
État fédéral - Suisse, 520

Mauvais traitements, 511

Médecine légale, 347
Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN), 349
Institut national de police scientifique, 350

Ministère de l'Intérieur
création, 46

Ministère public, 247
constitutionnalisation - État de Basse Californie Mexique, 251

ministre de l'Intérieur, 70

Nicaragua, 34

Norvège, 34

Ordre public, 543

Outre-mer, 98

Paix, 14

Palpations de sécurité, 368

Palpations de sécurité., 388

Perquisition, 356

Perquisitions, 341

Pistolet à impulsions électriques, 634

Police
Burkina Faso, 83
Eire - Garda Síochána, 83
Espagne - Cuerpo Nacional de Policía, 67
force de police royale des Bahamas, 79
institution d'une police d'État, 73
origines de la police judiciaire en France,
249
police de Fidji, 82
police de Tonga, 81
police des îles Salomon, 82
police nationale, 70
préfet de police, 85

police fédérale
Mexique, 80

Police judiciaire, 254

police municipale, 84

Police Nationale
création de la police nationale, 74

policier municipal
agrément, 89

Preuve, 343

Principe de légitimation, 157

Proportionnalité, 525, 642

République d'Haïti, 53

République du Cap-Vert, 32

République du Congo, 54

République et Canton de Neuchâtel, 33

**Responsabilité de la puissance publique par
l'utilisation des armes à feu, 574**

Retenue douanière, 280

Routes
domaine public routier, 153

Saisie, 368

Saisies, 393
saisies préventives d'armes, 408

sécurité, 94

Sécurité, 12, 55
Etymologie, 40

Société
Définition, 12

Sommations, 543
non-dispersion après sommations., 547

**spray au poivre (pepper gas) Voir Contrainte
moyens de contrainte**

Suède, 49

Sûreté, 215
Condorcet, 207

territoire, 95

territoire douanier, 166

Terrorisme Voir Garde à vue

Torture, 471, 494, 501

Trafic de stupéfiants, 265

Vérifications d'identité, 240

Vérité, 304

Victimes de l'opération de police, 576

Violence physique légitime, 14

Visite domiciliaire, 356

Visites domiciliaires, 364
visites domiciliaires dans le Canton du
Valais, 364

Bibliographie.

I. Monographies, ouvrages généraux, traités et manuels.

AHRENS (Heinrich), *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, Société typographique belge, Ad. Wahlen et compagnie, Bruxelles, 1838, 512 pages.

ALZAGA (Oscar) [sous la direction de], *Commentaire des Lois politiques*, tome premier, édition de la Revue de Droit Public, Madrid, 1984, page 45 et suivantes. Titre original : « Comentario a las leyes políticas : Constitución española de 1978, Ed. Revista de Derecho Público. »

AMPÈRE (André-Marie), *Essai sur la philosophie des sciences, ou exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines*, BACHELIER, Paris, 1834, 272 p.

ANTOINE (Michel), *Le cœur de l'État, Surintendance, contrôle général et intendances des finances, 1552-1791*, Fayard, Paris, 2003, 592 p.

ARABEYRE (Patrick), HALPÉRIN (Jean-Louis) et KRYNEN (Jacques), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècles* [sous la direction de], PUF, Collection « Quadrige dicos poche », Paris, 2007, 864 p.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Vrin, collection « Bibliothèque des Textes Philosophiques – Poche », Paris, 1990, 578 p. ; traduction et notes par J. Tricot.

ARISTOTE, *Politique*, 3ème édition revue et corrigée, traduite en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éditions principales par Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Librairie philosophique de Ladrange, Paris, MDCCCLXXIV-1874, 545 p. ; Barthélemy-Saint-Hilaire, Jules (1805-1895).

ASSEMBLÉE NATIONALE, deuxième législature, *Tables générales des documents et débats parlementaires rédigés* par le Service des Archives, 6 décembre 1962-2 avril 1967, première partie, table des matières, tome deux, Lettres E à Z et annexes, Paris, imprimerie de l'Assemblée nationale, 1969, pp. 1009-1011.

ATIAS (Christian), *Epistémologie juridique*, Presses universitaires de France, Collection « Droit fondamental, Droit politique et théorique », Paris, 1985, 222 p.

AUCOC (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, tome premier, Dunod, Paris, 1869, 681 p.

AUER (Andreas), MALINVERNI (Giorgio), HOTTELIER (Michel), *Droit constitutionnel suisse*, Volume I : L'Etat, Stämpfli, Précis de droit Stämpfli, Berne, 2013, 3ème édition, 878 p. ; en langue française.

AUER (Andreas), MALINVERNI (Giorgio), HOTTELIER (Michel), *Droit constitutionnel suisse*, Volume II : Les droits fondamentaux, Stämpfli, Précis de droit Stämpfli, Berne, 2013, 3ème édition, 700 p.

BAILLY (Jean-Sylvain), *Mémoires* par MM. BERVILLE et BARRIÈRE, tome premier, BAUDOIN Frères, Imprimeurs-Libraires, Paris, 1821, 478 p.

BECCARIA (Cesare), *Traité des délits et des peines*, Éditeur à Philadelphie, M. DCC. LXVI (1766), 148 p.; in-8.

BELLANGER (ancien commissaire de police), *Manuel analytique à l'usage des commissaires de police et autres fonctionnaires...*, A. Guyot et Scribe, Paris, 1859, 2e édition, 267 p. [In-4°].

BENTHAM (Jeremy), *Traité de législation civile et pénale* ; ouvrage extrait des manuscrits de M. Jeremy Bentham, jurisconsulte anglais, par Étienne Dumont, membre du conseil représentatif de Genève, second édition, revue, corrigée et augmentée, tome troisième, Bossange, Paris, 1820, 455 p.

BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, collection « les méthodes du droit », 2003, 374 p.

BERLIÈRE (Jean-Marc), LÉVY (René), *Histoire des polices en France, de l'Ancien Régime à nos jours*, éditions Nouveau Monde, Paris, 2011, 768 pages.

BERLIÈRE (Jean-Marc), *Naissance de la police moderne*, Perrin, « collection tempus », Paris 2011, 411 pages

BESSON (Antonin), VOUIN (Robert), ARPAILLANGE (Pierre), *Code annoté de procédure pénale (titre préliminaire, livre premier)*, Litec, Paris, 1958, 314 p.

BLACKSTONE (William), *Commentaires sur les lois anglaises*, Tome 1er, J. L. de Boubers, Bruxelles, M. DCC. LXXIV. (1774), 489 p. ; traduits de l'anglais par M. Damiens de Gomicourt, Augustin-Pierre (1723-1790), sur la quatrième édition d'Oxford.

BLANC-JOUVAN (X.), KÖTZ (H.), SALERNO (M.-U.) et alii, *L'avenir du droit comparé : un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000, 347 p. ; (28 rue Saint-Guillaume, 75007).

BOYÉ (Michel) et COUDIER (Nelly), *Dictionnaire des directeurs et des directions des douanes : 1791-1945*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, 2002 [Neuilly-sur-Seine] (74 Bd Bourdon, 92202), Imprimerie La Nef Chastrusse, Bordeaux, 317 p.

BOYÉ (Michel), *La Douane à Bordeaux*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Imprimerie de l'École des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1983, 73 p.

BRISSOT DE WARVILLE (Jacques-Pierre), *Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature, pour servir de premier chapitre à la « Théorie des lois » de M. Linguet par un jeune philosophe*, Paris, 1780, réédition, Éditions d'Histoire Sociale, Paris, 1966, 116 p.

BRUNETEAUX (Patrick), *Maintenir l'ordre, Les transformations de la violence d'État en régime démocratique*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1996, 345 pages

BUCHÉZ (B.-J.-B.) et ROUX (P.-C.), *Histoire parlementaire de la Révolution française ou Journal des Assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815*, tome second, Paulin, libraire, Paris, M DCCC XXXIV, 476 pages, voir spécialement les pages 308-311 en ce qui concerne le Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale, et adopté par l'Assemblée nationale comme point de réunion des idées, avec la liberté d'y retrancher ou ajouter, etc.

BULLETIN ANNOTÉ DES LOIS, décrets et ordonnances, depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830 ; 16 volumes IN-8°, avec des notices, par MM. Odilon BARROT, VATIMESNIL, YMBERT ; mis en ordre et annoté par M. LEPEC, avocat à la cour royale de Paris ; publié avec l'approbation et sous le patronage de MM. Pairs de France : PORTALIS, de Ségur...- Députés : BOISSY D'ANGLAS, CORMENIN, DIDOT (Firmin), Odilon BARROT,... ; tome second, Paris, Paul Dupont, éditeur, 1834, 668 p.

Bulletin des lois de l'Empire français, 4ème série, tome troisième, contenant les Lois rendues depuis le 1^{er} Germinal jusqu'au 4^{ème} Jour complémentaire an XII, Bulletin des lois de l'Empire français n° 47, pp. 199-200. (N° 777.)

Bulletin des lois du Royaume de France, IXème série, règne de Louis-Philippe Ier, roi des Français, deuxième semestre de 1845, contenant les lois, les ordonnances d'intérêt public et général et les décisions royales rendues depuis le 1er juillet 1845 jusqu'au 1er janvier 1846, ainsi que les actes des gouvernements antérieurs non publiés au bulletin des lois, tome 31ème, numéros 1215 à 1268, Paris, Imprimerie royale, février 1846, bulletin des lois numéro 1259, texte numéro 12 430, p. 1100.

Bulletin des lois de l'Empire français, XIème série, règne de Napoléon III, Empereur des Français, premier semestre de 1854 contenant les lois et décrets d'intérêts publics et généraux publiés depuis le 1er janvier jusqu'au 30 juin inclusivement, tome troisième, numéros 122 à 194, Paris, Imprimerie impériale, juillet 1854. Bulletin des lois numéro 152, pp. 695-834. (Décret impérial portant Règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, du 1er mars 1854).

Bulletin des lois de l'Empire français, XIème série, règne de Napoléon III, Empereur des Français, premier semestre de 1855 contenant les lois et décrets d'intérêt public et général publiés depuis le 1er janvier jusqu'au 30 juin inclusivement, tome cinquième, numéros 254 à 307, Paris, Imprimerie impériale, août 1855, bulletin des lois numéro 277, texte numéro 2479, pp. 400-407.

Bulletin des lois de la délégation du Gouvernement de la Défense nationale hors de Paris, République française, XIIème série, Tours et Bordeaux, du 12 septembre 1870 au 18 février 1871, décrets et arrêtés d'intérêt public et général ou d'intérêt local et particulier, Versailles, Imprimerie nationale, juin 1871, bulletin des lois des lois de la République française, délégation du gouvernement hors de Paris, numéro neuf, texte numéro 166, p. 132.

Bulletin des lois de la République française, XIIème série, premier semestre de 1882, contenant les lois et décrets d'intérêt public et général publiés depuis le 1er janvier jusqu'au 30 juin 1882, partie principale, tome vingt-quatrième, numéros 676 à 706, Paris, Imprimerie nationale, M DCCC LXXXII, bulletin des lois numéro 690, texte numéro 11 700, pp. 390-391.

Bulletin des lois de la République française, XIIème série, premier semestre de 1907, depuis le 1er janvier 1907 jusqu'au 30 juin inclusivement, partie principale, tome LXXIV, numéro 2808 à 2834, Bulletin des lois de la République française numéro 2817, texte numéro 48800, p. 1760.

Bulletin des lois de la République française, XIIème série, premier semestre de 1908, partie principale, tome 76ème, numéros 2913 à 2939, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCIV, bulletin des lois numéro 2930, texte numéro 50 515, p. 2163.

Bulletin des lois de la République française, année 1931, nouvelle série, partie principale, première section, lois et décrets d'intérêt général, bulletin des lois numéro 329, texte numéro 39 153, p. 35.

Bulletin officiel des armées, BOC/PP du 1er janvier 2004 numéro un, p. 32.

Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts ; BOI-ENR-TIM-20-60-10-20120912 ; 12/09/2012.

Bulletin Officiel de l'Assemblée de Castille et León, mardi 27 juin 2006, supplément numéro 123, pp. 2-12. [Boletín Oficial de Castilla y León (BOCYL), le Bulletin officiel de la Communauté autonome de Castille et León est numérisé et consultable à l'adresse suivante : <<http://bocyl.jcyl.es>.]>

Bulletin Officiel de la République Argentine du 28 octobre 1969 (en langue officielle de l'Argentine à savoir le castillan, « Boletín Oficial de la República Argentina ») numéro 21. 797, année LXXVII, pp. 2-6.

Bulletin officiel de l'empire chérifien, protectorat de la République française au Maroc, deuxième année, numéro 55, 14 novembre 1913, page 488.

Bulletin officiel de l'empire chérifien, protectorat de la République française au Maroc, 17e année, numéro 794, 10 janvier 1928, pp. 66-67.

Bulletin officiel de l'empire chérifien, 45e année, numéro 2274, 25 mai 1956, pp. 476-477.

Bulletin officiel du royaume du Maroc, 47e année, numéro 2366, 28 février 1958, pp. 889-897.

Bulletin officiel du royaume du Maroc, 88e année, numéro 4708, 1^{er} rabii II (15 juillet 1999), page 552.

BURDEAU (Georges), *Libertés publiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961, 388 p.

BURLAMAQUI (Jean-Jacques), *Principes du droit de la nature et des gens*, tome 1er, nouvelle édition revue, corrigée, et augmentée d'une table générale analytique et raisonnée par M. Dupin, André-Marie-Jean-Jacques (1783-1865), Docteur en Droit et Avocat à la Cour Royale de Paris, B. Warée, Paris, 1820, 422 p.

Principes du droit de la nature et des gens, tome 2, 485 p.

Principes du droit de la nature et des gens, tome 3, 520 p.

Principes du droit de la nature et des gens, tome 4, 510 p.

Principes du droit de la nature et des gens, tome 5, 512 p.

BURGUORGUE-LARSEN (Laurence) et ÚBEDA DE TORRES (Amaya), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 995 p.

CAMBOT (Pierre), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, Paris, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, 513 p.

CAMERA DEI DEPUTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, Camera dei deputati, Segreteria generale, Rome, 2000, 55 p.

CAPITANT (René), *Introduction à l'étude de l'illicite*, tome premier, l'impératif juridique, Dalloz, Paris, 1928, 230 p.

CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, tome premier, Léon Tenin, librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1920, 837 p.

CARROT (Georges), *Histoire des forces civiles de maintien de l'ordre en France*, Institut d'Études Politiques de Toulouse, Centre d'Études et de Recherches sur la Police, Toulouse, 1985, 196 pages.

CARLIER (Jean-Yves), DE SCHUTTER (Olivier), [sous la direction de], *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe : Mélanges en hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 304 p.

CELOTTO (Alfonso), *Costituzione annotata della Repubblica italiana*, Zanichelli, Bologna, 6^{ème} édition, 2010, 128 p.

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Le droit comparé aujourd'hui et demain*, colloque organisé par le Centre français de droit comparé au Conseil d'État à Paris le 1er décembre 1995, Société de législation comparée, Paris, 1996, 160 p.

CHAGNOLLAUD (Dominique) [sous la direction de], *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècles : actes du colloque*, Paris, 22-23 juin 2000 organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques, Éditions Panthéon Assas (Université Panthéon-Assas), LGDJ, Paris, 2003, 216 p.

CHAMBRE DES PAIRS, *Manuel de la pairie, contenant la Charte constitutionnelle, les ordonnances et règlements relatifs à la Chambre des Pairs. Avec deux tables, l'une des matières, l'autre des noms propres*, Imprimerie de Jules Didot aîné, Imprimeur du Roi et de la Chambre des Pairs, Paris, 1824, 368 p. ; in-12.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, « collection Domat Droit Public », Paris, 15^e édition, 2001, 1427 p.

CHÂTEAUBRIAND, *Oeuvres complètes de M. le vicomte de Châteaubriand, Pair de France, membre de l'Académie Française*, tome XXIII, Ladvocat, libraire, Paris, M. DCCC. XXVI. (1826), 583 p.

CHAUVEAU (Adolphe), *Essai sur le régime des eaux navigables et non navigables, sous le double point de vue théorique et pratique*, Gimet, Toulouse, 1859, 171 p.

CHAUVEAU (Adolphe), *Journal du droit administratif ou le Droit Administratif mis à la portée de tous*, tome VII, p. 49.

CICÉRON (Marcus Tullius), *Oeuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français*, sous la direction de M. Nisard, tome 3, Librairie de Firmin-Didot, Paris, 1927. Voir, *Plaidoyer pour T.A. Milon (Pro Milone)*, Chapitre 4, pp. 215-216.

CICÉRON (Marcus Tullius), *Oeuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français*, sous la direction de M. Nisard, tome 4, Librairie de Firmin-Didot, Paris, 1927. Voir, la définition du droit naturel de CICÉRON dans le « Traité de la République » (*De republica*), Livre III, Chapitre 22, p. 329.

CLINQUART (Jean), *L'Administration des douanes en France sous le Consulat et l'Empire : 1800-1815*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1979, 429 p.

L'Administration des douanes en France sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, 1815-1848, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1981, 521 p.

L'Administration des douanes en France de la Révolution de 1848 à la Commune : 1848-1871, Association pour l'histoire de l'administration des Douanes, Neuilly-sur-Seine, 1983, 675 p.

L'Administration des douanes en France sous la Troisième République. 1871-1914, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1986, 741 p.

COHEN-JONATHAN (Gérard), *Aspects européens des droits fondamentaux, Libertés et droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, troisième édition, 2002, 280 p.

COLLIARD (Claude-Albert), *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, cinquième édition, 1975, 839 p.

CONAC (Gérard), DEBÈNE (Marc), TEBOUL (Gérard) [sous la direction de], *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Economica, Paris, 1993, 365 p. Voir en particulier, la contribution du Professeur CONAC (Gérard), L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, voir les pages 7-52.

CONDORCET (Jean-Antoine-Nicolas de Caritat), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Agasse, Paris, 1794, 389 p. ; ouvrage posthume publié par Daunou, Pierre-Claude-François et Mme Condorcet, Marie Louise Sophie de Grouchy (marquise de).

CONDORCET (Jean-Antoine-Nicolas de Caritat), *Recherches historiques et politiques sur les États-Unis de l'Amérique septentrionale, où l'on traite des établissements des treize Colonies, de leurs rapports et de leurs dissensions avec la Grande-Bretagne, de leurs gouvernements avant et après la révolution, &c., à un citoyen de Virginie ; avec quatre Lettres d'un Bourgeois de New-Heaven sur l'unité de la législation*, première partie, Chez Froullé, libraire, Paris, 1788, 383 p. ; voir spécialement, la Lettre seconde, pp. 275-329.

CONDORCET (Jean-Antoine-Nicolas de Caritat), *Sur l'admission des femmes au droit de cité*, Firmin Didot frères, imprimeur de l'Institut, Paris, 1847, 11 p. ; publié par Arthur Condorcet O'Connor et Arago, François (1786-1853).

CONDORCET (Jean-Antoine-Nicolas de Caritat), « déclaration des droits » in *Législation constitutionnelle, ou recueil des Constitutions françaises ; précédées des Déclarations des droits de l'homme et du citoyen, publiées en Amérique et en France ; divisé en deux parties ; la première : Déclarations des droits ; la seconde : Constitutions*, chez Corréard, libraire au Palais-Royal, Paris, 1820, 276 p.

CORBOZ Bernard, *Les principales infractions*, Stämpfli, Bern, 2010, 2190 p.

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, collection « quadrige », Presses universitaires de France, Paris, 2009, 986 p.

CORMENIN (Louis-Marie de Lahaye vicomte de), *Questions de droit administratif*, Tome 2, Ridler, Paris, 1822, 532 p.

CORMENIN (Louis-Marie de Lahaye vicomte de), *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État*, Danicourt-Huet, Orléans, Baudouin frères, Paris, 2ème édition, 1828, 41 p.

CONSTANT (Benjamin), *Oeuvres*, éditeur : Alfred Roulin, Bibliothèque de la Pléiade numéro 123, 1957, 1696 pages.

CONSTANT (Benjamin), *Mélanges de littérature et de politique*, Pichon et Didier, Paris, 1829, 483 p.)

CONSTANTINESCO (Léontin-Jean), *Traité de droit comparé, premier volume, Introduction au droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1972, 245 p.

Traité de droit comparé, deuxième volume, La Méthode comparative, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1974, 412 p.

Traité de droit comparé, troisième volume, La Science des droits comparés, Librairie générale de droit et de jurisprudence [puis] Economica, Paris, 1983, 511 p.

CROUZATIER (Jean-Marie) et PHIRUN (Kong), *Les constitutions du Cambodge*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 1996, 240 p.

DARESTE (F.R.), *Les Constitutions modernes, recueil des Constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé, traduites sur les textes et accompagnées de notices*

historiques et de notes explicatives, tome deux, Paris, Augustin CHALLAMEL, 1910, troisième édition, revue, corrigée et mise au courant des modifications les plus récentes, 789 pages.

DAUNOU (Adolphe), *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, FOULON et CIE, Paris, MDCC.XIX, 245 p.

DAVID (René), *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Précis Dalloz, Paris, 1964, 630 p.

DAVID (René) (1906-1990), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Collection « Précis Dalloz », Paris, 10^{ème} édition, 1992, 523 p.

DECOCQ (André), MONTREUIL (Jean) et BUISSON (Jacques), *Le Droit de la police*, deuxième édition, LITEC, Paris, 1998, 868 p.

DELANDRE (A.), *Traité pratique des douanes*, Cagniard, Rouen, 4^{ème} édition, 1897 et 5^{ème} édition, 1903 par E. Doussin, Directeur honoraire des douanes, tome premier, 699 p. [A. Delandre fut Directeur des douanes].

DELEVOYE (Jean-Paul), Rapport 455 (97-98) - Commission des lois du Sénat sur le projet de loi numéro 414 (1997-1998) adopté par l'Assemblée nationale le 30 avril 1998, projet de loi relative aux polices municipales, examiné par la Commission des lois du Sénat, sur le rapport de M. Jean-Paul Delevoye, le 27 mai 1998.

DELVOLVÉ (Pierre), *L'acte administratif*, Sirey, collection « droit public », Paris, 1983, 294 p.

DRAGO (G.), FRANCOIS (B.) MOLFESSIS (N.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, 415 p.

DUCROCQ (Théophile), *Cours de droit administratif*, tome premier, Ernest Thorin, Paris, 1881, 795 p.

DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, Paris, 1912, 206 p.

DUGUIT (Léon), *Manuel de droit constitutionnel*, deuxième édition, Fontemoing et Cie, Paris, 1911, 469 p.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel* (1911), dans l'édition de 1927, Fontemoing, Paris, tome premier, La règle de droit-Le problème de l'Etat, 763 p.

DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), CONAC (Gérard), DESOUCHES (Christine), *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », Paris et É. Bruylant, Bruxelles, 1997, 452 p. Tome 1er, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo, Côte-d'Ivoire, Djibouti, Égypte, Gabon, Guinée, Madagascar ; textes rassemblés et présentés par Jean du Bois de Gaudusson, Gérard Conac, Christine Desouches avec le concours de l'Agence de la francophonie ACCT et du Centre d'études juridiques et politiques du monde africain, Université Paris I ; en annexe la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981.

DU PONT DE NEMOURS (Pierre Samuel), *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Chez Desaint, libraire, à Londres et à Paris, M. DCC. LXVIII., 84 pages ; voir spécialement, § V, page 28 : « Point de propriété, sans liberté ; point de liberté, sans sûreté. »

DU PONT DE NEMOURS (Pierre Samuel), *projet de Déclaration des droits*, Archives parlementaires, tome quatrième, page 161.

DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État* [continué depuis 1824 et formant un volume chaque année], A. Guyot, Paris, Bousquet, Paris, 1853, p. 23.

EISENMANN (Charles), *Cours de droit administratif*, tome 1er, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982, 786 p.

ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, tome premier, La liberté moderne : Principes et institutions, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, septième édition revue par Henry Nézard (Professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Caen), 1921, 600 p.

FAURÉ (Christine), *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, Les Belles Lettres, Paris, collection « Romans, Essais, Poésie, Documents », 2011, 544 p.

FAVOREU (Louis) [sous la direction de], *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, préface d'André Tunc, Economica, Paris, et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, collection droit public positif dirigée par Louis Favoreu, Président de l'Université d'Aix-Marseille III, nouveau tirage, 1987, 540 pages. Cet ouvrage constitue la publication des actes du deuxième colloque d'Aix-en-Provence, tenu les 19-20 et 21 février 1981, et le Professeur Louis Favoreu dédie ce colloque international consacré à la justice constitutionnelle à la mémoire du Professeur Charles Eisenmann.

FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2007, 1035 p.

FÉRON (Louis) et REY (Alfred), *Histoire du corps des gardiens de la paix*, Firmin-Didot, Paris, 1896, 735 pages.

FIADJOE (Albert), *Commonwealth caribbean public law*, Cavendish, London et Sidney, Collection « Commonwealth caribbean law series », 2nd ed., 1999, 320 p.

FICHTE (Johann Gottlieb), *De la destination du savant et de l'homme de lettres*, traduit de l'allemand par M. Nicolas, Professeur de philosophie à la faculté de théologie de Montauban, librairie de Ladrange, Paris, 1838, 104 pages.

FICHTE (J. G.), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* [1796-1797], Presses universitaires de France, Paris, 1984, 418 p. ; Traduction de : « Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre » ; présentation, traduction et notes par Alain Renaut (1948-....). Préfacier. Traducteur. Annotateur.

FREUD (Sigmund), *Essais de psychanalyse*, Payot, collection « Petite Bibliothèque Payot », N°15, Paris, 2001, 320 p.

GAFFIOT (Félix), *Dictionnaire latin – français : Le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, 1731 pages.

GARRAUD (René), *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du code pénal, du code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié le code*, Librairie de la société du recueil SIREY, Paris, 11e édition, édition revue et corrigée, 1912, 1049 pages.

GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, Paris, 1912, tome troisième, 630 p.

GAUCHET (Marcel), *La Révolution des pouvoirs, La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, Nrf, collection « Bibliothèque des Histoires », Paris, 1995, 304 p.

GLEIZAL (Jean-Jacques), *La police nationale, droit et pratique policières en France*, thèse soutenue à l'université de Lyon, Presses universitaires de Grenoble, 1974, 359 pages.

GOHIN (Olivier), *Droit constitutionnel*, LITEC, Paris, 2010, 1497 p.

GOMBRICH (E. H.), *Histoire de l'art*, éditions PHAIDON, Londres, traduit de l'anglais par J. Combe, C. Lauriol et D. Collins, 2006, texte original de E.H. GOMBRICH, 1995, 16e édition, 1046 pages.

GOTTMANN (Jean), *La politique des États et leur géographie*, Éditions du CTHS, Paris, 2007, 263 p.

GOYARD-FABRE (Simone), *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, Paris, 2002, 372 pages.

GREWE (Constance) et OBERDORFF (Henri), *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », textes rassemblés et présentés par Constance GREWE et Henri OBERDORFF, la Documentation française, Paris, 1999, 511 p.

GROETHUYSEN (Bernard), *Philosophie de la Révolution française précédé de Montesquieu*, Gallimard, Paris, Collection « Bibliothèque des Idées », 1956, 308 p.

GROTIUS (Hugo), *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1er, P. de Coup, Amsterdam, 1724, 518 p. ; nouvelle traduction par Jean BARBEYRAC, Professeur en Droit à Groningue ; BARBEYRAC, Jean (1674-1744); *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 2, 1001 p.

De ivre belli ac pacis libris tres in quibus ius naturae & gentium, item iuris publici praecipua explicantur ([Reprod.]), apud Nicolaum Buon, Parisiis, 1625, 786 p.

GROTIUS (Hugo), *De jure praedae* (Le droit de prise), E. Thorin, Paris, 1869, 359 p.

GUIBERT (Jacques Antoine Hippolyte, comte de), *De la force publique considérée dans tous ses rapports* (1790), Economica, Paris, 2005, 92 p.

HAMILTON (A.), JAY (J.) et MADISON (G.), *Le Fédéraliste*, LGDJ - Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection « Bibliothèque de textes et études fédéralistes », Paris, 1957, 788 p. Préface d'André TUNC ; réédition.

HAMON (Bruno), *La douane des frontières de terre, il y a cent ans*. Volume 1, Les missions civiles et militaires des douaniers, l'Association pour l'histoire de l'administration des douanes, Imprimerie de l'École nationale des brigades des douanes, La Rochelle, 2009, 114 p.

HAMON (Bruno), *La douane des ports et des côtes il y a cent ans*, Association pour l'histoire de l'administration des douanes, La Rochelle, DL 2007, 101 p.

HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Collection « Quadrige », Paris, 2ème édition, 2012, 416 p.

HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4ème édition, L. Larose, Paris, 1900-1901, 896 p.

HEGEL (G.W.F.), *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, Vrin, collection « Bibliothèque des Textes Philosophiques », Paris, 1993, 352 p. ; texte intégral, présenté, traduit et annoté par R. Derathé avec la collaboration de J.-P. Frick.

HESTIN (Marie-Monique), *Les chiens de la gendarmerie nationale*, thèse présentée et soutenue pour le doctorat vétérinaire à la faculté de médecine de Créteil, publication de l'École nationale vétérinaire d'Alfort, 2002, 99 pages.

HOBBS (Thomas), *Le citoyen ou Les fondements de la politique* (1642) ; traduction de Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes, en 1649, éditions Garnier Flammarion, Paris, 1982, 218 p.

HOBBS (Thomas), *Elementa Philosophiae I, De Corpore*, Vrin, « Bibliothèque des Textes Philosophiques », Paris, 2000, 528 p.

HOBBS (Thomas), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*. Introduction, traduction et notes de François TRICAUD, éditions Dalloz, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2000, 780 pages.

HOCHMANN (Michel), *Venise et Rome, 1500 – 1600, Deux écoles de peinture et leurs échanges*, Droz,

Paris, 2004, École pratique des hautes études, sciences historiques et philologiques, Hautes Études médiévales et modernes, 85, ouvrage publié avec le concours de la fondation Singer – Polignac, 664 pages.

HOMÈRE, *L'Illiade*, traduction nouvelle, accompagnée de notes, d'explications et de commentaires, et précédée d'une introduction par Eugène BARESTÉ, illustré par A. Titeux et A. de Lemud, Lavigne, libraire-éditeur à Paris, 1843, 567 pages.

INOUE (Kyoko), *MacArthur's Japanese constitution : a linguistic and cultural study of its making*, University of Chicago press, Chicago, 1991, 378 p.

ISIDORUS, *Etymologiae* : add De summo bono, Petrum Loslein, Venetiis, 1483, 153 p. ; Isidore de Séville (saint).

JAUME (Lucien), *HOBBS et l'État représentatif moderne*, PUF - Presses universitaires de France, Paris, 1986, 236 p.

JAUME (Lucien), *La liberté et la loi, Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, Paris, 2000, 389 pages.

JAUME (Lucien), *Les déclarations des droits de l'homme*, GF-Flammarion, Paris, 1989, 376 pages.

JEANCLOS (Yves), *Droit pénal européen, Dimension historique*, Economica, Corpus « Histoire du droit », dirigé par Albert Rigaudière, Paris, 2009, 581 pages.

JELLINEK (Georg), *L'État moderne et son droit*, A. Fontemoing, Paris, 1904, 223 p. ; l'on pourra également se reporter à la réédition d'une traduction datant du début du XXe siècle. *L'État moderne et son droit*, Collection « Les Introuvables », préface Olivier JOUANJAN, EPA - Editions Panthéon Assas, Paris, 2005, tome 1, première partie : *Théorie générale de l'Etat*, 655 pages, tome 2, deuxième partie : *Théorie juridique de l'Etat*, 600 pages.

JELLINEK (Georg), BOUTMY (Émile), DOUMERGUE (E.) et POSADA (Adolfo), *Origines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éditions Jesus G. Amuchastegui, Éditions nationales, Madrid, première édition, 1984, 270 p. Titre original : « Origenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano ».

JOUANJAN (Olivier) [sous la direction de], *Figures de l'Etat de droit, Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, PUS - Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, 412 p.

Journal officiel de la République et Canton de Berne : Feuille Fédérale, Berne, le 6 décembre 1968, 120e année, Volume II, N°49, pp. 809-832.

Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg/Mémorial A numéro 44 du 6 septembre 1930, pp. 933-937. (Loi du 29 juillet 1930 concernant l'étatisation de la police locale).

Journal Officiel de la République de l'Estonie, Riigi Teataja [RT] 1992, 26, 349. (Constitution de la République de l'Estonie du 3 juillet 1992).

Journal Officiel (Diario Oficial) de la République du Guatemala en date du 3 juin 1985, Tome 226, journal 41, voir la page 897. (Constitution Politique de la République du Guatemala du 31 mai 1985).

Journal officiel de la République du Venezuela, journal officiel du jeudi 17 juin 1999, année CXXVI, numéro 5. 353 extraordinaire, pp. 1-15 (« Gaceta Oficial de la República de Venezuela »).

Journal officiel de l'État de Basse Californie [Periódico Oficial] numéro 23, du 16 août 1953, tome LXVI. (Constitution politique de l'État libre et souverain de Basse Californie [Mexique]).

Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire, N° 46 du 24/08/1964, p. 1131. (Décret N° 64-302 du 17/08/1964, fixant la limite intérieure du rayon terrestre des douanes).

Journal officiel de la République démocratique du Congo (Moniteur congolais), journal officiel numéro 15 du 1er août 1972, page 461. (Ordonnance-loi numéro 72/032 du 31 juillet 1972 portant intégration des éléments de la gendarmerie des forces armées zaïroises au sein de la gendarmerie nationale de la République du Zaïre).

Journal officiel de la République française, année 1961-1962, numéro 69 (suite), A. N., jeudi 19 octobre 1961, Assemblée nationale - Débats parlementaires, Compte rendu intégral des séances, Constitution du 4 octobre 1958, première législature, première session ordinaire de 1961-1962, compte rendu intégral - 13e séance, deuxième séance du mercredi 18 octobre 1961, page 2631.

Journal officiel de la République française, débats parlementaires, Assemblée nationale, compte rendu intégral des séances, samedi 29 mars 1975, année 1975, numéro 13 A. N., Constitution du 4 octobre 1958, cinquième législature, questions remises à la Présidence de l'Assemblée nationale et réponses des ministres aux questions écrites, du député M. Ducoloné, Réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite de M. le député M. DUCOLONÉ, Journal de l'Assemblée nationale, 29 mars 1975, question numéro 17 107, page 1137.

Journal officiel de l'Assemblée nationale, 3 mars 1980, réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite de M. le député J.-P. Pierre-Bloch, question numéro 12 179.

Journal officiel de la République française, débats du Sénat, 16 décembre 1981 page 4123.

JORF Sénat, débats parlementaires, année 2002 n°15S (C.R.), vendredi 8 février 2002, p. 1193.

KÄLIN (Walter), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, P. Haupt, Berne, 1995, 602 pages.

KANT (Emmanuel), *Doctrine du droit*, J. Vrin, Paris, Collection « Bibliothèque des textes philosophiques », 1979, 279 p. ; 2^{ème} édition. Traduction de : « *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* », titre d'ensemble : *Métaphysique des mœurs* 1 ; Villey, Michel (1914-1988), préfacier et Philonenko, Alexis (1932-....), éditeur scientifique.

KANT (Immanuel), *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (première partie de la Métaphysique des mœurs)*, traduit de l'allemand par Jules-Romain BARNI, avec une introduction analytique et critique du traducteur, Auguste Durand, libraire, Paris, 1853, 392 pages.

Eléments métaphysiques de la doctrine de la vertu (seconde partie de la métaphysique des mœurs), traduit de l'allemand par Jules-Romain BARNI, avec une introduction analytique et critique du traducteur, Auguste Durand, libraire, Paris, 1855, 278 pages.

KANT (Immanuel), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Hachette et compagnie, Paris, traduction nouvelle avec une introduction et des notes par H. Lachelier, professeur de philosophie au lycée Condorcet, 1904, 122 pages.

KANT (Emmanuel), *La Religion dans les limites de la Raison* (1794). Nous nous fonderons sur le texte de *La Religion dans les limites de la Raison*, Félix Alcan, Paris, 1913, 254 p.

KERN (Tania), *Les marchandises contrefaisantes, identifier, réagir, lutter*, Lamy, collection « Lamy axe droit », Paris, 2010, 234 pages.

LABOULAYE (Édouard), *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, A. Durand, Paris, 1839, 532 p.

LAFERRIÈRE (Firmin), *Cours de droit public et administratif*, Joubert, libraire-éditeur, Paris, 1841, deuxième édition, revue, corrigée et augmentée, 657 p.

LAFERRIÈRE (Firmin), *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles, et précédé d'une introduction historique*, tome premier, cinquième édition, revue, augmentée, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, Paris, 1860, 752 pages.

LAFERRIÈRE (Firmin), *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours y compris le droit public et privé de la Révolution française*, tome second, deuxième édition, corrigée et augmentée, Paris, Guillaumin et compagnie, libraires, 1859, 444 p.

LAFERRIÈRE (Édouard), *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, Cotillon, libraire du Conseil d'État, Paris, 1869, 654 p. Cet ouvrage a été revu par Anselme Polycarpe Batbie, Professeur à la faculté de droit de Paris.

LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome premier, Berger-Levrault et Cie, Paris, deuxième édition, 1896, 709 p. Édouard LAFERRIÈRE (1841-1901).

LAINGUI (André) et LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, deux volumes, Cujas, Paris, 1979-1980 ; Volume 1, 158 p. et Volume 2, 160 p.

LALOUETTE (Claude), *Classification des lois administratives : depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814 ; précédée d'un essai sur les principes et les règles de l'administration pratique*, Antoine BAVOUX, Paris, 1817, 764 pages.

LAMBERT (Louis) [commissaire de police], *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de procédure policière à l'usage des commissaires de police et des autres officiers de police judiciaire*, J. Desvigne, Lyon, 1945, 384 p.

LARNAUDE (Ferdinand), *Les sciences juridiques et politiques*, librairie Larousse, Paris, [s.d.], 75 pages.

LE CLÈRE (Marcel), *La police métropolitaine et d'outre-mer*, Charles-Lavauzelle, Paris, 1951, 204 p.

LEGEAIS (Raymond), *Les grands systèmes de droit contemporains : une approche comparative*, Litec, Paris, 2004, 457 p.

Législation constitutionnelle, ou recueil des Constitutions françaises ; précédées des Déclarations des droits de l'homme et du citoyen, publiées en Amérique et en France ; divisé en deux parties ; la première : Déclarations des droits ; la seconde : Constitutions, chez Corréard, libraire au Palais-Royal, Paris, 1820, 276 p.

LE BON (Gustave), *Psychologie des foules*, PUF, collection « Quadrige », Paris, 9^e édition, 2013, 132 p.

LÉPINE (Louis), *Louis Lépine, ex-préfet de police, membre de l'Institut. Mes souvenirs*. Payot, Paris, 279 p.

LESAGE (Michel), *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, la Documentation française, Collection « Retour aux textes », Paris, 1995, 410 p. ; textes rassemblés et présentés par Michel LESAGE avec le concours de l'Institut international de la démocratie.

L'HEUILLET (Hélène), *Basse politique, haute police (une approche historique et philosophique de la police)*, FAYARD, Paris, 2001, 434 p.

LIGNEREUX (Aurélien), *Servir Napoléon: policiers et gendarmes dans les départements annexés (1796-1814)*, Champ vallon, Paris, 2012, 416 p.

LOCKE (John), *Essai philosophique concernant l'entendement humain, où l'on montre quelle est l'étendue de nos connoissances certaines et la manière dont nous y parvenons par M. Locke, traduit de l'anglois par M. Coste*. Troisième édition, revue, corrigée et augmentée de quelques additions importantes de l'auteur qui n'ont paru qu'après sa mort, et de quelques remarques du Traducteur. Chez Pierre Mortier, Amsterdam, M. DCC. XXXV (1735), 601 p. ; John LOCKE (1632-1704). Traducteur : COSTE, Pierre (1668-1747).

LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil* (1690), Flammarion, collection « Garnier-Flammarion/Philosophie », 2^{ème} édition, 1999, 381 p.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 14^{ème} édition, 2003, 962 p.

LOPEZ GUERRA (Luis) et AGUIAR DE LUQUE (Luis), *Las constituciones de Iberoamérica*, Centro de estudios constitucionales, Colección Textos y documentos, Madrid, 2009, 2 volumes, 2300 p. ; volume 1 : Argentina, Bolivie, Colombie, Costa Rica, Cuba, Chili, Ecuador y El Salvador ; volume 2 : Espagne, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Portugal, Puerto Rico, République Dominicaine, Uruguay y Venezuela.

LUDES (Bertrand) et MANGIN (Patrice), *Les empreintes génétiques en médecine légale*, Éditions Médicales Internationales et TEC & DOC Lavoisier, collection « génie génétique » sous la direction de Gérard LUCOTTE, 1992, 147 pages. Bertrand LUDES est Maître de conférences à la faculté de médecine de Strasbourg ; Patrice MANGIN est Professeur de médecine légale à la faculté de médecine de Strasbourg et il fut le Directeur de l'Institut de médecine légale de Strasbourg.

LUNEY, Jr., (Percy R.) and KAZUYUKI (Takahashi), *Japanese constitutional law*, University of Tokyo press, Tokyo, 1993, 340 p.

MACAREL (Louis-Antoine), *Eléments de droit politique*, Nève, libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1833, 516 pages.

MADIOT (Yves), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 264 p.

MALAURIE (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, éditions Cujas, Paris, 1996, 297 pages.

MAVIDAL (J.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises imprimé par ordre de l'assemblée nationale sous la direction de M. J. MAVIDAL, chef du bureau des procès-verbaux, de l'expédition des lois, des pétitions, des impressions et distributions de l'assemblée nationale et de MM. E. LAURENT et E. CLAVEL, sous bibliothécaires de l'assemblée nationale*, première série (1789 à 1799), tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris, librairie administrative de Paul DUPONT, 1875, 731 p.

MARCAGGI (Vincent), *Les origines de la déclaration des droits de l'homme de 1789*, deuxième édition, Fontemoing et compagnie, éditeur, Paris, 1912, 251 pages.

MELLOR (Alec), *La torture. Son histoire, son abolition et sa réapparition au XXe siècle*, Les Horizons littéraires, Paris, 1949 ; réédition MAME, Paris, 1961, 420 p.

MERLE (Roger) et VITU (André), *Traité de droit criminel*, Cujas, Paris, 7^{ème} édition, 2000, 1068 p.

MEYNAERTS (J. P.), *Description de la collection de médailles antiques en or, grecques, romaines, byzantines et visigothes*, C. Annoot – Braeckman, Gand, 1852, 139 pages.

MICHAUD (L. G.), *Biographie universelle, ancienne et moderne*, tome vingt-septième, L. G. MICHAUD, Paris, 1820, 632 p. ; voir pp. 579-580. « Mauvillon », *Lettres du comte de Mirabeau à un de ses amis en Allemagne, écrites durant les années 1786-90*, Brunswick, 1792.

Biographie universelle (Michaud) ancienne et moderne, ou histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privée de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes, nouvelle édition, Paris, chez Madame C. DESPLACES, éditeur-propriétaire de la deuxième édition de la biographie universelle, rue Neuve-des-Mathurins, 38, et Leipzig, librairie de F. A. BROCKHAUS, tome 35e, Paris, typographie de Henri PLON, imprimeur de l'Empereur, rue Garancière, 8, entrée « Régnier (Claude-Ambroise) », pp. 343-344.

MICHOUD (Léon), *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 1932, Première partie, 525 p., Deuxième partie, 540 p. ; 3ème édition mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, par Louis TROTABAS (1898-1985). Première partie : Notion de personnalité morale. Classification et création des personnes morales. Deuxième partie : la Vie des personnes morales. Leur suppression et ses conséquences.

MILL (John Stuart), *L'utilitarisme*, traduit de l'anglais par Philippe Folliot, à partir de *Utilitarianism*, 4ème édition (la dernière publiée du vivant de l'auteur), Longmans, Green, Reader, and Dyer, London, 1871 ; suivi de la traduction française de Le Monnier, Ancienne librairie Germer Baillièrre et Cie, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1889, 159 p.

MILL (John Stuart), *Principes d'économie politique*, seconde édition, tome deuxième, Guillaumin et compagnie, Paris, 1861, 532 p. ; traduction par Dussard et Courcelle – Seneuil.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Essai sur le despotisme*, deuxième édition augmentée, éditeur [s.n.] (Londres), 1776, 214 pages ; pour une édition française, *Essai sur le despotisme*, A. BAILLEUL, Paris, 1821, 323 pages.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Dénonciation de l'agiotage au Roi et à l'assemblée des notables*, éditeur [s.n.], 1787, 143 p.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Lettres de Vincennes – Introduction aux Lettres de cachet. « Lettre à M. Lenoir, juillet 1777 »* in *Lettres écrites du donjon de Vincennes, pendant les années 1777, Oeuvres de Mirabeau, précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages par M. Mérilhou*, tome 1er, Lecointe et Pougin, Didier, libraires-éditeurs, Paris, 1834, 420 pages.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), « Lettre de Mirabeau à M. Levrault, libraire de Strasbourg, du 16 août 1788 » in *Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif*, tome septième, Louis HAUMAN et Compagnie, Bruxelles, 1835, 319 p. ; voir pp. 192-194.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Lettre remise à Frédéric-Guillaume II, roi régnant de Prusse, le jour de son avènement au trône, 1787*, éditeur [s.n.]. La lettre numérisée est consultable sur le site de la Bibliothèque européenne numérique « Europeana » co-fondée par l'Union européenne.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), « Lettre au major MAUVILLON » in *Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif*, tome quatrième, Adolphe GUYOT, Paris, M DCCC XXXIV (1834), 506 p. ; voir pp. 339-340.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), « Lettre inédite de Mirabeau au comte de MONTMORIN, ministre, du 18 avril 1788 » in *Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif*, tome quatrième, Adolphe GUYOT, Paris, M DCCC XXXIV (1834), 506 p. ; voir pp. 479-484.

MIRABEAU [comte de], RIQUETI (Honoré-Gabriel), *Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau*, tome quatrième, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif, Adolphe GUYOT, Paris, M DCCC XXXIV (1834), 506 p.

MONNIER (Gilles), *Commentaire romand du Code pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, 1077 p.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat) (1689-1755 ; baron de La Brède et de), *De l'Esprit des lois: avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc. ; nouvelle édition, suivie de la « Défense de l'Esprit des lois »*, Garnier frères, Paris, 1871, 680 p.

MORNET (Daniel), *Les origines intellectuelles de la Révolution française*, Éditions La Manufacture, Lyon, 1989, 632 pages.

MOTULSKY (Henri), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse de doctorat (Lyon), Sirey, Paris, 1948, 183 p. Préface de M. Paul ROUBIER (1886-1963), Professeur de droit à l'Université de Lyon, doyen de la Faculté de droit de Lyon, et président du tribunal consulaire de France à Beyrouth.

NETTER (Frank H.), *Atlas d'anatomie humaine*, Elsevier Masson, 5^e édition, 2011, traduction de Pierre Kamina, 608 p.

PALAA (J.-G.), *Dictionnaire législatif et réglementaire des chemins de fer, résumé des documents officiels en vigueur et des principaux renseignements pratiques sur l'établissement, l'entretien, la police et l'exploitation des voies ferrées ; personnel, exploitation-technique, matériel, voie, service commercial, troisième édition entièrement remaniée et comprenant un grand nombre de nouvelles indications et notamment les conventions de 1883*, tome second, librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1887, 885 pages.

PALLAIN (Georges), *Les Douanes françaises, régime général, organisation, fonctionnement*, [Nouvelle édition], Librairie administrative P. Dupont, Paris, 1913. 4 volumes in-4°. Comprend : Volume 1. Régime des douanes, régime général et régimes spéciaux, 783 p. ; Volume 2. Navigation, Sels et pêches. Statistiques commerciale, Organisation et fonctionnement du service ; 3. Comptabilité. Masse des brigades. Matériel contentieux ; 4. Lois et décrets concernant le service des douanes. Tableau des droits.

PAOLI (C.), PORRA (S.), *Code annoté de déontologie policière*, L.G.D.J, Paris, 1991, 202 pages.

PASCAL (Blaise), *Pensées*, Léon Brunschvicg, Paris, 1897, 249 pages.

PEUCHET (Jacques), *Mémoires tirés des Archives de la Police de Paris : pour servir à l'histoire de la morale et de la police depuis Louis XIV jusqu'à nos jours*, tome I, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 350 p. ; tome II, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 415 p. ; tome III, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 384 p. ; tome IV, Levavasseur et Cie, Paris, 1838, 395 p. ; tome V, Bourmancé, Paris, 1838, 384 p. ; tome VI, Bourmancé, Paris, 1838, 336 p.

PFEFFEL (Christian-Frédéric), *Nouvel abrégé chronologique de l'histoire et du droit public d'Allemagne*, tome second, DELALAIN, Paris, M DCC LXXVL, avec approbation et privilège du roi, 622 p.

PHILIPPE (Xavier), *Le Contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* ; préface de Charles Debbasch, Économica, Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Collection « Science et droit administratifs », 1990, 541 p.

PICO DELLA MIRANDOLE (Giovani), *De la dignité de l'homme (De hominis dignitate)*, Les éditions de l'éclat, collection « philosophie imaginaire », traduit du latin et présenté par Yves Hersant, Paris, 106 pages.

PRADEL (Jean), *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 17ème édition, 976 p.

PROST (Antoine), WINTER (Jay Murray), *René Cassin et les droits de l'homme : le projet d'une génération*, Fayard, Paris, 2011, 444 p.

PUFENDORF (Samuel von), *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*. Tome 1er (traduit du latin par Jean BARBEYRAC), H. Schelte, Amsterdam, 1706, 550 p. ; *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*. Tome 2, traduit du latin par Jean BARBEYRAC, H. Schelte, Amsterdam, 1706, 472 p.

PUFENDORF (Samuel), *Le Droit de la Nature et des Gens*, tome I, traduction Jean BARBEYRAC, Edition de Bâle, 1732, (réimpression, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de CAEN, 1987), 613 p.

PUFENDORF (Samuel von), *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, H. Schelte, Amsterdam, 1707, 376 p. ; in-8 ; traduits du latin de feu Mr. le baron de PUFENDORF, par Jean BARBEYRAC... avec quelques notes du traducteur. PUFENDORF, Samuel von (1632-1694), BARBEYRAC, Jean (1674-1744). Traducteur.

RAWLS (John), *Théorie de la justice* [1971], traduction de Catherine AUDARD, Points, collection « Points Essais », Paris, 2009, 665 p.

Recueil administratif du département de la Seine contenant les lois, ordonnances royales et de police, instructions, arrêtés, actes divers, jugemens des cours et des tribunaux, concernant la police et l'administration départementale et communale ; avec l'autorisation de Messieurs les préfets de la Seine et de police, tome troisième, 1er janvier au 31 décembre 1838, Paris, bureau de l'administration, page 15.

Recueil des actes administratifs de la Préfecture et des Services déconcentrés de l'État de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, du 31 août 1996, troisième année, numéro 8, p. 114.

Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administratives de droit public ; fondé par Jean-Baptiste SIREY rédigé, depuis 1831, par L.-M. DEVILLENEUVE, A.-A. CARETTE et P. GILBERT, et continué, depuis 1873, par A.-A. CARETTE, docteur en droit, ancien avocat au conseil d'État et à la Cour de Cassation, chevalier de la Légion d'honneur, et RUBEN DE COUDER avec le concours de MM. NACHET O., PAUL PONT O., G. MASSE, Conseillers à la Cour de Cassation, PARIS, 1875, p. 608.

RENAUDIE (Olivier), *La préfecture de police*, L.G.D.J., collection « Bibliothèque de Droit public », préface de Jacques CHEVALLIER, 2008, 583 p.

REY (Alain) [sous la direction de], *Dictionnaire historique de la langue française*, dictionnaire le Robert-Paris, tome 1er, juillet 2006, 1381 p.

RIPERT (Georges), *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949, 228 p.

RIVERO (Jean), *Les libertés publiques*, Presses universitaires de France, Paris, 1984, quatrième édition, tome premier, 312 p.

RIVERO (Jean), MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome II, 7^{ème} édition, PUF, collection « THÉMIS », Paris, 2003, 269 p.

ROBERT (Adolphe), COUGNY (Gaston), BOURLOTON (Edgar), *Dictionnaire des Parlementaires français, comprenant tous les Membres des Assemblées françaises et tous les Ministres français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889 avec leurs noms, état civil, états de service*, Quatrième volume, Lav-Pla, Bourlonton, Paris, 1891, 640 p.

ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'Homme et Libertés fondamentales*, Montchrestien, collection « Domat Droit Public », Paris, 7^{ème} édition, 1999, 909 p.

ROSSI (Pellegrino), *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris* recueillis par M. A. Porée, précédés d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien, tome deuxième, librairie de Guillaumin et compagnie, Paris, 1866, dans *Oeuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du gouvernement italien*, 443 pages.

ROSSI (Pellegrino Luigi Edoardo), *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris* recueillis par M. A. Porée, précédés d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien, tome troisième, librairie de Guillaumin et compagnie, Paris, *Oeuvres complètes de Pellegrino Luigi Edoardo ROSSI publiées sous les auspices du gouvernement italien*, 1867, 463 pages.

ROUSSEAU (D.) et SUDRE (F.) [sous la direction de], *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, Paris, 1991, 311 p.

ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, collection « Domat, Droit public », Paris, 6^{ème} édition, 2001, 507 p.

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, chez Marc Michel Rey, Amsterdam, M DCC LV (1755), 262 p. ; in-8. ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778), citoyen de Genève.

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754), Bordas, Collection « Univers des lettres Bordas », Paris, 1985, 127 pages.

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contract social, ou, Principes du droit politique*, chez Marc Michel Rey, Amsterdam, MDCCLXII (1762), première édition, 323 p.

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Essai sur l'origine des langues* (1781) ; *Essai sur l'origine des langues, où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Gallimard, Collection « Folio Essais », numéro 135, Paris, 1990, 286 p. ; [Jean Starobinski].

SACCO (Rodolfo), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Économica, Collection « Études juridiques comparatives », Paris, 1991, 175 p.

SAINT AUGUSTIN, *La cité de Dieu*, tome 1er, chez Gilles, libraire, Bourges, 1818, 694 p. ; tome deuxième, 638 p. ; tome troisième, 681 p. ; AUGUSTIN (saint ; 0354-0430) ; traduite en français, nouvelle édition, revue et corrigée par deux hommes de lettres par LOMBERT, Pierre.

SAINT AUGUSTIN, *Les Confessions*, Flammarion, collection « Garnier Flammarion-philosophie », Paris, 1993, 380 pages.

SAINT-EDME (B.), *Biographie des lieutenants-généraux, ministres, directeurs-généraux, de la police en France, et de ses principaux agens*, HOUDAILLE, Paris, 1829, 526 pages.

SCHOSTECK (Jean-Pierre), *Rapport sur la modification de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence*, rapport Sénat n° 245, 2001-2002.

SÉNÈQUE, *De la clémence*, publiée dans les *Oeuvres complètes de Sénèque, le philosophe*, traduction nouvelle par Messieurs Ajasson de Grandsagne, Baillard, Charpentier, Cabaret-Dupaty, Du Rozoir, Héron de Villefosse, Naudet, C.-L.-F. Panckouke, de Vatimesnil, Alfred de Wailly, Gustave de Wailly, Trognon, publiées par Charles Du Rozoir, Professeur d'histoire au Collège royal de Louis-le-Grand, Professeur suppléant à la Faculté des lettres, Académie de Paris, tome troisième, Collection « Bibliothèque latine-française », C.-L.-F. Panckouke, Paris, M DCCC XXXII (1832), 423 p.

SERRIGNY (Denis), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Aug. Durand, Paris, 1865, 604 p.

SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, Presses universitaires de France, Paris, 2001, 779 p.

SIMONIN (C.), *Médecine Légale Judiciaire*, Librairie Maloine, Paris, 1955, 1054 p.

SOCIÉTÉ DE GÉOGRAPHIE, « L'orbite de la géographie de Jean Gottmann », *La Géographie*, janvier 2007, n° spécial hors-série, 309 p.

SOLÍS ROMÁN (Azhálea Isabel), VEGA (Gustavo Adolfo), BLANDÓN ARGEÑAL (Freddy José) et ALVAREZ ARGÜELLO (Gabriel), *Tratado elemental de Derecho constitucional nicaragüense (Traité élémentaire de Droit constitutionnel nicaraguayen)*, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 1999, 152 p.

SPINOZA (Baruch), *Traité politique*, in *Œuvres de Spinoza*, traduites par Émile Saisset avec une introduction du traducteur, œuvres en trois volumes ; deuxième volume, Charpentier, Paris, 1861, 471 p.

STOETZEL (J.), *La Psychologie sociale*, Flammarion, Paris, 1963, 317 p.

STOLLEIS (Michael), *Histoire du droit public en Allemagne : la théorie du droit public impérial et la*

science de la police, 1600-1800, PUF, Paris, collection « Fondements de la politique », 1999, 656 p.

SUDRE (F.) [sous la direction de], QUELLIEN (S.), RAMBION (N.) et SALVIEJO (C.), *Droit communautaire des droits fondamentaux, Recueil de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes*, Némésis-Bruylant, collection « Droit et justice », 1999, 249 p.

SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2005, 715 p.

SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, collection « Thémis », Paris, deuxième édition, 2004, 672 p.

SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, collection « Thémis », Paris, sixième édition, 2011, 928 p.

TEISSIER (Georges), *La responsabilité de la puissance publique*, Paul Dupont, Paris, 1906, 301 p.

THIERS (Adolphe), *Histoire de la Révolution française*, Tome 1er, neuvième édition, 1839, FURNE ET CIE, LIBRAIRES-EDITEURS, Paris, 395 p.

TILLY (Alexandre comte de), *Mémoires du comte Alexandre de TILLY pour servir à l'histoire des mœurs de la fin du XVIIIème siècle*, tome troisième, Chez les Marchands de nouveautés, Paris, 1828, 348 p.

TIRAQUEAU (André), *De pœnis temperandis*, 1559, édition et traduction d'André LAINGUI, préface de Jean IMBERT, Economica, Paris, 1986, 342 p.

VAN COETSEM (Gustave-Eugène), *Du droit pénal XIIIe siècle dans l'ancien duché du Brabant, considéré en lui-même et dans ses rapports avec le droit public*, imprimerie lithographie de L. HEBBELYNCK, GAND, 1857, 222 pages.

VANLEENHOVE (M.), *Rapport fait au nom de la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique sur le projet de loi portant modification de certaines dispositions relatives à la gendarmerie et au statut de son personnel*, Chambre des Représentants de Belgique, session ordinaire 1994-1995, 24 novembre 1994, numéro 1518/3-93/94, voir les pages 1-7.

VASAK (Karel), *La Protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 35, France (Paris), 1968, 285 p.

VASAK (Karel), *Les Dimensions internationales des droits de l'homme : manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, UNESCO, France (Paris), 1978, 780 p. ; langue originale : Français.

VILLEY (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, collection « Quadrige », Paris, 1983, réédition 2014, 176 p.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) et VARINARD (A.), *Institutions judiciaires*, Dalloz, collection « Précis », Paris, huitième édition, 2005, 985 p.

VOLTAIRE (François-Marie Arouet dit), *Dictionnaire philosophique*, article « Torture » in *Œuvres de Voltaire* avec préfaces, avertissements, notes, etc. par M. Beuchot, Tome XXXII, chez Lefèvre, Werdet et Lequien, Paris, M DCCC XXIX, 535 p. ;

VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, réédition, L'Arche Editeur, Paris, 1999, 96 p. ; voir article XXIV.

VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1766, XII. « De la question » in *Des délits et des peines par Beccaria, traduction nouvelle et seule complète suivie du Commentaire de Voltaire sur le Livre des Délits et des Peines* ; traduction par P. J. S. Dufey, Dalibon, Paris, 1821, 383 p.

WACHSMANN (Patrick), *Les droits de l'homme*, Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, troisième édition, 1999, 173 p.

WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 2000, troisième édition, 542 pages.

WEBER (Max), *Economie et société*, les catégories de la sociologie, tome premier, Pocket éditeur, collection agora, Paris, 2000, 411 pages.

WEBER (Max), *Sociologie du droit*, chapitre sept, PUF, Collection Quadrige, Paris, deuxième édition, 2013, 324 p. ; traduction Jacques Grosclaude.

WEIDENFELD (Katia), *Histoire du droit administratif, du XIV^{ème} siècle à nos jours*, collection « corpus histoire du droit », dirigé par RIGAUDIÈRE (Albert), Economica, Paris, 2010, 345 p.

WOLFF (Christian) (1679-1754), *Principes du droit de la nature et des gens*, [Reproduction en fac-similé], traduction par Jean-Henry-Samuel FORMEY, Édition d'Amsterdam, 1758, réédition par le Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de CAEN, 1988, 335 p.

II. Articles de doctrine et notes de jurisprudence.

ARNULL (Anthony), « Sanctioning Discrimination » in *European Law Review* 1984, pp. 267-272.

AUBY (J.-M.), Note sur l'arrêt du Conseil d'État, 13 janvier 1992, « Grasset », page 16, *Revue du droit public* 1992, voir page 470.

AZIBERT (M.) et DE BOISDEFFRE (M.), Chronique sur l'arrêt du Conseil d'État, Section, 29 avril 1987, « Yener et consorts Erez », recueils page 151, *Actualité juridique* 1987, page 450.

BADINTER (Robert), *JORF Sénat, débats parlementaires*, année 2002 n°15S (C.R.), vendredi 8 février 2002, p. 1193.

BATISTA (Fernando), « La dignité de la personne dans la Constitution espagnole : nature juridique et fonctions », dans revue *Questions constitutionnelles, Revue mexicaine de droit constitutionnel*, numéro 14, janvier-juin 2006, pp. 3-20. Titre original : « La dignidad de la persona en la constitución española : naturaleza jurídica y funciones » in *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de Derecho constitucional*.

BAUDRY (H.), « Petit essai sur la compétence territoriale des commissaires de police » in *Revue des sciences criminelles* 1952, 123, numéros 3 à 8.

BEERNAERT (A.), Observations sur l'arrêt de la CEDH, *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, *RTDH*, 2001, 117.

BLAEVOET (C.), Note sur l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 21 octobre 1966, « SNCF », in *JCP* 1967, numéro 15 198.

BLOCK (Maurice), « La police et l'autorité municipale » in *Revue politique et parlementaire*, 1894, première année, tome premier, pp. 353-375.

BON (Pierre) et de BÉCHILLON (Denys), Observations sur Conseil d'État, 6 décembre 1999, « Ouizille », *recueil* page 417 ; *Revue française de droit administratif*, p. 221

BORDIER (D.), « La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques », in *AJDA* 2008, p. 2319 et suivantes.

CADENAT (P.), Observations sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, 3 mai 1995, « Communauté urbaine de Brest », *recueil* page 1024, *Actualité juridique* 1995, p. 799. (S'agissant de dommages causés à la communauté urbaine de Brest lors de manifestations d'agriculteurs).

CAMBACÉRÈS, Déclaration au cours de la discussion du Code d'instruction criminelle, séance du 21 fructidor an XII, LOCRÉ (Jean-Guillaume), tome XXIV, p. 139.

CAPORAL (Stéphane), « Universalisme et relativisme culturel » dans *Sujets et objets universels en droit* paru sous la direction de Geneviève KOUBI et Olivier JOUANJAN, Institut de Recherches Carré de Malberg, collections de l'Université Robert SCHUMAN, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, 151 pages ; voir spécialement, les pages 32 – 61.

CARILLO (Marc), « Une nouvelle phase dans la constitutionnalisation des droits sous la Ve République », les *Cahiers de Droit Public* de l'Institut National d'Administration Publique (Ministère de l'Intérieur et des Administrations Publiques d'Espagne), pp. 53 – 77 ; titre original : « Una nueva fase en la constitucionalización de los derechos en la V República », *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Gobierno de España, pp. 53 – 77. L'article peut être consulté par la voie électronique sur le site institutionnel de l'Institut National d'Administration Publique d'Espagne, site officiel à l'adresse suivante : <<http://revistasonline.inap.es/>> (Pour une étude sur l'institution du Défenseur des droits). Marc CARILLO est titulaire de la Chaire de Droit constitutionnel à l'Université Pompeu Fabra (Espagne, Barcelone) [Universidad Pompeu Fabra, Barcelona/Universitat Pompeu Fabra, Barcelona].

CASSIN (René), « L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme » in *Mélanges Georges Scelles, La technique et les principes du droit public*, LGDJ, Paris, 1950, tome premier, p. 77 s.

CASSIN (René), « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* (RCADI), 1951, tome 79, pp. 241-367.

CECCALDI (Pr Pierre Fernand), « La recherche scientifique de la preuve en criminalistique » in *Revue de la police nationale*, n° 117, mars 1982, pp. 5-11 et n° 118, novembre 1982, pp. 18-21.

CHAMBON (P.), Observations sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, en date du 8 novembre 1979 « Trignol », *J.C.P.* 1980. I. 2983, « L'ouverture forcée du coffre des véhicules automobiles ».

CHAMBON (P.), note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Reims, 18 mai 1984, *JCP* 85, II, 20 422.

CHARRIÈRE-BOURNAZEL (Christian), « Garde à vue : le sursaut républicain », in *Recueil Dalloz*, 2010, n° 29, p. 1928.

CHAUMEIL (Jean-Marie), « Limites et possibilités de la science dans l'enquête criminelle » in *Revue internationale de criminologie et de police technique*, volume XIV, 1960, n° 2, avril-juin, pp. 127-132.

CHAZEL (F.), « Pouvoir, cause et force », *Revue française de sociologie*, 197, XV, pp. 441-457.

CHERKAOUI (M.), « WEBER Max », in *Encyclopédie philosophique universelle, les Oeuvres philosophiques, dictionnaire*, tome deux, Presses universitaires de France, 1992 ; voir philosophie occidentale, l'essor des sciences humaines (1889-1939), page 2918.

COHEN-JONATHAN (Gérard), Observations sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 juillet 1988, « Velásquez Rodriguez c. Honduras », Série C, numéro sept, paragraphe 167, *RGDIP*, 1990, p. 455 et suivantes.

COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.-M.), Chronique sur l'arrêt du Conseil d'État, 5 octobre 1960, « Époux Rigollet », page 515, *Actualité juridique* 1960, page 157 et suivantes.

CONSTANTINESCO (Vlad) et SIMON (Denys), Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire, *Journal du droit international* 1990, pp. 459-461.

COULOMBELLE, « Force et but en droit chez Ihering », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1957, pp. 609 – 631.

CURTIN (Deirdre), « Effective Sanctions and the Equal Treatment Directive : The Von Colson and Harz Cases », in *Common Market Law Review* 1985, pp. 505-532.

DAROLLE, note sous l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 janvier 1987, *Dalloz* 1988, 179.

DECAUX (Emmanuel), « De la promotion à la protection des Droits de l'homme » in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Société française pour le droit international (SFDI), Colloque de Strasbourg, Pedone, Paris, 1998, 344 p.

DE CATERINI (P.), Observations sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, « Frontini », en date du 27 décembre 1973, *Cahiers du droit européen*, 1975, 122.

DECOCQ (André) et DRAGO (Roland), Note sous décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1984, II, 20160.

DEJEMEPPE (B.), « Deux années d'application du mandat d'arrêt européen », in *Colloque en droit pénal et en procédure pénale*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 144-145.

DE LOMÉNIE (Charles), « L'élection de Mirabeau aux États-Généraux (janvier-avril 1789) » in *Annales de l'École libre des Sciences politiques*, 1889, pp. 298-341.

DIBOUT (Patrick), « L'effet des directives européennes. À propos de l'arrêt Becker relatif à la 6e directive TVA », *Droit fiscal* 1982, pp. 965-970.

DIDIER (Jean), Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 mai 1980, *Dalloz* 1981, voir page 533.

DUGUIT (Léon), Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 24 octobre 1917, *S.* 1918, 1, 193.

DUVILLARD (J.-L.), Note sur le jugement du Tribunal administratif d'Orléans, 7 avril 1987, « Maire de Dreux », *Actualité juridique* 1987, page 193.

DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), « La Constitution de l'Union des Comores » in *Revue électronique Afrilex* n° 03/2003, pp. 129-138. L'article est consultable sur le site : <<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-revue.html>>

ECKLY (Pierre), « La Constitution japonaise dans les courants contemporains du constitutionnalisme – Texte commenté de la Constitution du Japon », *Cahiers du Centre Européen d'Études Japonaises d'Alsace*, 2006, Cahiers N° 3, pp. 3 – 54.

FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), Commentaires à propos de la décision « Liberté d'association », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, quatorzième édition, n° 18, pp. 235-252.

FERNANDEZ SEGADO (Francisco), « La dignité de la personne comme fondement de ses droits » (titre original : « La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos »), in *Revue du droit public de l'Université des Andes*, Faculté de droit, revue numéro six, juin 1996, voir pp. 13-45.

FERNANDEZ SEGADO (Francisco), « Dignité de la personne, ordre de valeurs et droits fondamentaux dans l'ordonnement constitutionnel espagnol », dans *Revue espagnole de droit militaire*, Ministère de la défense, Madrid, numéro 65, janvier-juin 1995, voir les pages 505-539.

FLOGAITIS (Spyridon), « Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Revue européenne de droit public / European Review of Public Law / Europäische Zeitschrift des öffentlichen Rechts* 1992, pp. 291-306.

FOUQUET (Olivier), « Pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale (article 94 de la loi de finance pour 1985) », *Revue française de droit administratif*, 1985, p. 756 et suivantes.

FOURNIER (J.) et BRAIBANT (Guy), Chronique sur l'arrêt du Conseil d'État, 16 mars 1956, « Époux Domenech », *Actualité juridique du droit administratif* 1956, 2, page 226 (s'agissant de l'utilisation des grenades lacrymogènes).

FOURRÉ (J.) et PUYBASSET (M.), chronique sur l'arrêt du Conseil d'État, 29 novembre 1963, « Époux Marchon », recueil page 581, *Actualité juridique* 1964, page 27.

GASSIN (Raymond), *Répertoire Dalloz droit pénal*, V° Liberté individuelle.

GEORGES (G. H.), Note sur les arrêts du Conseil d'État, Assemblée du contentieux, 24 juin 1949, « consorts Lecomte et Franquette et Daramy », deux arrêts, *Revue du droit public* 1949, p. 183.

GOUHIER (Sébastien) « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens » in *RFDA*, mars-avril 2002, pp. 384-392.

GOGUEL (François), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Conseil constitutionnel français » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, sous la direction de Louis FAVOREU, préface d'André TUNC, Economica, Paris, et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, collection « droit public positif » dirigée par Louis FAVOREU, Président de l'Université d'Aix-Marseille III, nouveau tirage, 1987, 540 pages ; voir spécialement, pp. 225-239.

GOODE (W.), « The Place of Force in Human Society », *American Sociological Review*, 1972, XXXVII, pp. 507-519.

GORPHE (François), « La valeur probante des indices » in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, Paris, 1937, tome 2, pp. 418-437.

GOTTMANN (Jean), « The evolution of the concept of territory » in *Social Science Information*, 1975, n° 2-4, pp. 27-29.

HAMEL (M.), *Réponse ministérielle du ministre de la Justice, Journal officiel de l'Assemblée nationale* du 15 décembre 1977, page 8835.

HAMON (Léo), « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels » in *Dalloz* 1974, chronique, pp. 83-90.

HAAS (Marion), MARON (Albert), « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *Droit pénal*, 2010, n° 10, pp. 37-42.

HAURIOU (Maurice), Note sous la décision du Tribunal des conflits du 4 juillet 1896 « Bergeon », *S.* 1897, 3, 137.

HAURIOU (Maurice), Note sous l'arrêt classique dit « du Fort de la Double Couronne », CE, 28 mars 1919, « Regnault-Desrozières », *RDP* 1919, page 239, conclusions Corneille et *recueil Sirey* 1919. III. 25.

HUET (P.), Note sur l'arrêt du Tribunal des conflits, 2 juin 1945, « Époux Cuvillier », *recueil* page 276, *recueil Sirey* 1945. III. 61.

IBAÑEZ (Ricardo Marín), « Juan Luis VIVES (1492 ?-1540) » in *Perspectives : revue trimestrielle d'éducation comparée*, (UNESCO : Bureau international d'éducation, Paris), vol. XXIV, n° 3/4, 1994 (91/92), pp. 775-792.

IDOT (Laurent), Commentaire sur l'arrêt de la CJCE, 22 octobre 2002, « Roquette Frères SA », affaire C-94/00, pt 29, *Europe*, 2002, numéro 12, commentaire 422.

INGBER (Léon), « La tradition de Grotius. Les droits de l'homme et le droit naturel à l'époque contemporaine » in *Des théories du droit naturel*, Centre de publications de l'Université de Caen, Caen, 1988, 160 p.

JANSEN (Bernhard), « Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence (observations au sujet des arrêts de la Cour des 21 septembre, 17 et 18 octobre 1989) », *Revue du Marché Commun* 1990, pp. 696-701.

KOERING-JOULIN (R.), Observations sur l'arrêt de la CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, in *Revue des sciences criminelles*, 1997, 457.

LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », in *AJDA*, 1998, numéro spécial : Les droits fondamentaux, p. 81 s.

LANDA (César), « Dignité de la personne humaine » (titre original : « Dignidad de la persona humana »), in *Cuestiones constitucionales, Revue mexicaine de droit constitutionnel*, numéro sept, juillet-décembre 2002, pp. 109-138. Le rédacteur est Professeur en droit constitutionnel de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LARRALDE (Jean-Manuel), « Lorsque René Cassin commentait la Déclaration universelle des droits de l'homme ; à propos du cours publiés au Recueil des cours de l'Académie de droit international de 1951 » in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux n° 7, 2009 : L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après*, pp. 23-33. Les Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux sont édités par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux de l'Université de Caen disponibles aux Presses universitaires de Caen. Les Directeurs

de rédaction sont Jean-Manuel LARRALDE et Marie-Joëlle REDOR-FICHOT. Source : <<http://www.unicaen.fr/puc/>>

LEBRETON (Marie-Christine), « Pour une réforme des contrôles d'identité », *RRJ-Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif* 1998, pp. 213-227.

LECAT (J.-P.) et MASSOT (J.), Chronique sur l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 21 octobre 1966, « SNCF », p. 157, *Actualité juridique du droit administratif* 1967, page 37.

LE CLÈRE (Marcel), « La nouvelle compétence territoriale des officiers de police judiciaire » in *Revue des sciences criminelles* 1959, p. 353 et suivantes.

LESCLOUS (Vincent) et MARSAT (Claire), Commentaire sur l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 mai 1994 et 31 mai 1994, in *Droit pénal*, commentaire numéro 59.

LEVASSEUR (Georges), « Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité. », in *Mélanges HUGUENEY, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Édition Sirey, Paris, 1964, p. 25.

LUCHAIRE (François), « La sûreté : Droit de l'homme ou sabre de M. PRUDHOMME ? », *RDP* 1989, pp. 609-634.

LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale » in *Revue du droit public*, 1991, p. 1499 s.

LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *Revue du droit public* 1996, p. 1245 et suivantes.

LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel et la loi du 24 avril 1997 sur l'immigration », *Revue du droit public*, 1997, p. 931 et suivantes.

LUGO GARFIAS (María Elena), « Le protocole facultatif contre la torture au Mexique, commentaire législatif », *Derechos Humanos Mexico. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* Número 2, Año 2006, pp. 168-179. La Revue est consultable par la voie électronique sur le site de la Bibliothèque Juridique Virtuelle de l'Institut des Investigations Juridiques de l'Université Nationale Autonome de México-UNAM, à l'adresse suivante : <http://www.Juridicas.unam.mx/>

MARCHI (J.-P.), Note sous Tribunal correctionnel de Paris, 11e chambre, 8 octobre 1986, *Gazette du palais*, 5, 6 décembre 1986, p. 10 ; concernant la définition du mandat de comparution.

MARDESSON (D.), Note sur les arrêts du Tribunal des conflits, 13 février 1984 « Société ECC International », Recueil page 445, in *Dalloz* 1984, page 105 et suivantes.

MARON (A.), Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 12 mai 1992, « Procureur général de Nîmes », (Bulletin criminel, n° 185), in *Droit pénal* 1992, n° 243.

MARON (A.), Commentaire sous l'arrêt de la Cour d'appel de Douai, quatrième chambre, 31 octobre 1991, in *Revue Droit pénal*, 1992, numéro 215.

MASSIAS (F.), Observations sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, [Grande Chambre], (requêtes n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II ; § 87 et § 94), in *Revue des sciences criminelles*, 2001, 639.

MAUBERNARD (C.), Observations sur l'arrêt de la CJCE, 9 octobre 2001, « Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'UE », affaire C-377/98, *RTDH*, 2002, 662.

MAUBERNARD (Christophe), « Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2003, pp. 483-513.

MEHDI (R.), Observations sur l'arrêt de la CJCE, 10 juillet 2003, « Booker Aquaculture Ltd », affaire C-20/00 et C-64/00, *Journal du droit international*, 2004, 548.

MESTRE (J.-L.), « La connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869 », *Annuaire européen d'administration publique*, tome huitième, Paris, 1986, p. 72 et suivantes.

MESTRE (J.-L.), « Les juridictions françaises et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la Recherche juridique*, 1990, p. 77 et suivantes.

MONTREUIL (Jean), « Attroupements », *Juris-Classeur pénal*, articles 431-3 à 431-8.

MONTREUIL (Jean) et HAMY (Jacques), « Le préfet de police », in *Revue de la police nationale*, numéro 107, 1978-2, pp. 5-21.

MONTREUIL (Jean), « Manifestations publiques », *Juris-Classeur Pénal*, article 431-9 à article 431-12.

MONTREUIL (Jean), « Violation de domicile par abus d'autorité », *Juris-Classeur pénal*, article 432-8.

MORANGE (Georges), Note sur l'arrêt du Conseil d'État, Section, 27 juillet 1951, « Dame Auberger et Dumont », recueil page 447, *Dalloz* 1952, page 108, [conclusions F. Gazier].

MORANGE (Jean), « Les vérifications d'identité », in *AJDA* 1981, pp. 285-291.

MORANGE (Jean), « Les contrôles préventifs d'identité, chronique à propos des arrêts de la chambre criminelle des 4 octobre 1984 et 25 avril 1985 », in *RFDA* 1986, pp. 444 et suivantes.

MÜNCH (Ingo von), « La dignité de l'homme en droit constitutionnel », in *Revue espagnole de droit constitutionnel*, numéro cinq, mai-août, 1982, pages 20 et suivantes.

MÜNCH (Ingo von), « La dignité de l'homme en droit constitutionnel allemand » (article paru, en espagnol sous le titre « La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán » dans *Foro, Nueva Época, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Revue de Sciences Juridiques et Sociales) de la Faculté de Droit de l'Université Complutense de Madrid, numéro 9/2009, pp. 107-123.

OPPETIT (Bruno), « Henri Motulsky et la philosophie du droit » in *Archives de Philosophie du droit* 1993, tome 38, pp. 251-256.

PANNIER (Jean), « À propos de la retenue douanière », in *Recueil Dalloz*, 2010, n° 35, p. 2352.

PATIN (M.) et CAULLET (M.), « Sur la compétence territoriale des commissaires de police » in *Revue des sciences criminelles*, 1953, p. 251 et suivantes.

PÉDAMON (Michel), « La fouille corporelle » in *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1961, n° 3, pp. 467-499.

PICARD (Étienne), « Forces de polices : définition et missions » et « Forces civiles et militaires de police : organisation », Fascicules 201-1 et 201-2 du *Juris-Classeur Administratif*.

PICARD (Étienne), « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux », in *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 959 et suivantes.

POIRMEUR (Yves), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'Homme ? » in DRAGO (G.), FRANCOIS (B.) MOLFESSIS (N.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, 415 p.

PONTIER (Jean-Marie), « Celle que l'on n'attendait plus : la loi sur les polices municipales », in *Revue administrative* n° 310, pp. 416-424.

PRADEL (J.), Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 juin 1999, *Dalloz* 1999, voir page 458.

PRELLE (M.) « Le régime international des permis de conduire », *JCP* 1981. I. 3052.

PRÉTOT (Xavier), Observations sur Conseil d'État, 28 avril 1989, « Commune de Montgeron », *recueil* page 119, *Actualité juridique* 1989, page 644.

RENAUT (Alain), « Homme (droits de l') », *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques, Dictionnaire*, tome premier, philosophie occidentale, Presses universitaires de France, Paris, 1990, pp. 1163-1165.

RENAUT (Alain), « Le droit naturel dans les limites de la simple raison. De Wolff à Fichte » in *Des théories du droit naturel*, Centre de publications de l'Université de Caen, Caen, 1988, 160 p. ; pp. 140-160.

RENOUX (T.), Note sur la Décision du Conseil constitutionnel numéro 90-281 DC, en date du 27 décembre 1990, in *RFDC* 1991, p. 118 et suivantes.

RIGAUX (A.) et SIMON (Denys), Commentaire sur l'arrêt de la CJCE, 12 juin 2003, « Schmidberger », C-112/00, pt 74 ; *Europe*, 2003, numéro 8-9, commentaire 272.

RIVERO (Jean), Note sur décision du Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, in *A.J.D.A. (Actualité juridique du droit administratif)*, 1978. 215.

ROBERT (Jacques), « Propos sur le sauvetage d'une liberté » in *Revue du droit public* 1971, pp. 1171-1204.

ROBERT (Jacques), « Les accords de Schengen » in *Revue des affaires européennes*, 1992 (1), p. 5 s

ROBERT (Jacques-Henri), « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », in *La Semaine juridique. Édition générale*, 2011, n° 1-2, pp. 33-37.

ROETS (D.), Note sur l'arrêt de la CEDH, *Henaf c. France*, 27 novembre 2003, *Dalloz* 2004, 1196.

ROLLAND (Patrice), Observations sur l'arrêt de la CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, A. 25, in *JDI*, 1980, 449.

ROLLAND (Patrice), « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », dans ROUSSEAU (D.) et SUDRE (F.) [sous la direction de], *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, Paris, 1991, 311 p. ; voir, p. 71 et s.

RUZIÉ (D.), Observations sur l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 6 octobre 1983, « Barbie », *JCP*, 1983, II, 20107.

SIEYÈS (Emmanuel-Joseph), Discours daté du 2 thermidor an III in *réimpression de l'ancien Moniteur*, tome XXV, p. 292.

SIEYÈS (Emmanuel-Joseph), Discours du 2 thermidor an III, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, tome XXV, p. 295.

SIEYÈS (Emmanuel-Joseph), Projet de déclaration des droits présenté à l'Assemblée constituante.

SUDRE (F.), Observations pour la détention en vue d'une expulsion, CEDH, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, in *RGDIP*, 1987, 533.

SUDRE (F.), Note sur l'arrêt de la CEDH, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, A. 241 A, in *Revue des sciences criminelles et du droit pénal comparé*, 1993, 33.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *JCP G*, 1997, I, 4000, numéro 8.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, *JCP G*, 1997, I, 4000, numéro 11.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *L. C. B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *JCP G*, 1999, I, 105, numéro 7.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Assenov c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, *JCP G*, 1999, I, 105, numéro 12.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Ilhan c. Turquie*, Grande Chambre, 27 juin 2000, *JCP G*, 2001, I, 291, numéro 11.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Berktaç c. Turquie*, 1er mars 2001, *JCP G*, 2001, I, 342, numéro 1.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Indelicato c. Italie*, 18 octobre 2001, *JCP G*, 2002, I, 105, numéro 2.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *H. M. c. Suisse*, 26 février 2002, *JCP G*, 2002, I, 157, numéro 4.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 46295/99, (*Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV) in *JCP G*, 2002, I, 157, numéro 7.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Pantea c. Roumanie*, 3 juin 2003, *JCP G*, 2003, I, 160, numéro 3.

SUDRE (F.), Chronique sur l'arrêt de la CEDH, *Gusinskiy c. Russie*, 19 mai 2004, *JCP G*, 2004, I, 162, numéro 2.

SURREL (H.), Observations sur l'arrêt de la CEDH, *M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, (requête n° 39272/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-XII) in *RDJ*, 2004, 803.

TAVERNIER (P.), Note sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, [Grande Chambre], (requêtes n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II ; § 87 et § 94), in *Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH)*, 2001, 1109.

THIEFFRY (Jean), ARNOLD (Karin) et VAN DOORN (Philip), « Les pouvoirs d'enquête de la Commission CEE en droit de la concurrence », *Gazette du Palais* 1990, III Doct., pp. 309-313.

THOUVENIN (D.), « Éthique en matière biomédicale », in *recueil Dalloz Sirey*, 1985, quatrième cahier, chronique, pp. 21-26.

THUILLIER (Guy), « Charles-Alphonse DELANGLE » in TULARD (Jean), [sous la direction de], *Dictionnaire du Second Empire*, Fayard, Paris, 1995, 1347 p.

TROPER (Michel), « Jefferson et l'interprétation de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » in *Revue française d'histoire des idées politiques*, numéro neuf, premier semestre 1999, pp. 3-23.

TUNC (André), « René David (1906-1990) » in *Revue internationale de droit comparé*, Volume 42 N° 3, Juillet-septembre 1990. pp. 865-868.

USHER (John), « Direct Effect of Directives : The European Court Holds Firm », in *European Law Review* 1982, pp. 193-195.

VARINARD (André), Observations sous la décision de la chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 12 mai 1992, « Procureur général de Nîmes », et sous la décision de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 26 février 1997, « Foll » ; ces deux décisions, ayant été réunies par l'auteur dans *Les Grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, Paris, cinquième édition, 2006, 414 p. ; Grand arrêt numéro cinq, pp. 54-71.

VEDEL (Georges), « Schengen et Maastricht » in *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 173 s.

VÉRON (Michel), Commentaire sous l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 décembre 1986, (bulletin 384) in *Droit pénal* 1991, numéro 227.

VÉRON (Michel), Commentaire sous l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 janvier 1997, *Droit pénal* 1997, commentaire 78.

VIMBERT (Christophe), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *RDP*, pp. 693-745.

VIRALLY (Michel), « Cours général de droit international public », in *RCADI* 1983, tome 183, p. 124 et s.

WACHSMANN (Patrick), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *RSC* (1), Janvier-mars 1988, pp. 1-15.

WALINE (Marcel), « De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leur faute personnelle et des moyens d'y remédier », in *Revue du droit public* 1948, p. 1 et suivantes.

WALINE (Marcel), Note sur les arrêts du Conseil d'État, Assemblée du contentieux, 24 juin 1949, « Consorts Lecomte et Franquette et Daramy », deux arrêts, *recueil Sirey* 1949. III. 61.

WATKINS (Calvert), « A Distant Anatolian Echo in Pindar: The Origine of the Aegis Again », *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 100, 2000, pp. 1-14.

WECKEL (P.), Chronique sur Comité des droits de l'homme, numéro 829/1998, « Judge contre Canada », décision, 5 août 2003, (A/58/40, volume II, 64), in *RGDIP*, 2003, 969.

Table des matières

Introduction générale.....	1
Première partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard des libertés individuelles.....	29
Introduction de la première partie.....	30
Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de la liberté d'aller et de venir.....	36
Chapitre premier. Chapitre premier. La recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public : la mission cardinale de la force publique.....	40
Section première. Les contrôles opérés par la force publique en vue de la recherche des auteurs d'infractions.....	44
I. Le préalable à l'exercice des contrôles : la compétence <i>ratione personae</i> et la compétence <i>ratione loci</i> de la force publique.....	45
§1. La compétence <i>ratione personae</i> de la force publique.....	45
A. Le rattachement organique de la force publique : l'organisation ministérielle.....	46
B. L'organisation de la force publique en France et dans le monde.....	52
1) La gendarmerie : une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois.....	56
2) La police nationale : « Pro patria vigilans ».....	69
3) La police municipale : la première force publique à l'échelon local.....	84
4) La douane : une force publique économique.....	90
5) Les forces publiques spécialisées : l'exemple des gardes champêtres.....	92
§2. La compétence <i>ratione loci</i> de la force publique : les circonscriptions territoriales.....	94
A. La détermination du concept de territoire.....	94
B. L'encadrement territorial de l'action de la force publique.....	100
1) La détermination de la notion de circonscriptions.....	102
2) La compétence territoriale traditionnelle.....	115
II. Les contrôles pénaux opérés par la force publique : la recherche des auteurs d'infractions.....	120
§1. L'encadrement <i>a priori</i> de l'emploi de la contrainte en droit constitutionnel.....	122
A. Le Conseil constitutionnel français : d'un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics à un organe protecteur des libertés constitutionnellement garanties vis-à-vis du législateur.....	123
1) La notion de justice constitutionnelle.....	123
2) Le Conseil constitutionnel français et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.....	126
B. La consécration constitutionnelle de la liberté individuelle.....	129
§2. Les contrôles d'identité : une conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnelles et la nécessité de la recherche des auteurs d'infractions.....	134
A. Les contrôles d'identité de police judiciaire : des contrôles visant à réprimer les infractions.....	137
1) Le contrôle d'identité d'initiative.....	138

2) Le contrôle d'identité requis.....	141
B. Le contrôle d'identité de police administrative : un contrôle d'identité préventif.....	142
III. Les contrôles hodographiques opérés par la force publique : l'adaptabilité du service public policier au milieu naturel (l'exemple des contrôles routiers).....	146
§ 1. La compétence <i>ratione personae</i> de la force publique routière et autoroutière.....	149
§ 2. La violation des prescriptions légales et réglementaires : le fondement du contrôle routier.....	151
A. Le contrôle de l'excès de vitesse.....	153
B. Le principe de légitimation : l'exemple du « Cuerpos de Policía Local de Castilla y León » (Espagne).....	155
C. Le respect de l'usager par l'encadrement déontologique du comportement policier : l'exemple du Grand-Duché de Luxembourg.....	157
Section deuxième. Les contrôles économiques opérés par la force publique : garantir les ressources fiscales de l'État et préserver la santé humaine.....	159
§ 1. Le contrôle douanier : assurer la perception des ressources fiscales de l'État.....	160
A. La compétence territoriale des douanes.....	164
1) La création du rayon des douanes en France : la compétence <i>ratione loci</i> de la force publique douanière.....	164
2) La détermination argentine du territoire douanier.....	165
3) La puissance douanière : les Douanes vénézuéliennes.....	167
B. Les bureaux de douane et circonscriptions douanières : assurer la perception des droits et taxes et assurer la préservation des intérêts économiques.....	168
1) L'institution des bureaux de douane et la détermination des circonscriptions douanières.....	169
2) La finalité du contrôle douanier : la protection des ressources fiscales de l'État.....	170
α - Caractère obligatoire de la déclaration en détail.....	171
β - La liquidation des droits et taxes.....	172
γ - Régime général des acquits-à-caution.....	172
3) Le Contrôle sanitaire aux frontières : le Contrôle sanitaire des végétaux à l'importation.....	173

§ 2. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (D.G.C.C.R.F.).....	176
A. La genèse de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.....	176
1) L'organisation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.....	178
2) Le corps des fonctionnaires de la DGCRRF.....	182
3) La compétence territoriale de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.....	183
B. Les contrôles de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes : garantir la santé humaine.....	186
Chapitre deuxième. Les mesures de contrainte visant à traduire devant la justice les auteurs d'infractions : des mesures strictement encadrées.....	189
Section première. Le principe de la légalité des délits et des peines : fondement de la mesure de contrainte.....	195
I. Le rôle cardinal de la loi pénale au sein des sociétés humaines.....	197
§1. La loi pénale et la liberté.....	199
§2. La loi pénale constitutive du pacte social.....	201
II. Les bases constitutionnelles du principe de la légalité des délits et des peines.....	206
§1. Le principe de la légalité des délits et des peines et ses corollaires.....	211
§2. La notion de sûreté.....	214
1) La détermination du concept de sûreté.....	214
2)Le respect du principe d'égalité devant la loi pénale : fondement de la mesure de contrainte.....	218
a) La valeur constitutionnelle du principe d'égalité.....	218
b) Les composantes du principe d'égalité : le principe d'égalité devant la loi et ses applications particulières.....	220
α - L'égalité devant la loi pénale.....	220
β - Le principe d'égalité en droit comparé : le principe d'égalité dans l'État de GUANAJUATO (Mexique).....	222
Section deuxième. Les arrestations et la garde à vue : le cœur de la contrainte de la force publique.....	223
I. La contrainte exercée par la force publique : la phase d'arrestation et la phase de la vérification d'identité.....	223
§1. Les fondements de l'arrestation : l'exécution des mandats de justice.....	226
A. Le mandat de comparution.....	228
B. Le mandat d'amener.....	228
C. Mandat d'arrêt.....	232
D. Le mandat de dépôt.....	232

E. La coopération européenne policière au sein de l'Union européenne : le mandat d'arrêt européen et le droit de poursuite transfrontalière dans le cadre de l'Accord de Schengen.....	233
F. La coopération internationale policière : Interpol.....	237
§2. Les vérifications d'identité : des vérifications strictement encadrées.....	239
A L'aménagement de la contrainte inhérente à la vérification d'identité.....	241
1) Les motifs de la rétention.....	241
2) Les conditions d'exécution de la rétention.....	242
B. Les garanties accordées à la personne soumise à une vérification d'identité.....	244
II. La garde à vue : une mesure de police judiciaire sous le contrôle de l'autorité judiciaire.....	246
§1. L'encadrement de l'emploi de la contrainte de la force publique par le Ministère public.....	246
A. Le contrôle du Ministère public sur l'action de la force publique.....	247
1) Les origines de la police judiciaire en France.....	247
2) La création du Ministère public d'un point de vue comparé. Une différence de fondement juridique : la constitutionnalisation du Ministère public par l'État de Basse Californie (Mexique)....	249
B. La compétence matérielle des membres de la force publique exerçant des missions de police judiciaire.....	252
§2. Une mesure de police judiciaire nécessitant des garanties.....	260
A. Définition de la garde à vue.....	261
1) La substance de la mesure de contrainte de la garde à vue.....	261
2) La garde à vue en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants.....	263
a) La consistance de la particularité de la garde à vue en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants en droit français.....	263
b) La garde à vue en matière de terrorisme dans le droit européen des droits de l'homme.....	264
B. Les droits du gardé à vue.....	269
1) La protection juridictionnelle des droits du gardé à vue et le régime de nullité de la garde à vue.....	269
2) L'institution d'autorités administratives indépendantes garantes des droits des personnes gardées à vue.....	272
C. L'interdiction des détentions arbitraires.....	278
1) La mise en cause de la garde à vue et de la retenue douanière par le Conseil constitutionnel.....	279
a) La mise en cause de la garde à vue par la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 sur la garde à vue : la Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 « M. Daniel W. et autres ».....	279
b) La mise en cause de la retenue douanière : la Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 « M. Samir M. et autre ».....	283
2) La condamnation des détentions arbitraires en droit français, en droit belge, en droit burkinabé et dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.....	285
a) La condamnation des détentions arbitraires en droit français.....	286
α - La prohibition de toute détention arbitraire par le Conseil constitutionnel : la Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, « M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice] ».....	286
β - La responsabilité pénale des membres de la force publique en matière d'abus d'autorité commis contre les particuliers.....	289
b) La condamnation des détentions arbitraires en droit belge par la Cour de cassation.....	289
c) La condamnation des détentions arbitraires en droit burkinabé par la Cour de cassation.....	290
d) La condamnation des détentions arbitraires dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.....	291
Conclusion du Titre premier.....	300

Titre deuxième. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte au regard du droit de propriété.....	301
Chapitre premier. La contrainte de la force publique au service de la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité.....	303
Section première. La détermination du droit de propriété.....	304
I. Les conceptions philosophiques du droit de propriété.....	304
§1. La propriété dans la pensée physiocratique.....	305
§2. Exposition de la théorie qui fait dériver le droit de propriété soit de la loi, soit d'une convention.....	308
II. La consécration du droit de propriété en droit constitutionnel.....	312
§1. La constitutionnalisation du droit de propriété.....	312
A. La consécration constitutionnelle du droit de propriété en histoire du droit constitutionnel français et européen.....	312
B. La consécration constitutionnelle du droit de propriété en droit constitutionnel positif à l'échelon mondial et en France.....	315
§2. La consécration constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile.....	321
A. La reconnaissance constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile dans le monde.....	322
B. La notion d'inviolabilité du domicile en droit français.....	324
1) La détermination de la notion de domicile.....	325
2) La divergence d'interprétation relativement à la notion de domicile au plan européen et communautaire.....	335
Section deuxième. Les perquisitions : la constitution des preuves utiles à la manifestation de la vérité.....	339
I. Les modes de preuve en droit français.....	341
§1. Le principe de la liberté de la preuve.....	341
A. Une liberté qui s'impose malgré l'existence de moyens de preuve prévue par la loi.....	342
B. L'encadrement juridique de la preuve.....	343
1) Le principe de loyauté dans la recherche de la preuve.....	344
2) La répression des preuves obtenues au moyen d'une infraction.....	345
§2. La médecine légale : la science au service de la vérité.....	345
A. Les établissements publics de l'État à caractère administratif au service de la Justice : L'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN) et l'Institut national de police scientifique.....	347
B. Le Service médico-légal et de médecine légale de l'État de Basse Californie du Sud (Mexique) : un organe administratif déconcentré au service de la vérité.....	352
II. Les modalités de la perquisition et de la visite domiciliaire.....	353
§1. L'encadrement de la perquisition par le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires.....	353
§2. L'encadrement légal des visites domiciliaires.....	361
A. Les visites domiciliaires dans le Canton du Valais, en France, en Belgique et au Mexique.....	362
B. La responsabilité pénale en cas de violation de domicile.....	363
C. Le droit de visite des douanes.....	363
Chapitre deuxième. La saisie de l'instrument et du produit de l'infraction : la sanction des auteurs d'infractions.....	366
Section première. Les moyens de la saisie : les fouilles et palpations de sécurité.....	366
I. Les fouilles de véhicules.....	366

§1. L'encadrement des fouilles des véhicules par le Conseil constitutionnel et la juridiction judiciaire.....	367
a) L'encadrement constitutionnel des fouilles du véhicule : la jurisprudence protectrice du Conseil constitutionnel.....	367
b) La détermination de la notion de fouille dans le cadre d'une procédure de flagrance.....	377
§2. L'encadrement des fouilles par la Cour Suprême du Canada.....	379
a) Présentation de la Cour Suprême du Canada.....	380
b) Le contrôle des fouilles par la Cour Suprême du Canada.....	383
II. Les fouilles à corps et palpations de sécurité.....	386
§1. Le contrôle des fouilles à corps par la Cour de Cassation française et la Cour de Cassation Belge.....	387
§2. Le contrôle des palpations de sécurité par les juridictions judiciaires françaises.....	389
Section deuxième. La consistance des saisies.....	391
I. Le fondement des saisies : la lutte contre la contrefaçon et la protection des espèces vivantes protégées.....	391
§1. La lutte contre la contrefaçon.....	392
A. Définition de la contrefaçon.....	392
B. Le cadre de la lutte contre la contrefaçon : la coopération internationale (Congrès Mondial sur la Lutte contre la contrefaçon et la piraterie).....	394
§2. La protection des espèces vivantes protégées : la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES ou Convention de Washington.....	396
II. La saisie de l'instrument et du produit de l'infraction : la mise en fourrière et la confiscation.....	399
§1. La mise en fourrière d'un véhicule : une mesure de police judiciaire.....	399
§2. Les saisies et les confiscations.....	405
A. Les saisies.....	405
1) L'encadrement juridictionnel des saisies.....	405
a) L'examen de la constitutionnalité des saisies préventives d'armes.....	406
b) Le contrôle des saisies par la juridiction judiciaire.....	410
2) La détermination prétorienne de la notion de contrebande : le critère de l'utilisation des routes légales d'importation.....	413
B. La confiscation.....	417
1) L'objet de la confiscation.....	418
a. La confiscation en nature.....	418
b. La confiscation par équivalent.....	419
2) Le régime juridique de la confiscation.....	421
a. Le principe de légalité.....	421
b. Le principe de personnalité.....	421
Conclusion du Titre deuxième.....	425
Conclusion de la Première partie.....	426
Deuxième partie. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard de l'intégrité personnelle.....	427
Introduction de la deuxième partie.....	428
Titre Ier. L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique au regard du droit à l'intégrité physique.....	434

Chapitre premier. Le recours à la force au regard du droit à l'intégrité physique dans un cadre individuel.....	437
Section première. L'encadrement juridique du recours à la force employée par la force publique dans l'appréhension des auteurs d'infractions.....	438
§1. L'encadrement <i>a priori</i> du recours à la force : le respect du principe de proportionnalité et l'encadrement déontologique.....	439
A. Les moyens de la contrainte : un panel au service du principe de proportionnalité.....	440
1) La qualification juridique d'arme du spray au poivre (pepper gas) en droit helvétique : l'appréciation du Tribunal fédéral et de la cour de cassation pénale du Canton de Vaud.....	441
2) L'encadrement de la violence exercée à l'aide du chien policier (<i>Canis lupus familiaris</i>) : le respect du principe de proportionnalité.....	446
B. L'encadrement du recours aux moyens de contrainte intermédiaire : le discernement du Code de déontologie de la police nationale.....	455
1) En France : le Code de déontologie de la police nationale.....	456
2) Au Canada : le Code de déontologie des policiers du Québec appliqué.....	457
§2. La responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres.....	460
A. La détermination de l'ordre de juridictions compétent en France dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres.....	462
B. La responsabilité de la puissance publique à raison des coups et blessures volontaires de ses membres en Suisse.....	465
Section deuxième. L'interdiction absolue de la torture : consécration constitutionnelle et organique.....	469
§1. La notion de dignité inhérente à la personne humaine : le fondement de l'interdiction absolue de la torture.....	473
A. La conception philosophique de la dignité.....	474
B. La consécration constitutionnelle de la dignité de la personne.....	478
§2. L'interdiction absolue de la torture dans le droit international et européen des droits de l'homme.....	489
A. L'interdiction absolue de la torture dans le droit des Nations Unies.....	492
B. L'interdiction de la torture dans la protection européenne des droits de l'homme.....	499
1) Le mécanisme juridique de protection de la Convention.....	499
2) Les droits garantis : l'intégrité de la personne humaine.....	503
a) La portée de l'interdiction : une prohibition absolue.....	504
b) La qualification « des mauvais traitements ».....	509
Chapitre deuxième. Le recours à la force dans un cadre collectif: le strict respect de procédures destinées à garantir le droit à l'intégrité physique.....	513
Section première. La création de corps spécialisés de la force publique : restreindre les atteintes à l'intégrité physique des manifestants.....	514
§ 1. Le maintien de l'ordre : la spécialité de la Gendarmerie mobile et des Compagnies républicaines de sécurité.....	514

§ 2. Le maintien de l'ordre au sein d'un État fédéral : l'exemple helvétique.....	518
Section deuxième. Le recours à la force et l'usage des armes par la force publique dans le cadre du maintien de l'ordre : un recours soumis au principe de proportionnalité.....	523
§1. Conception du maintien de l'ordre en droit français.....	524
A. Fondements historiques du maintien de l'ordre.....	525
B. Le cadre juridique des interventions de la force publique dans le domaine du maintien de l'ordre.....	532
§2. Le recours à la force et l'usage des armes par la force publique dans le cadre du maintien de l'ordre.....	534
A. Le délit de port d'arme dans un attroupement : fondement du recours à la force.....	538
1) La notion d'armes.....	538
2) La notion de port d'armes.....	540
B. Le délit de provocation directe à un attroupement armé.....	540
1) Le délit de participation volontaire à un attroupement après les sommations par un individu non porteur d'une arme.....	541
2) La formation sur la voie publique ou dans un lieu public d'un attroupement qui pourrait troubler l'ordre public.....	541
3) La non dispersion après les sommations prévues par la loi.....	545
Conclusion du Titre premier.....	552
Titre II : L'encadrement juridique du recours à la force au regard du droit à la vie : un recours à la force absolument nécessaire et proportionné.....	553
Prolégomènes. La consécration juridique du droit à la vie : une consécration universelle dans le droit interne des États (à l'exception notable de la France et des territoires qui constituaient son empire colonial).....	553
Chapitre premier. Le principe de responsabilité de la force publique : source de limitation effective des atteintes au droit à la vie.....	559
Section Première. L'établissement du principe de la responsabilité de la force publique dans l'histoire du droit constitutionnel français.....	560
§1. Le système dit de la « garantie des fonctionnaires » consacré par la Constitution du 22 frimaire an VIII.....	560
§ 2. La résurrection d'une nouvelle forme de garantie des fonctionnaires (1873).....	563
Section II. La responsabilité de la puissance publique en raison de l'utilisation des armes à feu par la force publique.....	572
I. Le contrôle juridictionnel du recours aux armes à feu : une dualité de contrôle au service des droits des victimes de l'opération de police.....	574
§1. La consistance de la responsabilité de la puissance publique en raison des armes à feu : une responsabilité pénale.....	575
§2. Une responsabilité administrative pour risque.....	579
II. L'encadrement juridique de l'emploi des armes à feu.....	582
§1. L'État, maître de la réglementation des armes à feu.....	582
A. La réglementation juridique du port des armes à feu.....	582
1) Les autorisations du port d'armes à feu : le respect de procédures strictes.....	583
2) L'armement de la force publique au service des missions de préservation de la paix publique et de l'ordre public.....	588

a. La force publique : une force publique armée.....	588
b. La question de l'armement des polices municipales.....	592
B. L'encadrement en droit international et par les codes de déontologie de l'emploi des armes à feu.....	596
1). L'encadrement en droit international de l'utilisation des armes à feu par la force publique.....	597
2). L'encadrement de l'emploi des armes à feu par le Code de déontologie professionnelle (Code of professional conduct).....	605
§2. L'encadrement <i>a posteriori</i> non juridictionnel : le corps d'inspection de la police et les instances de contrôle externe.....	609
A. L'institution de corps d'inspection au sein de la force publique : un contrôle interne du comportement policier.....	610
B. L'institution d'autorités administratives indépendantes dans le domaine de la force publique.....	614
1) Le mécanisme juridique de l'autorité administrative indépendante en matière policière.....	615
2) L'examen du recours à la force meurtrière par la Commission des plaintes du public contre la gendarmerie royale du Canada : un contrôle remarquable.....	622
a) L'examen minutieux du recours à la force publique meurtrière : la mort par balle de Dennis St. Paul.....	623
b) L'examen précis du recours à la force publique meurtrière : la mort par balle de John Simon.....	626
c) La mort infligée par le pistolet à impulsions électriques.....	632
Chapitre deuxième. La proportionnalité du recours à la force meurtrière : la notion de légitime défense.....	640
Section première. La protection du droit à la vie en droit international et européen des droits de l'homme : le respect des standards élémentaires de la démocratie.....	640
§1. Le mécanisme juridique de protection des Droits de l'homme.....	640
A. La Déclaration universelle des Droits de l'homme : une proclamation des droits non contraignante.....	641
B. Le système juridique de protection européenne des Droits de l'homme : une garantie effective.....	654
1) Le Conseil de l'Europe : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 : les valeurs communes.....	662
2) L'Union européenne : de la référence au droit de la Convention européenne des droits de l'homme à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	664
§2. La protection effective du droit à la vie dans la jurisprudence de la CEDH : l'action de la force publique dans le cadre des valeurs démocratiques.....	678
Section II. Le recours à la force publique meurtrière dans le cadre de la légitime défense.....	703
§1. La légitime défense, principes généraux.....	704
1) Histoire.....	704
2) Les conditions de la légitime défense.....	707
a) Nature de l'agression et de la défense.....	709
b) Simultanéité de l'agression et de la défense.....	712

c) Agression injuste.....	713
§2. Le contrôle juridictionnel de la force publique meurtrière : d'une irresponsabilité des membres de la force publique à un contrôle juridictionnel renforcé.....	715
A. La consécration prétorienne d'une irresponsabilité pour les membres de la force publique au XIXème siècle.....	716
1. Le meurtre, commis par un gendarme, dans l'exercice de ses fonctions : une absence de tout crime ou délit.....	716
2. La question de provocation envers un fonctionnaire public, accusé de meurtre commis dans l'exercice de ses fonctions.....	718
3. Les meurtres et actes de violence commis sur les agents de l'autorité et de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions.....	720
B. Le contrôle juridictionnel renforcé du recours à la force publique meurtrière.....	723
1) Le droit commun de la légitime défense : une défense proportionnée à l'attaque.....	723
2) L'examen minutieux de l'usage de l'arme de service par un policier.....	726
a. L'appréciation prétorienne des tirs de la force publique en France.....	727
b. L'examen de la légitime défense par le Tribunal fédéral suisse : l'examen précis de la condition de la proportionnalité.....	751
Conclusion du Titre deuxième.....	757
Conclusion de la Deuxième partie.....	758
Conclusion générale.....	759

Remerciements

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à mes Professeurs pour leur excellence. Grâce à leurs enseignements, j'ai pu accéder aux plaisirs éthérés de la connaissance juridique.

En premier lieu, je remercie les excellents enseignants de l'Institut de Recherches CARRÉ DE MALBERG de l'Université Robert SCHUMAN – Strasbourg III, enseignants pour lesquels je suis venu étudier dans la ville de Strasbourg.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Willy ZIMMER**, Professeur agrégé de Droit public. Je tiens à le remercier très vivement de m'avoir permis de rédiger ma thèse de doctorat de Droit public. J'exprime à mon directeur de thèse, Monsieur ZIMMER mes remerciements les plus vifs pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués et le temps qu'il m'a consacré. Je le remercie pour sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité au cours de nos diverses rencontres.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Patrick WACHSMANN**, Professeur agrégé de Droit public. Je tiens à le remercier très ardemment de m'avoir fait découvrir les droits de l'homme et les libertés publiques ainsi que l'opéra sous les ors de l'Opéra National du Rhin ; et, je remercie très vivement Monsieur WACHSMANN pour sa très grande gentillesse et pour sa très grande disponibilité ainsi que pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Olivier JOUANJAN**, Professeur agrégé de droit public. Je tiens tout particulièrement à le remercier de m'avoir fait découvrir les plaisirs philosophiques et de m'avoir prodigué des conseils précieux. Je le remercie pour sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité au cours de nos diverses rencontres.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Madame **Constance GREWE**, Professeur émérite, Professeur agrégé de droit public. Je tiens tout particulièrement à remercier Madame GREWE de m'avoir fait connaître les bonheurs intellectuels éthérés du droit comparé et, plus précisément des droits fondamentaux comparés. Je remercie Madame GREWE pour sa très grande rigueur intellectuelle dont j'ai fait mon miel.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Robert HERTZOG**, Professeur émérite, Professeur agrégé de droit public. Je tiens à remercier Monsieur HERTZOG de m'avoir formé aux finances publiques et de m'avoir distillé de précieux conseils, qui m'ont aidé au cours de l'élaboration de mon travail de recherches. Je remercie Monsieur HERTZOG de sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité à mon égard.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Éric MAULIN**, Professeur agrégé de Droit public. Je tiens à le remercier très vivement pour le temps précieux qu'il m'a consacré et pour m'avoir prodigué de fructueux conseils. Je le remercie pour sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité au cours de nos rencontres.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Pierre ECKLY**, Maître de conférences de Droit public. Je tiens à remercier Monsieur Pierre ECKLY pour sa très grande gentillesse et pour le temps précieux qu'il m'a consacré. Je le remercie tout particulièrement pour l'ensemble de ses conseils précieux et avisés, conseils qui furent fructueux pour la confection de ma thèse. Et, je remercie tout particulièrement Monsieur ECKLY de m'avoir fait découvrir le droit japonais.

Mes remerciements s'adressent aussi à l'ensemble des Professeurs dont j'ai eu le très grand plaisir à suivre les enseignements à la Faculté internationale de droit comparé.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Jacques ROBERT**, Professeur agrégé de droit public, Président de la Faculté internationale de droit comparé, de m'avoir fait découvrir les libertés publiques dans le monde. Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur ROBERT de sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Monsieur **David PUGSLEY**, Professeur à l'Université d'Exeter (Royaume-Uni). Je le remercie tout particulièrement pour ses enseignements de Common Law, lesquels ouvrent des horizons intellectuels somptueux. Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur PUGSLEY de sa très grande gentillesse ainsi que de sa très grande disponibilité.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Monsieur **Jacques HERBOTS**, Professeur à la Faculté de droit, Katholieke Univeriteit de Leuven/Louvain (Belgique). Je le remercie tout particulièrement pour ses enseignements, lesquels ouvrent des horizons intellectuels somptueux.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Monsieur **Florin STRETEANU**, Professeur de droit pénal à l'Université de BABES-BOLYAI, Cluj-

Napoca (Roumanie). Je le remercie tout particulièrement pour ses enseignements de droit pénal comparé, lesquels ouvrent des horizons intellectuels somptueux.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **CHEN Weizuo**, Professeur agrégé de droit privé à l'Université Tsinghua de Pékin (Chine). Je lui exprime ma plus profonde reconnaissance pour l'ensemble de ses enseignements et tout particulièrement pour m'avoir fait découvrir la Chine impériale. Je le remercie pour sa très grande gentillesse et pour son amitié.

J'exprime mes plus profonds remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Salif YONABA**, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso). Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur Salif YONABA pour sa très grande gentillesse ainsi que pour sa très grande disponibilité. Je le remercie tout particulièrement pour les conseils précieux qu'il m'a prodigués.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble des Professeurs de l'Institut International des Droits de l'homme (Institut René Cassin). Je tiens à les remercier pour l'excellence de leurs enseignements et pour m'avoir fait découvrir les droits de l'homme à l'échelon mondial.

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à feu Monsieur **Jean-François FLAUSS**, Professeur agrégé de droit public. Je tiens à le remercier pour m'avoir fait découvrir les droits de l'homme à l'Institut René Cassin de Strasbourg. Je tenais à saluer sa mémoire.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude à Monsieur **Jean-Paul COSTA**, Président de la Cour européenne des droits de l'homme (2007-2011) et Président de l'Institut International des Droits de l'Homme (depuis 2012). Je tiens à le remercier pour ses cours de Droits de l'Homme que j'ai eu l'insigne honneur de suivre à l'Université Robert SCHUMAN-Strasbourg III. Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur Jean-Paul COSTA pour sa très grande gentillesse ainsi que pour sa très grande disponibilité.

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Monsieur **Linos-Alexander SICILIANOS**, Professeur agrégé de droit public à l'Université d'Athènes (Grèce) et membre de l'Organisation des Nations Unies. Je tiens à remercier Monsieur SICILIANOS pour ses enseignements relatifs aux droits de l'homme dans le cadre des Nations Unies, et je tiens tout particulièrement à lui exprimer ma plus profonde

reconnaissance pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués relativement à mon sujet de recherche.

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Madame **Mónica PINTO**, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Buenos Aires (Argentine). Je remercie tout particulièrement Madame PINTO de m'avoir fait découvrir le système interaméricain de protection des droits de l'homme et tout particulièrement la rayonnante Cour interaméricaine des droits de l'homme.

J'exprime mes plus vifs remerciements et ma plus profonde reconnaissance à Monsieur **Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ**, Professeur agrégé de droit public à l'Université Jean MOULIN-Lyon III (France). Je le remercie tout particulièrement de m'avoir fait découvrir la protection des droits de l'homme sur le continent africain.

Mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude sont adressés à Monsieur le Général de Brigade **Claude DORANGE**, Gouverneur militaire de Strasbourg entre l'année 2003 et l'année 2005. Je remercie tout particulièrement Monsieur le Général pour ses conseils précieux et pour sa très grande gentillesse à mon égard.

Mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude sont adressés à Monsieur **Christophe FICHOT**, Commissaire divisionnaire de la police nationale, Chef du cabinet des Études de l'Inspection générale de la police nationale. Je remercie tout particulièrement Monsieur FICHOT pour l'aide très précieuse qu'il m'a apportée dans la connaissance de la police nationale française et de son action au sein de l'Inspection générale de la police nationale (France, Paris, Ministère de l'Intérieur). Je le remercie tout particulièrement pour sa très grande gentillesse et sa très grande disponibilité.

Mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude sont adressés à Monsieur **Philippe ZANARDI**, Commissaire divisionnaire de la police nationale, Chef du Bureau des activités physiques et professionnelles à la Direction de la formation de la Police nationale (France, Lognes, Ministère de l'Intérieur). Je tiens à remercier Monsieur ZANARDI pour l'aide très précieuse qu'il m'a prodiguée dans la connaissance de la police nationale française, et en particulier, pour ce qui concerne les gestes techniques professionnels d'intervention. Je le remercie tout particulièrement pour sa très grande gentillesse et sa très grande disponibilité.

Mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude sont adressés à Monsieur le Colonel **Alain COROIR**, Colonel de la gendarmerie nationale française, Directeur de

l'Intelligence économique et des séminaires à l'Institut des Hautes Études de la Défense Nationale. Je remercie tout particulièrement Monsieur le Colonel Alain COROIR pour l'aide très précieuse qu'il m'a apportée ainsi que pour sa très grande gentillesse et sa très grande disponibilité.

Mes plus vifs remerciements et ma plus profonde gratitude sont adressés à Monsieur **Sébastien COUVEZ**, Directeur de la police municipale de la ville de Lognes. Je le remercie tout particulièrement pour sa très grande gentillesse et sa très grande disponibilité. Je le remercie de m'avoir fait découvrir un poste de police municipal dans une ambiance chaleureuse.

Enfin, je tiens à remercier les fonctionnaires et agents publics du Journal Officiel de la République Française (26 rue Desaix, Paris) pour leur très grande gentillesse ainsi que pour leur très grande serviabilité.

Je tiens à remercier Madame **Muriel GRUSSI**, secrétaire de l'Institut International des Droits de l'Homme, Institut René Cassin (France, Strasbourg), pour sa très grande gentillesse et sa très grande sympathie.

Je tiens à remercier les personnels de la bibliothèque de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont fait montre d'une très grande gentillesse et d'une très grande serviabilité à mon égard.

Je tiens à remercier les fonctionnaires et agents publics de la Cour administrative d'appel de Paris qui ont fait montre d'une très grande gentillesse et d'une très grande serviabilité à mon égard.

LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
CE	Conseil d'Etat
CC	Conseil Constitutionnel
CP	Code Pénal
CPP	Code de Procédure Pénale
DA	Droit administratif
G.P.	Gazette du Palais
IHESI	Institut des Hautes Etudes Sur la Sécurité Intérieure
JCA	Juris Classeur Administratif
JCP	Juris Classeur Périodique
PA	Les Petites Affiches
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RDP	Revue du Droit Public
Rec.CC	Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz
Rec.	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'Etat
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RSC	Revue de Sciences Criminelles

L'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte exercée par la force publique en France et dans le monde.

« La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. » Telle est la lettre de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. La relation qui s'opère entre la force publique et les droits de l'homme présente un caractère amphibologique. En effet, la force publique est à la fois la garante des droits de l'homme, mais elle constitue en même temps un danger potentiel d'atteinte aux libertés publiques. Notre étude a donc pour objet de s'interroger sur la manière dont la force publique peut être la garante des droits et libertés.

L'état de paix sociale est généré par la force publique qui se pose comme étant la garante des droits et libertés par l'exercice du monopole de la violence physique légitime (Max WEBER). L'exercice du monopole de la contrainte physique légitime doit viser à garantir les droits et libertés de chaque être humain vivant au sein de la société. Pour atteindre ce but fondamental, il est nécessaire que la contrainte exercée soit encadrée. Il conviendra d'étudier les éventuelles atteintes à ces droits et libertés selon une gradation examinée par rapport à l'action de la force publique. À cet égard, il convient d'étudier l'encadrement juridique de l'emploi de la contrainte opérée par la force publique au regard des libertés individuelles, lesquelles concernent la liberté d'aller et de venir et le droit de propriété. Puis, l'on examinera les atteintes potentielles de la force publique à l'égard de l'intégrité de la personne.

Mots-Clés : Droits de l'Homme. Libertés publiques. Force publique. Principe de légalité. Principe de proportionnalité.

"The guarantee of the rights of man and citizen requires a public force: this force is thus instituted for the advantage of all and not for the personal benefit of those to whom it is entrusted." This is the letter of Article 12 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789. The relationship that occurs between law enforcement and human rights presents an amphibological character. Indeed, the police is both the guarantor of human rights, but it is also a potential danger of infringement of civil liberties. Our study aims to question the way in which the police may be the guarantor of rights and freedoms.

The state of social peace is generated by the public force that arises as the guarantor of rights and freedoms by exercising the monopoly of legitimate physical violence (Max WEBER). The exercise of the monopoly of legitimate physical coercion must seek to ensure the rights and freedoms of every human being living in society. To achieve this fundamental goal, it is necessary that the coercion is framed. It will be necessary to investigate possible violations of these rights and freedoms in a gradation examined in relation to the action of the police. In this regard, it is necessary to study the legal framework for the use of coercion made by the police in respect of individual freedoms, which concerns freedom of coming and going and the right to property. Then, we examine the potential damage of the police with regard to the person's integrity.

Keywords : Human Rights. Public freedoms. Police. Principle of legality. Principle of proportionality.